

NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2017

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 37.1 — jan./jun. 2017

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álisson José Maia Melo

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelás Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

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

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

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

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



SOBRE OS AUTORES

Alfredo Lampier Junior

Mestrando em Sociologia Política UVV. Coordenador do Curso de Direito. UNESC - Centro Universitário do Espírito Santo - Campus I.

Ana Gabriela Mendes Braga

Doutora e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP. Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP. Coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM e pesquisadora do NADIR - Núcleo de Antropologia do Direito (FFLCH-USP).

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Livre-Docente em Direito Ambiental. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE-SP.

Daniela Carvalho Portugal

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) Professora Adjunta de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia . Professora da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Advogada criminalista.

Denise Lucena Cavalcante

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação (UFC-FA7). Procuradora da Fazenda Nacional — Ministério da Fazenda/Brasil.

Edilberto Pontes Lima

Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito (Unifor) e Bacharel e mestre em Economia (UFCE). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Coimbra.

Heron José de Santana Gordilho

Pós-Doutor pela Pace University Law School, New York (EU), onde integra a diretoria do Brazil-American Institute for Law and Environment (BAILE). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Associado das Faculdades de Direito da Universidade Católica

do Salvador (UCSAL) e da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Professor do Mestrado em Direito Animal e Sociedade da Universidade Autônoma de Barcelona (ESP). Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA). Promotor de Justiça do Meio Ambiente na comarca de Salvador (MP/BA).

Ilise Senger

Mestre em Direitos Humanos - UNIJUÍ.

Jailton Macena de Araujo

Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento, pela Universidade Federal da Paraíba (2016), mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba (2011) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2007). Atualmente é professor do Curso de Direito, vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica (DDPPJ), do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba.

Jana Maria Brito Silva

Doutoranda em Direito Político e Econômico, Bolsista Capes Prodoc, Coordenadora Acadêmica na Fundação Getúlio Vargas (GVlaw).

João Luis Nogueira Matias

Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará. Professor do Curso de Mestrado do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7; Juiz Federal.

João Luis Nogueira Matias Filho

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC.

João Ricardo Catarino

Doutor pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL). Professor Associado com Agregação do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa.

José Adercio Leite Sampaio

Mestre e Doutor em Direito. Professor de Pós-Graduação da ESDHC e PUC-MINAS. Procurador da República.

Lívia Maria Cruz Gonçalves Souza

Advogada. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDH - Belo Horizonte). Doutoranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

Larissa Rosa

Mestranda e Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) — Campus de Franca. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp.

Luana Pelegrini de Oliveira

Graduada em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Analista de Promotoria I (Assistente Jurídico) em Leme-SP.

Luis Manuel Alonso González

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Barcelona.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor em Direito - UNISINOS. Professor do Mestrado em Direitos Humanos - UNIJUÍ. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNISINOS e da UNIJUÍ.

Marcos Aurélio Pereira Valadão

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

Maria Auxiliadora Minahim

Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Doutora Titular de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia. Membro do Quadro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Presidente Nacional da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais.

Maria Cândida Simon Azevedo Nascimento

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2015); Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2012); Advogada.

Mayne Campos Pereira de Freitas

Graduanda em Direito pela Universidade Anhanguera. Estagiária do Ministério Público.

Olivia Bui-Xuan

Professeure de droit public à l’Université d’Évry.

Paloma Costa Andrade

Graduada em Direito e mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Rafael de Oliveira Costa

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) /Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

Rafael Lazzarotto Simioni

Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Professor do Programa de Mestrado em Direito da FDSM e do Programa de Mestrado em Bioética da Univás, Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM).

Raquel Coelho de Freitas

Doutora em Direito pela UERJ. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Renan Posella Mandarino

Mestrando e Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) — Campus de Franca. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Bolsista CAPES/PROPG.

Renata Marques Ferreira

Pós-Doutora em Engenharia Ambiental e Hidráulica (Contaminação e remediação de solos) - Escola Politécnica - POLI/USP. Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora, Orientadora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU - Tutela Jurídica do Meio Ambiente.

Vanessa de Lima Marques Santiago

Graduada em Direito e mestrandona em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Membro do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará.

Vitor Bartoletti Sartori

Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e membro do corpo permanente da Pós-Graduação em Direito da UFMG.

Viviane Mozine Rodrigues

Doutora em Ciências Sociais PUC-SP. Coordenadora do NUARES - Núcleo de apoio aos refugiados no Espírito Santo e da Cátedra Sérgio Vieira de

Mello. Professora do mestrado em Sociologia Política e Segurança Pública da Universidade Vila Velha UVV-ES.

Wilson Engelmann

Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS/RS/Brasil. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Líder do Grupo de Pesquisa *JUSNANO* (CNPq). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.



SUMÁRIO

DOUTRINA NACIONAL

AS ATIVIDADES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Renata Marques Ferreira 15

O STF E O EQUILÍBRIO FEDERATIVO: ENTRE A DESCENTRALIZAÇÃO E A INÉRCIA CENTRALIZADORA

Edilberto Pontes Lima 35

COOPERAÇÃO PENAL E COMBATE À CRIMINALIDADE INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL DA AMÉRICA LATINA

Jailton Macena de Araujo 51

NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

João Luis Nogueira Matias

Jana Maria Brito Silva

João Luis Nogueira Matias Filho 75

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E CONCESSÃO MINERÁRIA: PERSPECTIVAS DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGEM

Lívia Maria Cruz Gonçalves Souza

José Adercio Leite Sampaio 93

AS MIGRAÇÕES NO MUNDO CONTEMPORÂNEO E O PARADOXAL PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS: PROTEÇÃO OU ABANDONO?

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Ilise Senger 117

O SISTEMA TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO SOB A PERSPECTIVA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE CRÍTICA

Marcos Aurélio Pereira Valadão 147

NANOTECNOLOGIA E DIREITO: DA ESTRUTURA JURÍDICA TRADICIONAL AO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO

Maria Cândida Simon Azevedo Nascimento

Wilson Engemann 199

ANIMAL CRUELTY AND INFORMATION SOCIETY	
<i>Maria Auxiliadora Minahim</i>	
<i>Heron José de Santana Gordilho</i>	
<i>Daniela Carvalho Portugal</i>	223
DA SUBJETIVIDADE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DO INSTITUTO DA REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO	
<i>Rafael de Oliveira Costa</i>	
<i>Luana Pelegrini de Oliveira</i>	
<i>Mayne Campos Pereira de Freitas</i>	247
DECISÃO, ORGANIZAÇÃO E RISCO: A FORMA DA DECISÃO JURÍDICA PARA ALÉM DA SEGURANÇA E DA LEGITIMIDADE	
<i>Rafael Lazzarotto Simioni</i>	259
A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO CONTROLE DA CIFRA OCULTA DA CRIMINALIDADE	
<i>Renan Posella Mandarino</i>	
<i>Ana Gabriela Mendes Braga</i>	
<i>Larissa Rosa</i>	281
PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: A CONTRIBUIÇÃO DO SISTEMA EDUCACIONAL HOLANDÊS PARA A POLÍTICA PÚBLICA DE ENSINO BRASILEIRA	
<i>Vanessa de Lima Marques Santiago</i>	
<i>Raquel Coelho de Freitas</i>	
<i>Paloma Costa Andrade</i>	301
APONTAMENTOS SOBRE JUSTIÇA EM MARX	
<i>Vitor Bartoletti Sartori</i>	321
REFUGIADOS AMBIENTAIS: DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	
<i>Viviane Mozine Rodrigues</i>	
<i>Alfredo Lampier Junior</i>	355
DOUTRINA ESTRANGEIRA	
IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS: ESTUDO LUSO-BRASILEIRO ACERCA DA SUA ADMISSIBILIDADE	
<i>João Ricardo Catarino</i>	
<i>Denise Lucena Cavalcante</i>	371
LA INDISPENSABLE VISITA DEL PERITO EN LAS VALORACIONES TRIBUTARIAS	
<i>Luis Manuel Alonso González</i>	397
PARITE ET HAUTE FONCTION PUBLIQUE	
<i>Olivia Bui-Xuan</i>	403

DOCTRINA NACIONAL



AS ATIVIDADES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo**

*Renata Marques Ferreira***

* Primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Miembro colaborador del Grupo de Investigación Reconocido Iudicium: Grupo de Estudios Procesales e professor convidado realizador do evento internacional Derecho Procesal Ambiental y Acceso a la Justicia, ambos da Universidade de Salamanca (Espanha). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (Portugal) e Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (Itália). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE-SP. Coordenador e professor do Curso de Especialização de Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Advogado militante há mais de 30 anos. Presidente da Comissão Permanente do Meio Ambiente da OAB/SP, membro do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Meio Ambiente Digital, da Comissão de Direitos Humanos, e da Comissão Especial de Direito Civil da OAB/SP. Representante da OAB/SP no Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania - SP e do Fundo Estadual para Prevenção e Remediação de Áreas Contaminadas - FEPRAC. Chanceler da Academia de Direitos Humanos. Membro Titular da cadeira 43 da Academia Paulista de Direito. Assessor científico da FAPESP, parecerista ad hoc do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo da Escola de Magistratura do TRF da 3ª Região e professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados -Enfam. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq Direito e Política- Estudos sobre Democracia, Federalismo, Despesa Pública e Justiça Fiscal - UFPE, Sustentabilidade, Impacto e Gestão Ambiental - UFPB e Novos Direitos - UFSCAR. Professor convidado do Curso de Especialização em Engenharia Sanitária Ambiental da Universidade Mackenzie. Professor das Escolas Superiores da Magistratura Federal do RGS e dos MPs de SP, SC, MT e RJ . Elaborador/coordenador/professor do Curso de Pós Graduação em Direito Ambiental da Escola Paulista da Magistratura-EPM. Professor MBA Direito Empresarial / FUNDACE vinculada à USP. Coordenador Científico do periódico Direito Ambiental Contemporâneo. Integrante do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns. Membro da UCN, the International Union for Conservation of Nature.

** Pós-Doutora em Engenharia Ambiental e Hidráulica (Contaminação e remediação de solos) - Escola Politécnica - POLI/USP. Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo . Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora, Orientadora e

Resumo

Estruturada juridicamente no plano individual e coletivo como fenômeno humano e prevista no âmbito do direito constitucional em face de diferentes circunstâncias normativas, a atividade, para ser adequadamente compreendida em plano jurídico maior, deve ser balizada em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) não excluindo evidentemente a necessidade de se interpretar o conteúdo da referida palavra obedecendo também o que estabelecem os demais incisos do Art. 1º da Lei Maior (soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa bem como o pluralismo político-Art. 1º, incisos I, II, IV e V) . No âmbito do direito ambiental constitucional a atividade estrutura não só a aplicação do direito ambiental constitucional em face da ordem econômica (art. 170, VI) como baliza a exigência do estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, parágrafo 1º, IV) assim como as sanções penais, as sanções administrativas e obrigação de reparar os danos causados pelos infratores/poluidores.

Palavras-chave

Atividade. Direito Ambiental Constitucional. Bens ambientais. Ordem Econômica Constitucional. Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Tríplice Responsabilidade.

THE ACTIVITIES ESTABLISHED IN BRAZILIAN CONSTITUTION AND ITS REPERCUSSIONS IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Abstract

It is legally structured on an individual and collective level as a human phenomenon and foreseen in the scope of constitutional law in the face of different normative circumstances. The activity, in order to be properly understood in a larger juridical plane, must be based on the constitutional principle of the dignity of the human person (Art. 1, III), not evidently excluding the need to interpret the content of said word, obeying also that established in other sections of Art. 1 of the Major Law (sovereignty, citizenship, social values of work and free initiative as well as In the ambit of constitutional environmental law, the activity structure not only the application of constitutional environmental law in the face of the economic order (art. 170, VI) as a beacon to the political order of Art. 1, I, II, IV and v. (art. 225, paragraph 1, IV) as well as penal sanctions, administrative sanctions and obligation to repair damages caused by violators / polluters.

Keywords

Activity. Constitutional Environmental Law. Environmental goods. Constitutional Economic Order. Environmental Impact Assessment. Triple Responsibility.

Pesquisadora do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU - Tutela Jurídica do Meio Ambiente. Professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de São Paulo (OAB/SP). Membro Titular da Comissão de Ética no Uso de Animais (CEUA) da FMU. Líder e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutela jurídica da saúde ambiental - CNPq. Pesquisadora do grupo de pesquisa Meio ambiente cultural e a defesa jurídica da dignidade da pessoa humana no mundo virtual - CNPq (Linha de Pesquisa Direito eleitoral em face da sociedade da informação) Pesquisadora do grupo de pesquisas Novos Direitos; da Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. Parecerista da Revista de Direito da Cidade Qualis A1-UERJ e da Revista Quaestio Iuris Qualis A2 - UERJ. Professora convidada do Curso de Especialização em Saneamento Ambiental da Universidade Mackenzie. Professora de Direito Ambiental Tributário do curso de extensão universitária da Escola Paulista da Magistratura. Professora convidada da Escola da Magistratura Federal da 3ª Região. Professora Titular das Faculdades Integradas Rio Branco (Fundação Rotary). Coordenadora Científica do periódico Direito Ambiental Contemporâneo/Editora Saraiva. Integrante do Conselho Editorial da Revista Atas de Saúde Ambiental.

1. CONCEITO DE ATIVIDADE E SUA VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CARTA MAGNA

Substantivo feminino entendido como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação”¹ em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”)² o termo atividade, dependendo do contexto em que é entendido, pode significar diferentes formas de agir sendo certo que sempre e de qualquer forma caracteriza-se por ser um “fenômeno essencialmente humano” como lembra Rosa Maria Nery³.

Referido termo, como explica Nicola Abbagnano⁴, “tem dois significados correspondentes aos dois significados da palavra ação. De um lado, é empregado para indicar um complexo mais ou menos homogêneo de ações voluntárias (com referência ao 2º significado da palavra ação), como quando se diz “x desenvolveu intensa A. política”. De outro, é usado para indicar o modo de ser daquilo que age ou tem em seu poder a ação, como quando se diz “O espírito é ativo no conhecer”, para dizer que não é simplesmente receptivo ou passivo. O contrário de A., nesse segundo sentido, é “passividade”, ao passo que o contrário de A. no primeiro sentido é “inércia” ou “inação”.

No plano dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal, a atividade está diretamente associada ao que estabelece o Art. 1º, III, ou seja, como fenômeno humano que é a atividade, para ser adequadamente interpretada no plano maior normativo, deve obedecer ao fundamento constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana como regra matriz destinada ao entendimento de seu conteúdo para todos os efeitos e em face de todas as circunstâncias em que referido substantivo feminino aparece em nossa Constituição Federal. A atividade, portanto, no plano jurídico constitucional, não pode ser desenvolvida em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Todavia o fato da atividade estar associada diretamente ao que estabelece o Art. 1º, III da Carta Magna não exclui evidentemente a necessidade de se interpretar o conteúdo da palavra obedecendo também o que estabelecem os demais incisos do Art. 1º, igualmente princípios fundamentais relacionados às ações humanas e igualmente estabelecidos na Lei Maior como fundamentos interpretativos de nossa República Federativa e suas normas jurídicas.

Assim a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa bem como o pluralismo político, entendidos em consonância com a

¹ Dicionário Houaiss fls. 215.

² Dicionário Houaiss fls. 215.

³ Vide Rosa Maria Andrade Nery, “Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (Técnica e ciência de proporção)”, tese de livre-docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, passim.

⁴ Vide Nicola Abbagnano, Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, São Paulo, 1998, fls. 89.

dignidade da pessoa humana conforme explica Celso Fiorillo⁵, estruturam juridicamente todas as atividades previstas em nossa Carta Magna em decorrência de diferentes circunstâncias que terão diferentes consequências normativas (art. 1º, incisos I, II, IV e V).

Trata-se, pois de verificar, no plano maior constitucional, que a atividade é efetivamente um fenômeno essencialmente humano disciplinado em nossa Constituição Federal; a pessoa humana ao agir de forma direta ou indireta, de forma individual ou coletiva, acaba por gerar diferentes consequências que dependendo da circunstância ou mesmo enquadramento normativo encontrarão de qualquer forma seu devido amparo constitucional⁶.

2. AS ATIVIDADES PREVISTAS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL EM FACE DE DIFERENTES CIRCUNSTÂNCIAS NORMATIVAS.

São várias as oportunidades em que encontramos a palavra atividade explicitamente indicada em nossa Constituição Federal.

Traduzindo reflexo direto do conteúdo indicado no art. 1º, III, da CF, verificamos no âmbito dos direitos sociais que, dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, está assegurado adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII) sendo certo que em matéria disciplinadora do regime jurídico constitucional dos servidores públicos os titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que exerçam atividades de risco bem como cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem sua saúde ou sua integridade física, têm regra específica de tutela no que se refere aos requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (art. 40, § 4º, II e III). Também diretamente associado ao art. 1º, III — sem prejuízo dos demais incisos do mesmo artigo — determinou a Carta Magna o dever do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica bem como a inovação atividades necessariamente vinculadas à pessoa humana tanto no âmbito individual como metaindividual conforme explícita orientação do art. 218, § 7º.

Já como reflexo da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa assim como do pluralismo político (art. 1º, incisos I, II, IV e V) são muitas as hipóteses em que a palavra atividade é indicada no plano da Carta Magna. Alguns exemplos merecem registro, a saber: atividade nociva

⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação, São Paulo: Saraiva 2014, passim.

⁶ Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Comentários ao Estatuto da Cidade — Lei 10.257/01 — Lei do Meio Ambiente Artificial. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2014

ao interesse nacional (art. 12, II, § 4º, I), atividade militar (art. 14, § 8º, I; art. 143, § 1º), atividade nuclear (art. 21, XXIII, “a”; art. 22, XXVI; art. 49, XIV), atividade de garimpagem (art. 21, XXV), atividade essencial ao funcionamento do Estado (art. 37, XXII), atividades do Tribunal de Contas (art. 71, § 4º), atividades jurídicas (art. 93, I, art. 129, § 3º), atividades jurisdicionais (arts. 93, XII; 107, § 20; 115, § 1º; 125, § 7º), atividades profissionais (arts. 94; 107, I; 11-A, I; 115, I; 123, I; Art. 8º, § 2º; § 5º do ADCT), atividade político-partidária (arts. 95, parágrafo único, III; 128, § 5º, II, “e”), atividades específicas da justiça (art. 98, § 2º), atividade policial (art. 129, VII), atividades do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, V), atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131), atividade de defesa civil (art. 144, § 5º), atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública (art. 144, § 7º), atividades previstas em lei (art. 144, § 10, I), atividade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º), atividade econômica relacionada a patrimônio, renda e serviços (art. 150, § 3º), atividade preponderante (art. 156, II, § 2º), atividades da administração tributária (art. 167, IV), princípios gerais da atividade econômica (art. 170, *caput* e parágrafo único), atividade econômica (arts. 173; 173, § 1º, 174, 177, 195, § 9º; 195, § 12), atividade de importação ou comercialização (art. 177, § 4º), atividade em regime de economia familiar (arts. 195, § 8º; 201, § 7º, II), atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias (art. 198, § 50), atividade privada para efeito de aposentadoria (art. 201, § 9º), atividade rural para efeito de aposentadoria (art. 201, § 9º), atividade urbana para efeito de aposentadoria (art. 201, § 9º), gestão de atividades das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222, § 1º), atividades de seleção e direção da programação veiculada pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222, § 2º), atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1º, IV), atividade considerada lesiva ao meio ambiente (art. 225, § 3º), atividade produtiva dos índios (art. 231, § 1º), atividade notarial (art. 236, § 1º e § 3º), atividade exclusiva do Estado (art. 247), permanência em atividade para efeitos de anistia (art. 8º do ADCT), atividade remunerada (art. 8º, § 20, do ADCT), atividade dos sindicatos rurais (art. 10, § 2º, do ADCT) e Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultorias Jurídicas dos Ministérios, Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas exercendo suas atividades (art. 29 do ADCT) dentre outros.

Destarte, no âmbito constitucional, a palavra atividade como fenômeno essencialmente humano está evidentemente relacionada à faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas em face de diferentes circunstâncias todas elas relacionadas ao que determinam os princípios fundamentais da Carta Magna; como dissemos a pessoa humana ao agir de

forma direta ou indireta, de forma individual ou coletiva, acaba por gerar diferentes consequências que dependendo da circunstância ou mesmo enquadramento normativo encontrarão de qualquer forma seu devido amparo constitucional⁷.

3. AS ATIVIDADES PREVISTAS NO ÂMBITO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E SEU REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL: A ADI 3540 E A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE SE REFERE À ATIVIDADE ECONÔMICA E SEU EXERCÍCIO EM HARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, (parágrafo único do art. 170 da CF) nossa Constituição Federal destacou de forma importante a necessidade de se interpretar no plano normativo o significado de referido conceito de atividade em face de seus evidentes reflexos em toda a ordem econômica constitucional particularmente em decorrência do direcionamento estabelecido pelos próprios princípios gerais da atividade econômica (Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I - Dos Princípios Gerais Da Atividade Econômica). Não se trata de pura e simplesmente compreender a atividade em face tão somente da economia, a saber, dentro do termo economia, lembrando Antonio Dias Leite⁸, como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo” mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade” tem seu balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se, pois de verificar o que significa atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando, de forma evidentemente menos ampla, dentro de análise doutrinária jurídica e em contexto infraconstitucional, ser a atividade “conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano” (Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p. 25)⁹.

⁷ Com relação à palavra INATIVIDADE vide Art. 14, § 8º; Art. 142., X; Art. 8º do ADCT.

⁸ Vide Antonio Dias Leite in “A Economia Brasileira-de onde viemos e onde estamos”. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, fls. 17.

⁹ Vide “Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (Técnica e ciência de proporção)”, tese de livre-docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, *passim*.

Todavia, atribuindo ao termo posição juridicamente superior, conforme amplamente demonstrado no presente trabalho, a Constituição Federal passou a entender a partir de 1988 ser a atividade no plano normativo econômico descrito na Lei Maior conceito bem mais amplo abarcando não só as comerciais e empresariais mas também e particularmente indicando a atividade em face da defesa do meio ambiente o que significa compreender a matéria ora desenvolvida, como salienta Celso Fiorillo¹⁰, em face do conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural¹¹, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Conforme já tivemos oportunidade de aduzir anteriormente, entendida como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação”¹² em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”)¹³ o termo atividade também pode ser perfeitamente explicado no âmbito da economia (**atividade econômica**) como a faculdade de empreender coisas o que facilita evidentemente seu entendimento no contexto da ordem econômica constitucional com evidentes reflexos no direito ambiental constitucional, ou seja, a livre iniciativa passa a atuar em absoluta sintonia com os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional.

Assim, conforme inclusive já definido pelo Supremo Tribunal Federal se “é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição).

¹⁰ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, Editora Saraiva, 2017, *passim*.

¹¹ Nele incluído o Meio Ambiente Digital conforme ensina Celso Fiorillo. Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação, São Paulo: Saraiva, 2015; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação, São Paulo: Saraiva, 2014; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Crimes no Meio Ambiente Digital em face da Sociedade da Informação. 2ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

¹² Dicionário Houaiss fls. 215.

¹³ Dicionário Houaiss fls. 215.

Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes”.¹⁴

Assim, no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (art. 1º, IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando em “total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros” conforme explicação de Paulo Sandroni¹⁵, deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida em contexto de evidente equilíbrio.

Trata-se, como observa Celso Fiorillo¹⁶, de se verificar que a ordem econômica estabelecida no plano normativo constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios indicados nos incisos do art. 170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente (art. 170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no art. 225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Como lembra referido autor, a defesa do meio ambiente embora adote como causa primária no plano normativo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) necessita respeitar a dignidade da pessoa humana como superior fundamento constitucional (art. 1º, III).

Adotando referida visão doutrinária o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de fixar a adequada interpretação da matéria conforme decidiu na conhecida ADI 3540 cuja ementa, por sua evidente importância para o tema ora analisado merece ser transcrita, a saber:

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

¹⁴ ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, j. 3-11-2005, P, DJ de 2-6-2006.

¹⁵ Vide Paulo Sandroni in “Dicionário de Economia do Século XXI, Editora Record, Rio de Janeiro/ São Paulo, 2005, p. 492.

¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação, São Paulo: Saraiva 2014, passim.

constitucional que a rege, está subordinada, entre 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. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º -9-2005, P, DJ de 3-2-2006]

Destarte ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais.

4. A ATIVIDADE NO ÂMBITO DO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

Conforme verificamos além de atribuir à expressão “atividade” posição juridicamente superior com inúmeros reflexos no plano da Carta Magna, a Constituição Federal passou a entender a partir de 1988 ser a atividade fator fundamental relacionado particularmente à própria ordem econômica e financeira constitucional em vigor vinculando a referida expressão também aos princípios gerais da atividade econômica.

Por outro lado entendeu também a Carta Magna ser adequado estabelecer de forma explícita no plano da tutela jurídica constitucional a expressão “atividade” vinculada ao regime jurídico dos bens ambientais (art. 225, § 1º, IV e parágrafo 3º), o que nos possibilita afirmar também ser a atividade, conforme estabelece Celso Fiorillo, um conceito fundamental relacionado ao direito ambiental constitucional brasileiro.¹⁷

¹⁷ Vide, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2017, passim.

4.1. As atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e o estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV)

Instrumento normativo “originário do ordenamento jurídico americano, tomado de empréstimo por outros países, como a Alemanha, a França e, por evidência, o Brasil”, na lição de Celso Fiorillo, de gênese e natureza jurídica constitucional e visando assegurar efetividade na tutela jurídica constitucional dos bens ambientais, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como instrumento preventivo estrutural, passou a ser exigido pela Lei Maior de 1988 na forma do que determina o Art. 225, § 1º, IV, a saber:

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Assim, para assegurar a efetividade da tutela jurídica dos bens ambientais em face das várias relações jurídicas ambientais disciplinadas em nossa Carta Magna (Patrimônio Genético, Meio Ambiente Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) entendeu por bem nossa Constituição Federal determinar obrigatoriedade incumbência ao Poder Público no sentido de exigir do mesmo, na forma da lei, para atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o referido estudo de impacto que deve ser sempre e necessariamente prévio e público.

Destarte, em nosso País, as diferentes atividades previstas em nosso ordenamento jurídico que potencialmente (susceptível de existir ou acontecer¹⁸) possam causar significativa degradação do meio ambiente, a saber, atividades que possam causar “alteração adversa das características do meio ambiente” (art. 3º, II da lei 6938/81) necessitam apresentar referido estudo no sentido de obedecer aos princípios e normas constitucionais anteriormente indicadas.

Claro está que a referida alteração adversa, para restar cabalmente caracterizada, dependerá de cada caso concreto, a saber, dependerá da real situação

¹⁸ Vide a palavra “potencial” in Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, 2009, 1ª edição, Objetiva, fls. 1532.

a ser examinada (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) assim como deverá ser devidamente avaliada em decorrência de conhecimento técnico especializado, verdadeiro trabalho elaborado por perito conforme clássica lição de Chiovenda, a saber, " pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que lhes deem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos técnicos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta"¹⁹.

Assim atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente geram a exigência constitucional de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará a necessária publicidade.

4.2. Atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores a sanções penais e a sanções administrativas, bem como obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º)

O § 3º, do art. 225 da Constituição Federal estabelece que as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Quais são as atividades consideradas juridicamente lesivas ao meio ambiente?

São as chamadas atividades poluidoras, vale dizer, aquelas alterações adversas das características do meio ambiente (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) resultantes de atividades que direta ou indiretamente afetem no plano constitucional os bens ambientais e no plano infraconstitucional: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (art. 30, inciso III, letras "a", "b", "c", "d" e "e" da Lei nº 6.938/81).

Destarte o conceito constitucional de poluidor, a saber, o conceito de infrator no plano do direito ambiental constitucional, pessoas físicas ou jurídicas.

¹⁹ Vide Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, v. III, 2^a ed., Campinas, Bookseller, 2000, p. 143.

cas conforme explicitamente indicado no Art. 225, parágrafo 3º da Constituição Federal, está estruturalmente ligado ao termo atividade conforme didaticamente indicado no presente trabalho.

Atividades poluidoras, ou seja, consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às seguintes consequências:

- a) atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais.

Como explica Celso Fiorillo²⁰ “os pilares da tutela penal ambiental, traçados em normas constitucionais, não são necessariamente coincidentes com os diplomas e conceitos clássicos de direito material e processual ordinários. Isso porque o surgimento de novos bens jurídicos, de natureza supraindividual, passou a demandar uma nova visão sobre o direito criminal que pudesse atender de forma efetiva à tutela dos direitos difusos.”

Destarte explica referido autor que “o direito criminal ambiental possui características peculiares, dentre as quais destacamos a prospecção ou caráter preventivo (e não apenas retrospectivo/repressivo, isto é, que surge somente após o dano), o que leva à antecipação da tutela penal, vale dizer, à criação de crimes de perigo concreto e, principalmente, de perigo abstrato²¹, de mera conduta²², de normas penais em branco²³, à existência de elementos normativos dos tipos (para a caracterização dos delitos ambientais) etc.

É importante destacar que boa parte da legislação ambiental foi estabelecida dessa forma para evitar danos irreversíveis que tornassem inócuas a tutela penal ambiental. Ademais, o princípio da prevenção norteia a proteção constitucional do meio ambiente, incluindo a tutela penal.”

²⁰ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in Crimes Ambientais, Editora Saraiva, 2017, passim.

²¹ “Os crimes de perigo se diferenciam dos crimes de dano. Crimes de dano são os que se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico. Exs.: homicídio, lesões corporais etc. Crimes de perigo são os que se consumam tão só com a possibilidade de dano. [...] O perigo pode ser: 1. Perigo Presumido (ou abstrato) — quando é considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão. 2. Perigo concreto: é aquele não presumido, isto é, que precisa ser investigado e comprovado” (JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal — Parte Geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229).

²² “Trata-se de uma das classificações dos crimes quanto ao seu resultado. Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal — Parte Geral*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 1, p. 120).

²³ São aquelas que necessitam de complementação advinda de outras normas ou regulamentações.

Além das características antes mencionadas destaca Celso Fiorillo que "a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a punição não apenas da pessoa física, mas também da pessoa jurídica (de direito público ou privado), como opção de política criminal no que Ulrich Beck²⁴ denominou sociedade do risco" estabelecendo a teoria criminal ambiental em face de "culpabilidade pautada num conceito moderno de responsabilidade social"²⁵

O direito criminal ambiental apresenta, ainda, conforme lembra Celso Fiorillo" sanções penais aplicáveis especificamente aos tipos de condutas perpetradas. Referidas sanções são estabelecidas conforme o texto constitucional e aplicadas de acordo com a natureza do agente, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Por esse princípio deverá existir estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, visando atingir as finalidades das penas, quais sejam: prevenção (sobretudo) e repressão.

Assim, as infrações penais ambientais e suas respectivas sanções visam assegurar o direito ao meio ambiente em sentido amplo, isto é, o direito à vida em todas as suas manifestações".

Daí restar bem caracterizado no plano superior constitucional de que maneira as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais.

b) Atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores a sanções administrativas.

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

Sanções administrativas, conforme explica Celso Fiorillo²⁶ "são penalidades impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais²⁷, (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal), nos limites de

²⁴ Ocorreram mudanças na sociedade, bem como sobre o modo de reflexão a respeito dos riscos e consequências do desenvolvimento social e tecnológico que levaram ao chamado direito penal do risco. Isso acarretou na compreensão de um direito penal que passa a antecipar o dano e até o perigo concreto. Vide Ulrich Beck in "Sociedade de Risco-Rumo a uma outra modernidade", Editora 34, 2010, *passim*.

²⁵ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in Crimes Ambientais, 2ª edição, Editora Saraiva, 2017, *passim*.

²⁶ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 17ª edição, 2017, *passim*.

²⁷ O pluralismo político, a partir do que estabelecem os fundamentos da Constituição Federal (art. 1º, IV), orienta em nosso sistema constitucional a "conduta" dos entes estatais. Embora os partidos políticos estejam formalmente relacionados no plano jurídico com o princípio da soberania popular (arts. 14 e 17 da Carta Magna), existindo em princípio para atender aos anseios do povo, visam na realidade o PODER. Os entes estatais, por via de consequência, estão claramente "contaminados" pelas orientações dos partidos/pessoas que dirigem o Estado Democrático de

competências estabelecidas em lei, com o objetivo de impor regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito. As *sanções administrativas*, conforme orientação de doutrina tradicionalmente vinculada ao denominado “direito público”²⁸, estão ligadas ao denominado *poder de polícia*^{29, 30} enquanto atividade da Adminis-

Direito de forma passageira (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal) com finalidades nem sempre coincidentes com o chamado “bem comum”. Daí a necessidade de nossa Carta Magna orientar a defesa dos bens ambientais, inclusive diante do Estado quando este atua como poluidor. Vide os temas pluralismo político e poderes da União no âmbito da Constituição Federal Princípios do processo ambiental, de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Saraiva, 2004, passim. Vide o tema Estado poluidor na obra Estado poluidor, de Sergio Luis Mendonça Alves, Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

²⁸ Conforme já ensinava José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, “O Direito Pú- blico, *jus publicum*, quod ad *statum reipublicae spectat*, tem por domínio todas as relações do cidadão para com o Estado, relações de interesse geral, e que por isso mesmo não pertencem à ordem privada. Ele organiza as condições do bem-ser comum; seu norte é o *salus publica suprema lex*; atende e protege especialmente o interesse coletivo, *bene esse civitatis*, e por amor dele despreza o interesse individual nos casos em que lhe é subordinado, pois que fora desses casos deve respeitá-lo como um direito reconhecido e independente” (grifos nossos). Vide Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império, in José Antonio Pimenta Bueno, Mar- quês de São Vicente, organização e introdução de Eduardo Kugelmas, São Paulo, Ed. 34, 2002.

²⁹ Explica o Ministro Carlos Velloso que “o poder de polícia está conceituado no art. 78 do CTN” (Ação Direta de Inconstitucionalidade-Medida Liminar 2.586-4; Requerente: Confederação Nacional da Indústria; Requerido: Presidente da República — Congresso Nacional; Publicação: 1º -8-2003). Embora o conceito esteja vinculado a tributo, previsto no art. 145, II, da Carta Magna (taxas), vem sendo utilizado em subsistemas jurídicos os mais variados no âmbito de nossa le- gislação em vigor.

³⁰ Policia, para Sergio Bova, “é uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a pôr em ação as limitações que a lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública, em suas várias manifestações: da segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais”. Interessante indicar que o termo polícia teve no decorrer dos séculos um primeiro signifi- cado, como explica o docente da Universidade de Turim, diretamente etimológico de con- junto das instituições necessárias ao funcionamento e à conservação da cidade-Estado, pas- sando o termo a indicar, na Idade Média, a boa ordem da sociedade civil, da competência das autoridades políticas do Estado, em contraposição à boa ordem moral, do cuidado exclusivo da autoridade religiosa. Na Idade Moderna o significado de Polícia chegou a compreender toda a atividade da Administração Pública, identificando-se com o denominado ESTADO DE POLICIA, com que se designava um ordenamento em que toda a função administrativa era indicada com o termo “polícia”. Esse termo voltou a ter um significado mais restrito quando, no início do século XIX, passou a identificar-se como a atividade tendente a assegurar a de- fesa da comunidade de perigos internos, perigos que, conforme destaca Bova, “estavam re- presentados nas ações e situações contrárias à ordem pública e segurança pública”. A defesa da ordem pública “se exprimia na repressão de todas aquelas manifestações que pudesse- sem desembocar numa mudança das relações político-econômicas entre as classes sociais, en- quanto a segurança pública compreendia a salvaguarda da integridade física da populaçao, nos bens e nas pessoas, contra os inimigos naturais e sociais”. Conclui o mestre que, “na so- ciedade atual, caracterizada por uma evidente diferenciação de classes, a defesa dos bens da populaçao, que poderia parecer uma atividade destinada à proteção de todo o agregado hu- mano, se reduz à tutela das classes possuidoras de bens que precisam de defesa”, sendo na

tração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público vinculado à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou mesmo respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.³¹

Cabe, todavia destacar que, em se tratando da tutela jurídica de bens ambientais³² e observando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o poder de polícia não estaria vinculado a interesse público e sim a interesse difuso. Daí o poder de polícia em matéria ambiental estar ligado, por via de consequência, a atividades da Administração Pública destinadas a regular prática de atos ou mesmo fatos em razão da defesa de bens de uso comum do povo reputados constitucionalmente essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF)"

verdade a segurança pública “uma atividade orientada a consolidar a ordem pública e, consequentemente, o estado das relações de força entre classes e grupos sociais”. Vide Dicionário de política, de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Brasília, Ed. da Universidade de Brasília/Gráfica Editora Hamburg, 1986.

³¹ O termo *Estado de Polícia* adquiriu seu significado técnico no campo historiográfico como ensina Pierangelo Schiera. Trata-se de uma expressão “criada pela historiografia para indicar um bem preciso e circunstanciado fenômeno histórico”. A expressão, segundo o professor da Universidade de Trento, “remonta mais precisamente àqueles historiadores constitucionais alemães da metade do século XIX que, movidos por um compromisso liberal-burguês, correspondente ao ideal constitucional do ‘Estado de direito’, entenderam contrapor a este, como fase antitética ou ao menos anterior ao desenvolvimento histórico das formas estatais, precisamente o Estado de polícia”. Vale destacar que a própria origem do termo, como ensina Schiera, “já sugere a intenção pejorativa com que foi inventado e usado por longo tempo”, referindo-se “evidentemente à parte apostila do termo, ou seja, a polícia, que, na classificação das formas de vida estatal implícita no uso historiográfico, conforme antes indicado, devia contrapor-se ao direito como dimensão não só mais limitada e circunstanciada, mas também degenerativa em relação a ele”. Vide, de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de política, Brasília: Universidade de Brasília, 1985, passim.

³² No que se refere aos bens ambientais, vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 217 bem como Celso Antonio Pacheco Fiorillo in *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2000.

Assim, a Constituição Federal entendeu por bem autorizar os órgãos antes mencionados, observados evidentemente todos os parâmetros previstos no conteúdo da Carta Magna³³⁻³⁴ e analisados sistematicamente com particular destaque para a cláusula do *due process* (art. 5º, LIV e LV), a impor sanções as mais variadas (advertência, multas, apreensão de bens, destruição ou mesmo inutilização de produtos, suspensão de venda e fabricação de produtos, embargo ou mesmo demolição de obras, embargo ou mesmo suspensão parcial ou total de atividades e ainda restritiva de direitos) destinadas a resguardar os bens ambientais vinculados ao uso comum do povo.

Dessarte, fica claramente indicado na lei Maior que as atividades consideradas lesivas aos bens ambientais sujeitam efetivamente e em princípio os infratores (pessoas físicas e jurídicas) não só a sanções penais conforme já aduzido anteriormente mas também a sanções derivadas da denominada responsabilidade administrativa.

- c) Atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores à obrigação de reparar os danos causados.

Ao verificar o conteúdo do art. 225, § 3º, da Constituição Federal podemos efetivamente observar a existência de uma *tríplice responsabilidade do poluidor em face de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente* (tanto pessoa física como jurídica): a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal (ou responsabilidade criminal), a sanção administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e ainda a sanção que, como advverte Celso Fiorillo “didaticamente poderíamos denominar civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente”³⁵.

³³ O chamado “poder discricionário”, verdadeiro fetiche vinculado ao Poder Público (discricionariedade administrativa é a possibilidade que tem o Poder Público de praticar ou deixar de praticar determinado ato conforme entenda esse ato conveniente ou inconveniente para a administração, conforme lição de José Cretella Júnior), vem sendo devidamente mitigado em sistemas constitucionais atrelados a Estados Democráticos de Direito e evidentemente no âmbito da tutela jurídica da vida em todas as suas formas. Daí importante acórdão, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira, que impõe limites ao poder discricionário, destacando na oportunidade que “os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e moralidade, também devem atender aos princípios da justiça” (RE 173.820-1. Recurso Extraordinário. Mandado de Segurança. Informativo STF 44.1996).

³⁴ Adverte Celso Fiorillo que “em matéria vinculada à tutela jurídica da vida em todas as suas formas, a chamada escolha do administrador sempre deverá obedecer aos princípios do direito ambiental analisados em face dos princípios fundamentais da Carta Magna”. Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in Curso de direito ambiental brasileiro, 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, passim.

³⁵ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in Curso de direito ambiental brasileiro. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, passim.

Tratar de responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental constitucional significa enfrentar o tema dentro da denominada teoria da responsabilidade civil sendo certo que, como destaca Celso Fiorillo, “dentro da teoria da responsabilidade civil, não há como falar em dever de indenizar sem a ocorrência do dano”³⁶

Dessa feita, na lição do referido autor “o termo dano constitui um dos alicerces essenciais da responsabilidade civil, de modo que se faz imprescindível conceituá-lo.

Primeiramente, adverte Celso Fiorillo” é importante ressaltar que inverte, a nosso ver, relação indissociável entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, de forma que haverá dano *mesmo que este não derive de um ato ilícito*. Observemos a seguinte situação: suponhamos que uma determinada empresa X emita efluentes dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Admitindo que a fauna ictiológica seja contaminada pela referida descarga de dejetos, há, indiscutivelmente, apesar de a empresa ter agido licitamente, o dever de indenizar, pois, em face da responsabilidade objetiva, verifica-se apenas o dano (contaminação da biota) com o nexo de causalidade (oriundo da atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar.

Dessa forma, o conceito que se coaduna com o aqui exposto é o de que *dano é a lesão a um bem jurídico*.

Ocorrendo *lesão a um bem ambiental*, resultante de atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só há a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo³⁷.

Mais não é preciso dizer.

5. CONCLUSÃO

Entendido como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação” em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”) o termo atividade, além de estabelecer diferentes significados bem como reflexos no plano constitucional, é fundamental no plano do direito ambiental constitucional visando balizar aspectos estruturais geradores de importantes consequências no plano das relações jurídicas ambientais.

³⁶ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, passim.

³⁷ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo in *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, passim.

No plano da ordem econômica e financeira constitucional (art. 170 e ss. da CF) restou claramente estabelecido que ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do patrimônio genético, do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural (nele incluído o meio ambiente digital), do meio ambiente artificial (espaço urbano), da saúde ambiental e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais.

No plano da estrutura normativa constitucional balizadora da relação jurídica ambiental (art. 225, *caput*, da CF), para assegurar a efetividade do direito ambiental constitucional foi estabelecida incumbência ao Poder Público no sentido de exigir para instalação de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade estabelecendo no referido plano maior normativo, como lembra Celso Fiorillo³⁸, verdadeiro instrumento normativo destinado a garantir interpretação preponderante visando assegurar o denominado princípio da prevenção³⁹; referidas atividades consideradas lesivas ao meio ambiente também sujeitarão os infratores/poluidores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e a sanções administrativas, bem como obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º) configurando a tríplice responsabilidade ambiental no plano de nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. Diritto alla salute e tutela del consumatore. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1975.
- BUFFONI, Salvatore. Tutela dell’ambiente e attività venatoria. In: **Interessi diffusi e tutela dell’ambiente**. Boccia, 1980.
- CICALA, Mario. **La tutela dell’ambiente**. Torino, 1976.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Princípios do direito processual ambiental** — A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do

³⁸ Vide Curso de Direito Ambiental Brasileira, 17ª edição, 2017, Editora Saraiva, passim.

³⁹ Como explica Celso Fiorillo “Oportuno salientar que não se quer com isso inviabilizar a atividade econômica, mas tão somente excluir do mercado o poluidor que ainda não constatou que os recursos ambientais são escassos, que não pertencem a uma ou algumas pessoas e que sua utilização encontra-se limitada na utilização do próximo, porquanto o bem ambiental é um bem de uso comum do povo”. Vide Curso de Direito Ambiental Brasileira, 17ª edição, 2017, Editora Saraiva, passim.

meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ ; FERREIRA, Paulo; MORITA, Dione Mari. **Licenciamento Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ ; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de direito da energia — Tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares, do vento e do sol**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ ; _____. **Direito ambiental tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ ; _____. **Comentários ao Estatuto da Cidade — Lei 10.257/01 — Lei do Meio Ambiente Artificial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ ; _____. **Comentários ao Código Florestal — Lei 12.651/2012**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONZÁLEZ NIEVES, Isabel Cristina. **Análisis económico del Derecho ambiental**. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

LENER, Angelo. **Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente**. Foro Italiano, 1980.

LOZANO CUTANDA, Blanca; SÁNCHEZ LAMELAS, Ana; PERNAS GARCÍA, Juan José. **Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada**, doctrina, textos legales anotados y jurisprudência Editorial: La Ley Actualidad, 2012: Madrid. España

NIPPERDEY, Hans Carl; ENNECCERUS, L. Derecho civil general. In: ENNECCERUS; KIPP; WOLFF. **Tratado de derecho civil**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953.

MADDALENA, Paolo. Risarcibilità dei danni all'ambiente. In: **Interessi diffusi e tutela dell'ambiente**. Boccia, 1980.

* Recebido em 13 jan. 2017.



O STF E O EQUILÍBRIO FEDERATIVO: ENTRE A DESCENTRALIZAÇÃO E A INÉRCIA CENTRALIZADORA

*Edilberto Pontes Lima**

Resumo

O presente artigo discute a forte centralização brasileira a partir da análise da jurisprudência do STF. Contrapõe os discursos em prol da descentralização de boa parte dos integrantes da Corte máxima com a prática de decisões que privilegiam a centralização. A metodologia utilizada examina não apenas as decisões do STF, mas os votos dos ministros, incluindo os vencidos. Enfatiza que apesar de a Constituição Federal consagrar a federação como forma de Estado, de estabelecer que cada Estado elabora sua própria Constituição, de prever competências legislativas comuns e concorrentes, na prática, há muitas características de Estado unitário no Brasil. Na maior parte das ocasiões em que os Estados ensaiaram soluções constitucionais inovadoras, o STF os reconduziu ao modelo federal, prestigando o princípio da simetria.

Palavras-chave

Federalismo. STF. Competências legislativas. Centralização. Descentralização. Democracia

THE SUPREME COURT AND THE FEDERAL EQUILIBRIUM: BETWEEN DECENTRALIZATION AND CENTRALIZATION INERTIA

Abstract

This article discusses the strong Brazilian centralization based on the analysis of the Supreme Court jurisprudence. Opposes the speeches in favor of the decentralization of most of the members of the highest court with practice decisions that favor centralization. In order to do so, it analyzes not only the decisions of the STF, but the votes of the ministers, including the dissenting ones. It emphasizes that although the Federal Constitution establishes the federation as a form of State, establishes that each State elaborates its own Constitution, and predicts common and concurrent legislative powers, in practice, there are many characteristics of unitary State in Brazil. In most instances where the States rehearsed innovative solutions constitutional, the Supreme Court reappointed to the federal model, honoring the principle of symmetry.

Keywords

Federalism, STF. Centralization. Legislative powers. Descentralization. Democracy.

* Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito (Unifor) e Bacharel e mestre em Economia (UFCE). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Coimbra.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal é um ator de extrema relevância das questões federativas. Além de julgar originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, nos termos do art. 120, I, f da Constituição Federal, esta delinea a repartição de competências entre os entes federativos e, em sendo o STF o guardião maior da Constituição, cabe-lhe dirimir os conflitos que lhes são apresentados nas diversas espécies processuais que lhe cabe julgar.

Historicamente, Alexis de Tocqueville já chamava a atenção para a importância de uma corte que dirimisse os conflitos federativos e ressaltava o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e sua diferença em relação às cortes da Europa de então (Tocqueville, 2005 [1835], p. 169):

Nas nações da Europa, os tribunais só têm particulares como jurisdicionados; mas podemos dizer que a corte suprema dos Estados Unidos faz comparecer soberanos diante de si. Quando o oficial de justiça, adiantando-se nos degraus do tribunal, pronuncia estas poucas palavras: “O Estado de Nova York contra o de Ohio”, sentimos não estar na sala de um tribunal de justiça ordinário. E, quando pensamos que um dos litigantes representa um milhão de homens e o outro dois milhões, ficamos impressionados com a responsabilidade que pesa sobre os sete juízes cuja decisão vai alegrar ou entristecer tão grande número de seus concidadãos.

A tendência centralizadora do STF tem sido identificada por vários autores, que apontam que a Corte máxima tem privilegiado as escolhas da União em detrimento da autonomia dos Estados (Maués (2005), Bercovici (2008), Araújo (2009), Horbach (2013)):

Horbach (2013, p. 3) é muito enfático sobre a atuação do STF na centralização do país:

Atuando como Tribunal da União, o STF concentra decisões jurídicas e políticas que transcendem as relacionadas à função de árbitro do jogo federativo, tolhendo as particularidades locais e padronizando em demasia questões que deveriam ficar abertas à pluralidade típica do federalismo.

Auxilia, assim, no fortalecimento da União, na centralização do poder, enfim, na construção de um Estado unitário de fato ou de uma federação semântica, na qual a União se projeta dominadora sobre as searas de autonomia dos demais entes federados.

Ao longo desse artigo, vamos discutir essa tendência centralizadora na jurisprudência recente do STF, identificando que a despeito de existir um discurso descentralizador por parte de vários ministros, este não se traduz nas decisões da Corte Máxima, que pouco prestigiam a autonomia das unidades federadas.

2. IMPLICAÇÕES DA DESCENTRALIZAÇÃO

Um modelo de federalismo que conserve muitas competências para o governo central — atribuindo baixa efetividade ao princípio da subsidiariedade — pode trazer um significativo déficit democrático. Mesmo que todas as esferas de governo participem da formação das decisões do governo federal, mediante escolha de representantes que aprovam leis e adotam políticas públicas federais. É que as maiorias que se formam no âmbito federal podem simplesmente sufocar as preferências das minorias. Quando decisões fundamentais são feitas em esferas mais distantes do cidadão, preferências de maiorias locais podem ser ignoradas por regras de maioria adotadas no âmbito nacional. Um exemplo ajuda a esclarecer o ponto.

No direito penal, um bem jurídico pode ter alta significância em determinada localidade, a ponto de sua violação ser passível de pena de reclusão, enquanto outra localidade pode não valorizar aquele bem jurídico ou lhe atribuir um valor bem menor, considerando, por isso, que sua infração é passível apenas de multa. Com a descentralização das decisões, as preferências das duas localidades seriam respeitadas, cada uma adotando os valores que o povo dali consagrasse. Centralizar e impor uma escolha a todas as localidades sufoca as preferências de uma delas, notadamente daquela que tiver expressão numérica pequena na formação da vontade federal (Lima, 2007).

Note-se, portanto, que um federalismo muito centralizador anula boa parte das vantagens que historicamente lhes foram atribuídas. Esse é um ponto particularmente relevante. Não basta uma regra que garanta a participação de representantes de cada Estado na formação da maioria federal. É que frequentemente se pode estar diante de ditaduras da maioria. Como, por exemplo, no caso de, no Senado, a totalidade da representação de um Estado votar contra uma matéria, refletindo as preferências de seus representados, mas os representantes dos demais Estados pensarem de forma distinta e aprovarem uma lei válida para toda a federação.

Assim, a participação de cada Estado no Senado, que aprova todas as leis e é constituído por representantes dos Estados, com idêntico número de membros, não consegue atenuar a centralização legislativa. Por várias razões: as mesmas regras de maioria são ali vigentes, não havendo mecanismos de voto por determinado Estado e a tendência de que Senadores sigam mais a orientação partidária nacional do que os interesses específicos de seu Estado (Branco, 2007).

Uma recente mudança legislativa no Brasil ilustra o caso. Dirigir automóveis após ingerir um volume muito baixo de álcool sujeita o motorista a sanções administrativas (multa elevada e suspensão da carteira de motorista) e penais (detenção). Não é necessário que aconteça nenhum acidente para que se incorra nas penalidades. É o perigo potencial que se pune. Pois bem. Direito

penal e Direito relativo a trânsito é de competência privativa da União. É o Congresso Nacional, portanto, que aprova esse tipo de norma. Mesmo que a totalidade da população de um grupo de Estados não considere relevante tal perigo, ela terá que se submeter a tais regras. É democrático? Dobner (2010, pág. 142), ao tratar da “constitucionalização global”, lança argumentos que cabem ao debate do federalismo, apontando que a existência *rule of law* não basta para se obter um governo democrático¹:

The rule of law as such is not necessarily democratic, and was not in the beginning of its installation in Western societies. In order to fulfill democratic needs, the rule of law has itself to be democratized. The question therefore remains whether and how the promotion of the rule of law can be turned into a precondition for democratic self-government.

Em um federalismo muito centralizado, não basta seguir o que foi estabelecido em lei, pois esta pode conter, pela simples centralização, como se argumentou, um substancial déficit democrático. Os Estados Unidos, outra grande federação, tiveram uma preocupação maior em preservar as preferências locais, ao reservar, por exemplo, as competências legislativas em direito penal e civil para os Estados. A jurisprudência da Suprema Corte em certos momentos tentou conter o ímpeto centralizador do Congresso, mas em outras ocasiões cedeu (Dorf e Morrison, 2010).²

Há que se ressaltar, todavia, que a descentralização nem sempre é positiva. Muitas vezes, a centralização implica levar valores republicanos para Estados e localidades mais atrasados. É o país moderno “puxando” o país atrasado. James Madison chamava atenção para isso:

The smaller the society, the fewer probably will be the distinct parties and interests composing it; the fewer the distinct parties and interests, the more frequently will a majority be found of the same party; and the smaller the number of individuals composing a majority, and the smaller the compass within which they are placed, the more easily will they concert and execute their plans of oppression. Extend the sphere and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of others citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength and to act in unison with each other. (grifos nossos)³

¹ Na medida em que os Estados-nação aprofundam a integração, e criam regras e instituições supranacionais, os riscos de aprofundar o déficit democrático vão se ampliando. Um problema antigo, que os países federalistas tentam resolver, que passa a se apresentar em escala global.

² É claro que a origem do federalismo influencia fortemente a sua conformação. No caso dos Estados Unidos, as colônias se uniram, ao contrário do Brasil em que um Estado unitário se tornou federalista com a proclamação da república, em 1889.

³ Citado por Dorf e Morrison (2010), p. 76.

Nessa linha, muitos Estados americanos defendiam a prerrogativa de manter a escravidão, antes da Guerra Civil e, já no séc. XX, o direito de manter a segregação racial. A política federal era “*consistently more progressive on race than that of the state governments that most vociferously insisted on their constitutional prerogatives.*” (Dorf e Morrison, 2010 pág. 76).

Também na mesma questão, é digna de nota a perplexidade de Ítalo Calvino, escritor italiano, sobre o aspecto negativo da autonomia dos Estados nessa matéria. Em viagem aos Estados Unidos no início dos anos 60, ele observou:

O mais difícil de entender para um europeu é como essas coisas podem acontecer numa nação que em três quartos não é segregacionista e como elas acontecem sem nenhuma participação do restante da nação. Mas a autonomia dos estados funciona de modo que aqui estamos mais fora do alcance da autoridade de Washington ou da opinião pública de Nova York do que se estivéssemos, sei lá, no Oriente Médio. (Calvino, [2006 (1994)], posição 1668, grifos nossos)

No Brasil, há inúmeros exemplos em que o governo federal propôs políticas mais progressistas do que muitos Estados e municípios gostariam de seguir. É o caso da radicalização do concurso público para ingresso no serviço público, vedando-se concursos internos, ascensões e outras formas de restringir a ampla competição para ingresso no serviço público, é também o exemplo das licitações e contratos, que seguem as regras gerais estabelecidas em norma federal, entre vários outros exemplos (Maués, 2005).

3. O STF E A AUTONOMIA DOS ESTADOS

Embora cada Estado tenha a sua própria Constituição (art. 25 da CF) e os Municípios elaborem cada um a sua lei orgânica, de fato a autonomia constitucional no Brasil é pequena, porque a Constituição federal abriu poucos espaços para as Constituições estaduais decidirem. Ao menos tem sido essa a prática no Brasil, em que as Constituições estaduais são praticamente idênticas e em que o **princípio da simetria** tem sido largamente utilizado pelo STF para barrar iniciativas estaduais que divirjam do modelo federal.⁴

Em diversas ocasiões em que Estados trilharam soluções constitucionais em que não havia delineamento expresso para eles na Constituição Federal, o STF decidiu que o modelo federal deveria ser seguido, exatamente invocando-se o princípio da simetria. Leoncy (2012) exemplifica com os casos de Estados que seguiram modelos diferentes da União em viagens do Chefe do Poder Executivo, criação de despesas por emenda parlamentar e regras para criação de comissões parlamentares de inquérito. Horta (1981, p. 21) fazia exatamente

⁴ Ver, por exemplo, Araújo (2009), Maués (2012) e Leoncy (2012).

essa crítica sob o manto da Constituição de 1967/69, apontando que a Constituição Federal se transmudara para uma Constituição única, uma vez que o uso exacerbado do princípio da simetria tolhia por completo as iniciativas estaduais submetidas à uniformização de suas respectivas Constituições estaduais: “A Constituição Estadual tornou-se o produto da passiva transplantação de normas simétricas que jorram da Constituição Federal e deságuam no ordenamento pré-confeccionado da Constituição Estadual.”

Há limites expressos para as constituições dos Estados, mas há também limitações implícitas, que são afirmadas pela jurisprudência. O STF tem sido frequentemente criticado por deixar poucos espaços para iniciativas estaduais que divirjam da Constituição federal, mesmo nos casos em que a CF não estabelece expressamente que a regra federal deve ser seguida pelos Estados. Maués (2012, p. 64) sintetiza esse tipo de crítica:

No conjunto de ADIns acima expostas, o STF considera que qualquer iniciativa do constituinte estadual que venha a restringir as prerrogativas dos demais poderes significa uma ingerência indevida do legislativo sobre o executivo e o judiciário. No entanto, ainda que o poder constituinte estadual deva observar o núcleo essencial da divisão dos poderes estabelecida pela Constituição Federal, **o direito de auto-organização dos Estados deve incluir a prerrogativa de dispor sobre seus poderes constituídos, sem o que a própria noção de poder constituinte perde sentido.** Assim, ao interpretar extensivamente os limites impostos pela Constituição Federal nessa matéria, o STF acaba por restringir a possibilidade de o constituinte estadual estabelecer novos mecanismos de freios e contrapesos, cuja criação se justifica especialmente em face do poder executivo, tendo em vista seu predomínio na história política brasileira. (grifos meus)

De se enfatizar ainda que a crescente participação do Poder Judiciário em decisões que classicamente caberiam ao Poder Legislativo tem impactos substanciais no federalismo e na democracia. Quando as decisões sobre direito civil, por exemplo, se deslocam do Congresso Nacional para o Poder Judiciário, o déficit democrático, que inevitavelmente existe no âmbito do Poder Legislativo quanto às preferências locais — como se mencionou anteriormente —, se aprofunda dramaticamente.⁵

Como é cediço, a tarefa de interpretar envolve, frequentemente, a criação de normas, no sentido de surgimento de direitos e obrigações não expressamente previstos (Barroso, 2009). E, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, não necessariamente escolhidos com observância das diferenças entre as diferentes regiões e localidades brasileiras. O Presidente escolhe dentro de certos critérios definidos na Constituição (muito

⁵ O debate sobre a judicialização da política é extenso e presente em boa parte do mundo. Ver, por exemplo, Hirschl (2008).

vagos e abertos) e o Senado aprova (há, na história brasileira, raríssimos casos de rejeição pelo Senado de nome indicado, Mello, 2012).

Observe-se o caso da união estável entre homossexuais. Quando o STF tomou para si uma decisão que caberia originariamente ao Congresso Nacional, as preferências locais foram completamente ignoradas. Mesmo com todas as críticas cabíveis ao Congresso Nacional, bem ou mal, os representantes do povo de cada Estado estão presentes, têm voto e participam tão ativamente do debate quanto se dediquem a ele. Além disso, as discussões passam por duas Casas e estão sujeitas, no caso de leis, a vetos do presidente da República. As decisões, por óbvio, são demoradas e precisam ser muito negociadas porque muitos grupos têm poder de obstruir votações e até de “vetar” a aprovação de matérias controversas, principalmente das matérias que exigem maiorias mais amplas. O processo de decisão no parlamento é, portanto, naturalmente complexo e demorado.

No STF, o debate é muito menor, já que o processo é muito mais simples. Um relator apresenta seu voto, na maior parte das vezes não sujeito a maiores discussões prévias (as audiências públicas ocorrem raras vezes) e é seguido ou não pelos demais ministros, que podem pedir vista dos autos e apresentar votos mais elaborados, concordando ou discordando do relator. Mas a participação de diversos segmentos da sociedade, da observância dos diferentes costumes e das distintas culturas de cada lugar fica muito em segundo plano. O que acaba por prevalecer é a visão de determinado grupo de pessoas (muito preparado, com larga formação jurídica e muita experiência) não necessariamente vinculado às visões, preferências e desejos da maior parcela da população. Nessa discussão, pode-se chegar a conclusões de que a Constituição já previra implicitamente certos direitos e que eles devem ser implementados independentemente de previsão legal expressa.

Não se está a discutir se a decisão é certa ou errada ou mesmo se o STF tem ou não competência para tanto — esse é um outro debate, extremamente interessante e que vai contrapor diferentes correntes de interpretação constitucional⁶. O ponto aqui é que quanto mais se deslocam decisões que tradicionalmente caberiam ao Poder Legislativo para o âmbito do Poder Judiciário, menor é o grupo com possibilidades de efetivamente participar do debate.⁷

Mesmo quando a corte constitucional se restringe a ser o que a literatura tem chamado de “poder neutral” (Bobbio, Matteucci e Pasquino, 2010), isto é, o poder que não pertence a nenhuma esfera de governo — nem ao governo central nem aos governos subnacionais — e que decide conflitos entre as esferas, tanto entre as esferas subnacionais entre si, quanto entre essas e o governo

⁶ Ver Tribe e Dorf, 1991, ou Posner, 2009, por exemplo, sobre as formas e limites da interpretação.

⁷ É claro que o STF muitas vezes pode fazer escolhas melhores do que o Congresso Nacional faria. Não é o ponto aqui fazer juízos de valor sobre as decisões adotadas.

nacional, a conformação institucional do STF parece apontar para um viés de centralização. Há que se chamar atenção para o fato de os membros do STF serem todos indicados pelo Presidente da República, chefe do Poder Executivo federal, de que o orçamento do Supremo Tribunal Federal é todo federal, de que os seus servidores são regidos por regras de servidores federais, enfim, o regramento da Corte Constitucional brasileira é federal. A única participação dos estados-membros no STF é a aprovação de seus membros (CF, art. 52, III, a) e o julgamento em caso de crimes de responsabilidade de Ministros do STF (CF, art. 52, II), pelo Senado Federal, já que este, embora pertença à estrutura da União, é composto por representantes dos Estados.⁸

É claro que a avaliação sobre a qualidade das decisões do STF é subjetiva, depende de cada analista: uns concluem que determinadas decisões refletem o reconhecimento pelo STF de uma visão mais avançada por parte da União, mais em conformidade com os princípios republicanos, no termos de James Madison, outros de que refletem apenas preferências políticas de grupos majoritários, sufocando o princípio da autonomia federativa (Maués, 2005). Por exemplo, pode-se considerar afirmação do princípio republicano quando o STF julgou inconstitucionais leis de Estados que previam concursos públicos internos para ascensão de servidores públicos (ADI 498), que permitiam a transferência de servidores de um órgão para outro e para outros cargos (ADI 1329). Por outro lado, pode-se avaliar como excesso de centralização quando o STF obrigou os Estados a seguirem a composição dos Tribunais de Contas não expressamente prevista na Constituição (ADI 419) e a acompanharem as competências do Tribunal de Contas da União (no respectivo Estado), não podendo expandi-las nem restringi-las (ADI 461).

O fato é que o STF já não tem timidez de afirmar que faz escolhas políticas. A ementa do RE 586.224, por exemplo, é cristalina: “2. O Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, **deve estar atento também aos seus anseios**, no sentido de ter em mente **o objetivo de saciar as necessidades**, visto que também é um serviço público.”

É de se ressaltar, contudo, que a interferência do Poder Judiciário e, particularmente, da Corte Suprema em questões políticas não é um fenômeno apenas contemporâneo. Ao contrário, o próprio Tocqueville fez diversas referências elogiosas ao poder e independência dos juízes dos Estados Unidos da América (Tocqueville, 2005 [1835], p. 169):

Nas mãos dos sete juízes federais repousam incessantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a

⁸ Mesmo aqui, há que se chamar atenção para a tendência de os senadores se comportarem como membros de partidos políticos, muito mais do que como representantes de Estados. Assim, numa disputa federativa, em que o interesse da União se contrapõe ao dos Estados, os senadores tendem a acompanhar a orientação de seu partido, que pode ser em favor da União, muito mais do que a defesa da autonomia dos Estados (Branco, 2007).

constituição é obra morta; é a eles que recorre o poder executivo para resistir às intromissões do corpo legislativo; a legislatura, para se defender das empreitadas do poder executivo; a União, para se fazer obedecer pelos Estados; os Estados, para repelir as pretensões exageradas da União; o interesse público contra o interesse privado; o espírito de conservação contra a instabilidade democrática. Seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. Eles são onipotentes enquanto o povo aceitar obedecer à lei; nada podem quando ele a despreza. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão seus limites. Costuma ser tão perigoso ficar aquém deles quanto ultrapassá-los.

E prossegue Tocqueville analisando as características pessoais dos membros da Suprema Corte, que não deveriam apenas dispor de domínio jurídico, mas contar com qualidades e atributos muito amplos (Tocqueville, 2005 [1835], p. 170):

Os juízes federais não devem pois ser apenas bons cidadãos, homens instruídos e probos, qualidades necessárias a todos os magistrados; é necessário além disso ter neles homens de Estado. É necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo, afrontar os obstáculos que é possível vencer e desviar-se da corrente quando o turbilhão ameaça arrastar junto com eles mesmos a soberania da União e a obediência devida às suas leis. (grifos nossos)

Aliás, o mencionado recurso extraordinário é um emblemático caso de decisão do STF em matéria federativa. Discutia-se se o município seria competente para legislar sobre matéria ambiental e se esta competência poderia se sobrepor à lei estadual que dispusesse sobre determinado caso de modo diverso. É que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerara improcedente ADI contra lei municipal que contrariava disposição de lei estadual. O Tribunal de Justiça entendia que o município adotara posição avançada e compatível com a CF ao proibir a queima de palha de cana-de-açúcar. O acórdão do TJ é também emblemático sobre considerações não jurídicas para sua decisão:

Os usineiros lúcidos e conscientes não desconhecem de que o método rudimentar, primitivo e nefasto da queima da palha de cana-de-açúcar é fator dissuasivo da aceitação do etanol no Primeiro mundo. As barreiras ambientais poderão conseguir aquilo que a educação ecológica e uma Constituição pioneira no trato do meio ambiente ainda não obteve em termos de efetiva tutela à natureza na pátria brasileira. (citado pelo RE 586.224).

O Estado recorreu ao STF alegando que o município não dispunha de competência para legislar sobre matéria ambiental, que estaria restrita à União e aos Estados e que, no máximo, o município teria competência suplementar à

legislação federal e estadual, não podendo contrariá-las. O Estado argumentou ainda que a legislação municipal atrapalhou a implementação de políticas públicas prevista em lei estadual, que teria estabelecido um cronograma para que se abolisse a queima da palha e não a proibição pura e simples como fizera a lei municipal atacada. Por fim, o Estado de São Paulo argumentou que a medida adotada pelo município afetaria a economia do Estado como um todo e não apenas os interesses municipais: desemprego no setor canavieiro, diminuição da arrecadação tributária, além de ampliar os custos dos produtores que teriam que adquirir máquinas colhedoras, tratores e transbordos, além de substituir as carrocerias de caminhões e alterar a forma de plantação da cana. Em consequência, toda a cadeia produtiva da cana seria afetada.

Interessante que, antes de decidir a matéria, o STF realizou audiência pública, em que participaram diversos especialistas de áreas não jurídicas. Note-se como a Corte Constitucional encampa com desenvoltura seu papel de órgão político, que interfere em políticas públicas, não se atendo exclusivamente a discussões de ordem técnico-jurídicas. O próprio Relator, Ministro Luiz Fux, explicita (p. 8 do Acórdão): “**Foi realizada audiência pública, haja vista o caso extrapolar limites jurídicos, envolvendo também questões ambientais, políticas, econômicas e sociais.**”

O STF julgou inconstitucional a lei municipal sob o argumento de que esta esvaziaria o comando normativo do Estado, a quem, nos termos da Constituição Federal, compete, em concorrência com a União, legislar sobre matéria ambiental. O STF decidiu também que o município pode legislar sobre matéria ambiental, mas limitando-se ao interesse local e sem conflito com a legislação estadual e federal.

Assim, embora o STF tenha reconhecido expressamente a competência municipal para legislar sobre matéria ambiental, alterando seu entendimento anterior que vedava tal possibilidade, consignou uma abrangência bastante limitada, reafirmando o protagonismo estadual e federal para tratar da matéria.

O paradoxal é que o STF julgou a partir de uma questão jurídica básica, a competência para legislar sobre determinada matéria, se de Estado ou de município. De fato, todas as considerações meta jurídicas, como o desemprego que seria gerado, aumento de produtividade, importância das questões ambientais, entre outras, prestaram-se apenas para reforçar o deslinde do caso, que foi resolvido essencialmente por uma regra jurídica. Pela decisão, as audiências públicas, com inúmeros especialistas, de diversas áreas e instituições revelaram-se não essenciais para o que foi decidido. Embora diversos ministros tenham exaltado a importância das audiências para que o STF obtivesse uma visão mais ampla da questão, o teor da decisão não revela a essencialidade do procedimento. Aliás, as palavras do próprio Ministro Relator são reveladoras

(p. 23): “É, pois, cristalino que o tratamento dispensado pela legislação municipal vai de encontro ao sistema estruturado de maneira harmônica entre as esferas estadual e federal.”

A tendência à centralização por parte do STF se manifesta de forma contundente em diversos casos. Na ADI 2872, o STF entendeu inconstitucional norma da Constituição do Estado do Piauí apenas porque ela impunha lei complementar para dispor sobre servidores públicos e lei orgânica da administração pública, o que contrariaria a Constituição Federal e seu **princípio da simetria**, uma vez que na União seria necessária apenas lei ordinária para regular tais matérias. No entendimento do STF, os Estados-membros, em matéria de processo legislativo, têm obrigação de seguir as mesmas regras aplicáveis para a União, apesar de a Constituição Federal, ao contrário da Constituição de 1967/69, que expressamente assim dispunha, não especificar que os ritos legislativos federais devam ser aplicáveis aos Estados. A jurisprudência do STF foi construída a partir do entendimento de que a violação ao modelo federal confrontaria a separação de poderes, pois ao exigir lei de quórum mais alto para aprovação a norma estadual atingiria o Chefe do Poder Executivo estadual.

Nesse processo, houve dois votos vencidos muito substanciais. O primeiro foi o do Ministro Menezes Direito que analisou o federalismo brasileiro historicamente, a partir de Rui Barbosa, que preconizava a importância de assegurar a diversidade, inclusive normativa, em um país de grandes dimensões e de diferenças substanciais. Menezes Direito escreveu (p. 12):

O que ocorreu com a federação brasileira foi uma degenerescência progressiva da distribuição das competências internas, com tendência centralizadora a partir dos anos 30, alargando-se as competências da União e reduzindo-se a dos Estados-membros. **Essa redução tanto teve origem na disciplina positiva constitucional quanto na interpretação da organização federativa expandindo o suporte técnico da norma para aquela da leitura ampliativa.** (grifos meus)

O ministro apontou ainda a distorção que o prestígio ao princípio da simetria e consequente menoscabo ao princípio da autonomia das unidades federadas representava, enfatizando os campos da educação e da saúde públicas, áreas que envolveriam muitas especificidades locais. Nessa linha, o ministro não enxergou inconstitucionalidade na exigência da Constituição do Estado do Piauí para que lei complementar regulasse determinadas matérias, observando que os preceitos nessa direção da Constituição Federal se aplicavam apenas às leis federais. Dessa forma, entendeu que fazia parte do escopo de regulação estadual a opção por lei complementar para o trato de certas matérias.

O outro voto vencido, da Ministra Carmen Lúcia, enfatizou que a autonomia dos Estados deve ser preservada, apontando que o processo legislativo é regra, não é princípio. Uma vez que a Constituição Federal não estabeleceria uma regra para os Estados, não caberia ao STF impor-lhes que se aplicasse a regra que foi estabelecida apenas para a União. Afinal, o art. 25 da Constituição Federal só obriga os Estados a seguirem os princípios positivados na Constituição. As regras que lhes são cogentes são aquelas que a Constituição Federal expressamente lhes dirigiu, como o número de deputados estaduais, por exemplo, entre várias outras.

Na mesma linha, na ADI 3167-8, o STF entendeu que regra expressa na Constituição Federal sobre a iniciativa privativa do Presidente da República sobre leis que disponham sobre servidores públicos era de extensão obrigatória para os Estados, exigindo-se, nestes casos, a iniciativa do respectivo governador. Novamente, a Corte Máxima tratou uma regra como princípio, iniciando soluções peculiares no âmbito de cada unidade da federação.

Naquele caso, uma lei de iniciativa parlamentar fixava regras para o adicional de tempo de serviço de servidores públicos. O STF não titubeou, nas palavras do Ministro Relator Eros Grau: “As **regras básicas** do processo legislativo federal são de cumprimento obrigatório pelos Estados-membros” (grifos meus). Ora, mas a Constituição Federal exige a observância pelos Estados dos princípios, não de regras. O STF assim decidiu e assinalou inúmeros precedentes em que a decisão sobre regra de iniciativa pelo Governador teria sido violada (ADI 2.420, ADI 1440, ADI 2.856).

O STF, em alguns julgamentos, tem reconhecido sua tendência em favor da centralização, apontando a necessidade de rever tal viés. Veja-se o caso da ADI 4060/SC, em que o Acórdão, de fevereiro de 2015, assevera:

*A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988 (grifos meus).*

No caso, uma confederação de estabelecimentos de ensino questionava norma estadual catarinense que fixava o número máximo de alunos em sala de aula, sob o argumento de que tal regramento seria competência privativa da União para legislar sobre normas gerais, nos termos do art. 24, IX, § 3º da Constituição Federal. Tal norma estadual contrariaria lei federal (Lei nº 9.394/96), que teria supostamente caminhado em sentido diverso.

No seu voto, o relator, Ministro Luiz Fux, faz algumas considerações teóricas sobre o federalismo e apresenta uma visão bastante crítica sobre o modelo brasileiro, apontando que muitas vezes ele beira o “federalismo meramente nominal.” Vale a pena citar as palavras do próprio ministro (p. 2):

Vislumbro **dois fatores essenciais** para esse quadro. O primeiro é de índole jurídico-positiva: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. O segundo fator é de natureza jurisprudencial. **Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente aquele inspirado no “princípio da simetria” e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.** (grifos meus)

A questão situava-se, portanto, em decidir se o Estado de Santa Catarina invadira competência da União para legislar sobre normas gerais, uma vez que no campo das chamadas competência concorrentes, a União e os Estados legislam sobre a matéria, mas a competência para dispor sobre normas gerais é privativa daquela.

Na linha de contrariar a tendência em favor da centralização, o Relator destaca a necessidade de o STF preservar a competência normativa dos entes regionais e locais para tratar do tema, prestigiando as autonomias dos Estados e Municípios, que deveriam gozar do “benefício da dúvida”, isto é, a autoridade normativa dos entes das federação deveria ser assegurada, exceto nos casos em que existisse uma necessidade evidente, incontroversa de uniformidade nacional na disciplina da temática.

Igualmente relevantes foram as considerações do Ministro Gilmar Mendes, que lembrou lição de Konrad Hesse, referindo-se ao modelo alemão, sobre o impedimento de que a União legisle sobre normas gerais de modo exaustivo, de forma a não deixar espaço substancial para os Estados legislarem. Comparou com o modelo da Constituição brasileira de 1967/69, em que, em vez de competência concorrente, estabelecia-se apenas uma competência supletiva para os Estados. Nesse modelo, a União poderia exaurir a competência de legislar, ficando os Estados apenas com os vácuos. Bem distinto do modelo da Constituição de 1988 em que a União só pode legislar, em matérias de competência concorrente, sobre normas gerais, autocontendo-se para não exaurir o trato legislativo da matéria.

O voto da Ministra Carmen Lúcia foi igualmente contundente ao citar Rui Barbosa, que criticava o excesso de poder dos Estados no início do século XX (“Ontem, de Federação não tínhamos nada. Hoje, não há Federação que

nos baste.“). Disse a Ministra que “Hoje, parece que não há unitarismo que nos baste.”

Por unanimidade, o STF julgou improcedente a ação, sinalizando uma mudança de postura em direção a um maior prestígio para o princípio da autonomia das unidades federadas. Embora o caso concreto fosse relativamente simples e auto evidente, os discursos dos ministros contrários à centralização foram relevantes.

Os discursos, contudo, não vinculam e argumentos e práticas centralizadoras parecem ter uma força inercial muito grande na jurisprudência da Corte Maior. Veja-se o caso da ADI 3477/RN, decidida já em 2015, em que se discutia se o Estado poderia isentar servidores aposentados portadores de patologias incapacitantes do pagamento de contribuições. O STF decidiu que o Estado não dispunha de tal autonomia, estando obrigado a cobrar de todos os inativos, porque a Constituição Federal assim estabelecerá. Mais relevante que a decisão em si foram os argumentos extremamente centralizadores que afloraram. Veja-se o voto do Redator do Acórdão, Ministro Luiz Fux (p. 32):

A Constituição, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno, impõe a observância obrigatória de vários princípios, entre os quais estão aqueles concorrentes aos servidores públicos.

Dalmo de Abreu Dalari aponta que o federalismo é uma aliança ou união de Estados onde os que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma **autonomia política limitada**.

As ponderações de Raul Machado Horta calham à fiveleta, ao adunar que o **federalismo simétrico seria constante**, regular e decorreria da existência de um ordenamento jurídico central e de ordenamentos jurídicos parciais, o que dispensaria a reforma da Carta estadual para o cumprimento das disposições obrigatórias da Constituição Federal. (grifos meus)

O mesmo ministro que criticara a centralização no caso de Santa Catarina, referido acima (ADI 4060), invoca argumentos muitos centralizadores para considerar inconstitucional norma estadual do Rio Grande Norte. É como se o STF arbitrasse as escolhas políticas do Estados, quando estas estão em conformidade com as escolhas da maior parte da Corte, a defesa da descentralização e da consequente diversidade, próprias do federalismo, devem ser prestigiadas (embora na prática, na maior parte dos casos, como este artigo procurou evidenciar, essa defesa esteja mais no nível do discurso do que das decisões). Quando não é o caso, os velhos argumentos centralizadores (simetria, autonomia política limitada dos Estados, entre outros) voltam com força.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

A tendência centralizadora no Brasil é histórica. Talvez com exceção da 1^a República, com a famosa República dos Governadores, a experiência constitucional brasileira tem sido pródiga em privilegiar a centralização (Bonavides, 1985). O fenômeno se manifesta pela expressa concentração de competências legislativas na União, mas também pela atuação do STF, que em diversas ocasiões tem sufocado escolhas legislativas estaduais, supostamente em desacordo com a Constituição Federal.

Mais recentemente, os ministros do STF têm apontado a necessidade de reavivar os princípios do federalismo, privilegiando a autonomia das unidades federativas. Contudo, a força da inércia da jurisprudência é muito forte. Passar do discurso descentralizador à prática exige um esforço e vigilância permanente de romper com um passado de concentração na União e menoscabo às opções dos Estados.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. **Jurisdição Constitucional e Federação. O Princípio da simetria na jurisprudência do STF**. Elsevier, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**. Salvador, ano 4, n. 3, jan. /mar. 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. **Revista Jurídica**, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p 01-18, abr./maio 2008.
- BOBBIO, Norberto, Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição — Os Caminhos da Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BRANCO, Marcello S. “**A Democracia Federativa Brasileira e o Papel do Senado no Ajuste Fiscal dos anos 90**”. Tese de Doutorado. Departamento de Ciéncia Política da Universidade de São Paulo (USP), 2007.
- CALVINO, Italo. “Eremita em Paris. Páginas autobiográficas”. Companhia das Letras, 2006.
- DOBNER, Petra. “More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism”. Em P. Dobner e M. Loughlin (orgs). “**The Twilight of Constitutionalism?**”. Oxford University Press. New York, 2010.
- DORF, Michael e MORRISON, T. W. **Constitutional Law**. Oxford University Press, 2010.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), **The Oxford Handbook of Law and Politics**. 2008.

HORBACH, Carlos B. A postura do STF em questões de conflito federativo. Observatório Constitucional. **Revista Consultor Jurídico**. 2013.

HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Nº 72. Senado. Brasília, 1981

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed., atualizada com notas de rodapé pela Professora Juliana Campos Horta. Del Rey Editora, 2010.

LANG, Alice Beatriz da Silva Gordo. **A 1ª Constituição Republicana de 1891 e a Reforma Constitucional de 1926**. Cadernos Ceru. Vol. 2. Universidade de São Paulo, 1987.

LEONCY, Leo Ferreira. Uma proposta de releitura do princípio da simetria. **Revista Consultor Jurídico**. 2012.

LIMA, Edilberto C. P. "Democracia e Federalismo: Uma Intrincada Relação". **Revista de Informação Legislativa**. v. 44, n. 177. Senado Federal. Brasília, 2007.

MAUÉS, Antônio G. M. O Federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, F. L. Ximenes; MORAES, F. (org.). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Del Rey, 2005.

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília. Supremo Tribunal Federal, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. Max Limonad, 1998.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. WMF Martins Fontes, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América - Livro 1 - Leis e Costumes**. Martins Fontes. São Paulo, 2005.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **On Reading the Constitution**. Harvard University Press, 1991.

* Recebido em 28 jun. 2016.



COOPERAÇÃO PENAL E COMBATE À CRIMINALIDADE INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL DA AMÉRICA LATINA

*Jailton Macena de Araujo**

Resumo

Discute-se, atualmente, o papel dos organismos internacionais no que diz respeito à promoção da paz e da justiça social por meio da cooperação e da justiça penal internacionais. Entretanto, negligencia-se a relação que deve existir entre a integração internacional como instrumento relevante para a prevenção e o combate à criminalidade, como exigência para a promoção do desenvolvimento social, particularmente nos Estados latino-americanos. Assim partindo da abordagem hipotético-dedutiva estabelece-se o paradigma de atuação dos organismos internacionais, em prol do desenvolvimento, fundado na solidariedade social como fator para a promoção da paz. Deste modo, pretende-se analisar a Resolução nº 35/171 da ONU (a qual trata dos princípios orientadores de prevenção da criminalidade e da Justiça Penal no contexto do desenvolvimento e da nova ordem econômica internacional) à luz da efetividade do sistema penal internacional. A partir dessa análise, avalia-se a eficácia da política internacional de cooperação, de prevenção e de combate à criminalidade no âmbito do Mercosul, cujos Estados em desenvolvimento devem adotar medidas à promoção da condição de agente dos cidadãos e, principalmente, da perpetuação da cultura de paz.

Palavras-chave

Justiça Penal Internacional. Mercosul. Cooperação. Desenvolvimento.

* Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento, pela Universidade Federal da Paraíba (2016), mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba (2011) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2007). Atualmente é professor do Curso de Direito, vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica (DDPPJ), do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba. Advogado. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos sociais, trabalho, políticas públicas, programa bolsa família, dignidade da pessoa humana e desenvolvimento.

CRIMINAL COOPERATION AND FIGHT AGAINST INTERNATIONAL CRIME IN THE CONTEXT OF SOCIAL DEVELOPMENT OF LATIN AMERICA

Abstract

Currently is discussing the role of international organizations in promoting peace and social justice through international cooperation and criminal justice is currently being discussed. However, the relationship between international integration as a relevant instrument for preventing and combating crime, as a requirement for the promotion of social development, particularly in Latin American states, is neglected. Thus, starting from the hypothetical-deductive approach, the paradigm of action of international organizations for development is established, based on social solidarity as a factor for the promotion of peace. In this way, the intention is to analyze UN Resolution No. 35/171 (which deals with guiding principles of crime prevention and criminal justice in the context of development and the new international economic order) in light of the effectiveness of the international criminal justice system. Based on this analysis, the effectiveness of the international policy of cooperation, prevention and fight against crime in Mercosur, whose developing States should adopt measures to promote the condition of agents of citizens and, above all, the perpetuation of Culture of peace.

Keywords

International Criminal Justice. Mercosur. Cooperation. Development.

1. INTRODUÇÃO

A prevenção e o combate aos crimes internacionais são medidas que visam a possibilitar a liberdade, a justiça, a paz e o desenvolvimento. É indiscutível que a instauração e a preservação da paz são condições imprescindíveis ao desenvolvimento dos Estados latino-americanos, onde os problemas sociais e econômicos, embora em proporções diferentes, são coincidentes.

O crescimento e a gravidade dos crimes internacionais em muitas partes do mundo têm impacto negativo sobre o desenvolvimento e a qualidade de vida das pessoas, o que, nos Estados latino-americanos, reverte em prejuízos sociais e faz surgir sérios aspectos negativos nas relações internacionais entre os Estados membros do MERCOSUL.

Reforça-se, assim, a importância da ampliação da eficiência e da eficácia dos sistemas de justiça penal, pelo acréscimo da atenção à prevenção da criminalidade sob o enfoque da justiça social, que engloba políticas, processos e instituições voltadas à criação de programas e ações sociais no intuito de garantir tratamento adequado para todos os cidadãos.

Neste *iter* pretende-se, através da abordagem hipotético-dedutiva estabelecer o paradigma de atuação dos organismos internacionais, em prol do desenvolvimento, fundado na solidariedade social como fator para a promoção da paz, no contexto de uma nova ordem econômica internacional preocupada com a questão social.

Desse modo, a preocupação sociopolítica com a criminalidade deve ir muito além da destinação de esforços dos Estados para a investigação criminal

e judicial dos crimes internacionais. Todas as medidas de combate à criminalidade devem ser acompanhadas da pesquisa e produção técnico-científica para facilitar a discussão acerca do combate ao crime organizado.

2. O CONTEXTO ATUAL DA NOVA CRIMINALIDADE: DIREITOS HUMANOS, CRIMINALIDADE ORGANIZADA E A COOPERAÇÃO PENAL PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

A criminalidade não pode mais ser considerada como preocupação puramente local, cujos esforços únicos de uma organização ou Estado são consideradas suficientes para a sua eficaz repressão.

O Mercosul¹, inserido nesse contexto de combate à criminalidade e de compromisso com o desenvolvimento, tem como objetivo principal a ampliação dos mercados nacionais, através da integração como condição fundamental para acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social de cada um dos Estados membros.

Os esforços dos Estados interligados pela condição de desenvolvimento, na América Latina e, em especial, no Mercosul em razão do vínculo socioeconômico dos Estados membros, refletem a preocupação com a implantação de políticas integradas no sentido de combate à criminalidade em todas as suas formas, mas principalmente nas novas formas decorrentes do processo de globalização e ampliação dos mercados no contexto da nova ordem econômica internacional.

Ante as inúmeras inovações tecnológicas, dos meios de comunicação e de transporte, as organizações criminosas — que usufruem desses avanços — passam a representar um problema global, cuja solução requer um compromisso de todos os níveis e em todos os aspectos, inclusive com a inquietação política regional, que hodiernamente enfrenta crises das mais variadas ordens.

A ampliação da eficácia da repressão e da administração da justiça penal constitui uma estratégia de prevenção importante, fundada sobre procedimentos mais eficazes, chamados a desempenhar um efeito consensual que reforça a proteção aos direitos humanos. Entretanto, apenas com o planejamento integrativo e coordenado dos diferentes serviços da justiça penal, que

¹ Nesse sentido, pode-se explicar a abrangência do Mercosul como sendo: “[...] um amplo projeto de integração concebido por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Envolve dimensões econômicas, políticas e sociais, o que se pode inferir da diversidade de órgãos que ora o compõem, os quais cuidam de temas tão variados quanto agricultura familiar ou cinema, por exemplo. No aspecto econômico, o Mercosul assume, hoje, o caráter de União Aduaneira, mas seu fim último é constituir-se em verdadeiro Mercado Comum, seguindo os objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção, por meio do qual o bloco foi fundado, em 1991 (BRASIL, 2010)”.

funcionam muitas vezes independentemente uns dos outros, é que será possível uma articulação eficientemente capaz de ter um efeito repressivo concreto contra a criminalidade.

A nova criminalidade, embora traga em sua estrutura novas formas de expressão dos crimes, apodera-se de mecanismos pré-existentes de disseminação e controles sociais, políticos e econômicos.

A criminalidade assim compreendida utiliza-se da nova ordem econômica mundial que é derivada do processo de globalização, para intensificar as suas atividades ilícitas. Eis porque a nova ordem econômica é estruturada na ampliação das relações econômicas, políticas, culturais, tecnológicas e financeiras, que acabam por inserir os Estados em uma nova condição de desenvolvimento e que os engloba num contexto de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade dos Estados latino-americanos é decorrente, em grande parte, da ausência de estruturas socioeconômicas essenciais para garantir qualidade de vida as suas populações, e que, por essa razão, se torna fator para a instalação e disseminação da criminalidade. Enquanto o crime como estrutura organizada se fortalece de modo sistemático, os Estados não conseguem ampliar o seu poderio de combate na mesma velocidade.

O crime internacionaliza-se e a preocupação com o combate também, mas não na mesma velocidade e com a mesma eficiência. É necessário que se articulem entre as organizações políticas meios penais, processuais, científicos, tecnológicos de enfrentamento às novas formas de criminalidade que associadas aos tradicionais mecanismos de criminalidade ampliam o potencial lesivo ao desenvolvimento humano e dos Estados.

Agregada, pois, às preocupações técnicas e normativas, deve ser mantida a questão social² cujos efeitos revertem em respeito aos direitos humanos. Não se pode olvidar que a perspectiva dos direitos humanos, cuja concepção constitucional de proteção é assegurada, em cada Estado, nas suas Cartas Políticas. Nesse sentido, Luisi constata:

² Weis (2010, p. 25), acerca da reflexão da efetivação dos direitos humanos, destaca que mencionados direitos são chamados de humanos porque há o caráter essencial para a vida digna, tendo em conta a necessidade de proteção de valores e de bens elementares para que à pessoa humana seja facultado o desenvolvimento de suas capacidades potenciais. É em razão disso que os pobres e os empobrecidos são reconhecidos como o “[...] grupo mais vulnerável em relação aos direitos humanos. Porque a miséria engloba um conjunto de carências e de violências contra todas as necessidades humanas. Esse conjunto de carências com suas circunstâncias e consequências, costuma ser denominado de questão social. Então a questão social, numa sociedade organizada em torno do mercado e dos grandes interesses econômicos internacionais, como é a nossa, é a expressão das desigualdades produzidas pelo sistema capitalista (CULLETON, 2009, p. 192)”.

As Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtsstaats* e, ao mesmo tempo do *Sozialstaats*. Os primeiros configuraram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais. [...] Mas a liberdade no campo da economia e o direito da propriedade *lè plus absolue* geraram uma sociedade profundamente injusta, com evidentes e chocantes desigualdades (LUISI, 2003, p. 11).

A coligação entre o exercício da cidadania, a participação política e também na herança social passa necessariamente pela garantia dos direitos humanos. Não se pode considerar, de qualquer modo, o afastamento entre a realização dos direitos humanos e o acesso aos bens sociais que se revertem em uma maior cidadania.

Na realidade, como se pode identificar, a inquietação mais pontual das sociedades modernas é associada diretamente à preocupação política de realização dos direitos humanos, dos preceitos de solidariedade e justiça social essenciais para o fomento da cultura de paz e da cidadania. A cidadania é, justamente, a preocupação expressa por D'Angeles, para quem:

[...] por cidadania podemos entender a condição da pessoa humana quanto a um conjunto de princípios, direitos e obrigações que o Estado-Nação reconhece (política e juridicamente) como próprios de sua coletividade, sem que isso signifique benesse ou autoritarismo governamental, pois deve sinalizar as conquistas e o dinamismo de um povo, num determinado contexto histórico (D'ANGELES, 2007, p. 404).

É a realização da cidadania que orienta e conduz os processos de desenvolvimento enquanto instrumentos para a promoção da integração entre os povos. Os aspectos internos e peculiares de cada parte envolvida no processo de combate à criminalidade (Estados, sociedade e organismos internacionais) são tomados em consideração, de sorte que se reconhece a necessidade de atendimento dos aspectos formais indispensáveis à eficiência das políticas de combate à criminalidade sejam produzidos a partir do empenho mais amplo possível. Todavia, esses efeitos apenas podem ser potencializados com a manipulação conjunta dos meios de prevenção — instrumento essencial para se possibilitar a liberdade, a justiça, a paz e o desenvolvimento —, com o protagonismo dos sujeitos sociais e a inclusão social, pautada na equalização social dos indivíduos.

O crescimento dos crimes internacionais é um fato, que consequentemente causa impactos negativos sobre o desenvolvimento e a qualidade de

vida das pessoas, visto que a evasão fiscal, a lavagem de capitais, o terrorismo — como uma ameaça concreta à paz (PELLET, 2003, p. 180), dentre outras novas formas de criminalidade prejudicam o processo de desenvolvimento dos países, bem como as suas relações internacionais.

Além dos princípios de cooperação, de apoio mútuo e de articulação de políticas eficientes e eficazes do sistema de cooperação, torna-se relevante a adoção de políticas criminais de planejamento, com respeito às tradições culturais, econômicas e sociais, bem como as necessidades políticas e socioeconômicas de cada Estado, para a contenção e combate à criminalidade.

A cooperação internacional dos Estados latino-americanos é fundada na interdependência e na transnacionalização das questões ligadas ao desenvolvimento socioeconômico, cuja abrangência relaciona-se também à preocupação interna dos Estados, que são complementadas pela implementação de desenvolvimento fundado na equidade, efetivação dos direitos humanos, na sustentabilidade ambiental e na cultura de paz.

Dessa forma, observa-se que tanto nas questões internas quanto internacionais, o principal agente para o desenvolvimento é o Estado através das políticas públicas de promoção socioeconômica (CARDIA, 2005, p. 79). Nessa esteira, pode-se asseverar, consoante Domingues (2007, p. 60), que:

[...] o Direito visa assegurar a coexistência pacífica entre os homens de modo que se faz necessário à existência de uma ordem normativa — entenda-se como uma ordem que se impõe através de imperativos legais sob pena de sanções — que impeça a guerra de todos contra todos, valorando determinados bens como indispensáveis para a coexistência social, e impondo jurígenos efeitos às condutas que atentarem contra tais bens, de forma que cada um tenha a cognição de que seu direito se estende até onde não viola o de outrem.

Os Estados, em sua grande maioria, ao incorporar princípios sociais, associados aos históricos princípios liberais tendem a buscar a conciliação dessas acepções, inicialmente com a adoção de Constituições modernas, que renovam as garantias individuais, mas que exigem também a introdução de uma série de normas destinadas a tornar concretas a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, a saúde, a assistência social, a atividade econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura, dentre outros.

Para além da mera atenção às políticas penais pelos Estados, deve haver uma maior preocupação social, amparada na tutela dos direitos humanos, preocupação constante das pautas internacionais, expressa por Luisi nos seguintes termos:

[...] de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado (LUISI, 2003, p. 12).

Como observa Luisi (2003, p. 12), sobreleva a nova estrutura do combate à criminalidade onde sejam enquadrados os princípios inarredáveis da herança liberal que se mesclam em convívio, às vezes tenso, mas plenamente possível, com as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça social, essas também imprescindíveis para a realização do ser e para a construção da condição de desenvolvimento. Feldens, por sua vez, concorda com esse posicionamento:

[...] *pari passu* aos direitos cognominados de primeira geração — ou dimensão —, designativos dos direitos individuais, passamos a conceber direitos então de segunda, terceira e quarta gerações, a retratarem, respectivamente, os direitos sociais, os direitos de fraternidade em geral (v. g., paz social) e o direito da condição política do homem: o direito à democracia. A depender do critério de *discrimen* utilizado — e estes são realmente variados — haverá, ainda, quem sustente a existência de uma quinta dimensão de direitos (FELDENS, 2002, p. 27).

As dimensões de proteção aos direitos humanos, como se vê, incorporaram as transformações na estrutura socioeconômica e devem ser aparelhadas com reformas adequadas da justiça penal, razão pela qual se impõe o respeito aos princípios que regem a matéria de prevenção dos delitos e a Justiça Penal no contexto do desenvolvimento e de uma Nova Ordem Econômica Internacional, aprovados no 7º congresso das Nações Unidas sobre o delito e o tratamento do delinquente (Pacto de Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985), que preconizam a conformação das decisões políticas dos Estados à adequação humanística que tenha como objetivo primordial promover a dignidade da pessoa humana.

Mencionada discussão se relaciona de maneira ímpar com a construção de uma sociedade desenvolvida e forte, amparada por preceitos de justiça social e solidariedade, sob a perspectiva de valores coesos na ideia da cultura de paz entre os Estados e os organismos internacionais.

A partir da adoção de medidas a curto, médio e longo prazos, que possam resultar na maior eficiência e eficácia dos sistemas de justiça penal internacional cuja exigência de esforços vai muito além da cooperação internacional (econômica e política). Isso porque a incorporação de medidas meramente liberais e de cooperação não são suficientes para a realização dos anseios de desenvolvimento necessários para a construção da cultura de paz.

3. PRINCÍPIOS REITORES DA PREVENÇÃO DO DELITO E JUSTIÇA PENAL NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO E DE UMA NOVA ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL

No esforço de promover a pacificação internacional a Organização das Nações Unidas empreende, conjuntamente com os Estados membros, estudos técnicos, sociais e políticos no sentido de desenvolver linhas de direcionamento para a superação da situação de vulnerabilidade ao crime organizado.

O documento que contém os “Princípios Orientadores em Matéria de Prevenção da Criminalidade e da Justiça Penal no Contexto do Desenvolvimento e de uma Nova Ordem Econômica Internacional” foi desenvolvido e adotado a partir do Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre o Delito e o Tratamento do Delinquente, que se realizou em Milão, de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985, e pela Assembleia Geral da ONU, através da resolução 35/171, levando em consideração as circunstâncias e as tradições, econômica, social e cultural, bem como as necessidades políticas de cada país e a necessidade de sistemas de prevenção da criminalidade e justiça penal que obviamente estejam coerentes com os princípios da justiça social.

A cooperação internacional é incentivada e promovida com o recolhimento e divulgação de informações e sugestões entre os Estados cooperados, com a cooperação e assistência técnica multilateral para lidar com as novas dimensões da prevenção da criminalidade e intensificar a investigação.

A conformação da cooperação penal internacional como instrumento de repressão à criminalidade passa a impor a utilização de elementos para o combate à delinquência associados a outras medidas de combate que incluem estudos relacionados à criminalidade industrial, aos crimes econômicos, à responsabilidade corporativa, às sanções, às compensações às vítimas, à prevenção da criminalidade como um instrumento de política social, às relações entre o desenvolvimento e a criminalidade, à participação da comunidade e ao potencial para o abuso da tecnologia moderna.

Paralelamente às atividades de cooperação para redução dessa criminalidade, destaca-se o papel fundamental das Nações Unidas na cooperação internacional (prevenção, combate e justiça penal), com respeito aos direitos humanos no tratamento ao agressor, acompanhado da devida promoção do desenvolvimento socioeconômico e do estabelecimento da nova ordem econômica internacional com oportunidades iguais para todos, em especial para os mais pobres.

As transformações ocorridas, a partir dessas mudanças econômicas e sociais, têm fomentado modificações profundas no mercado, na sociedade e nas preocupações dos Estados, em razão da cada vez mais acentuada concentração de renda e do capital, da internacionalização da economia e o fortalecimento

do mercado financeiro, em decorrência dos processos de globalização e regionalização de mercados.

Em razão desse novo quadro caracterizado pela ampliação da exclusão, da marginalização daqueles que não são detentores dos meios de produção e da especulação financeira, o papel do Estado tem sido fortalecido como vetor de desenvolvimento humano dos mais pobres. O grande desafio que se impõe, na atualidade, é o paradoxo que se coloca diante das necessidades decorrentes do fortalecimento deste papel estatal e a reconhecida crise que se aprofunda e se avoluma ante este agigantamento de funções que não são bem desempenhadas.

O Estado tem figurado de forma mais central na elaboração e implementação de ações voltadas à proteção do amplo contingente de trabalhadores que passam a vivenciar o desemprego estrutural ou a precarização do seu trabalho — o que amplia e dissemina a pobreza tanto nos Estados em desenvolvimento como nos países de capitalismo avançado.

Ao mesmo tempo que o Estado deve desempenhar um papel de promotor de ações voltadas para o desenvolvimento, o contexto mundial de crise o coloca como principal sujeito precarizante. Especialmente, no Brasil, a reforma trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, reduz os direitos e as garantias sociais dos trabalhadores, agudizando ainda mais a crise social, política e de representatividade.

Desse modo, a ideia de um sistema penal internacional mais humanizado e socialmente preocupado com o que se convencionou denominar “cultura de paz” passa a ser incluída na pauta de discussões para as possíveis soluções a esses novos conflitos sociais que são parte dos obstáculos a serem enfrentados para se alcançar o desenvolvimento e que enfrenta também a própria crise de representatividade dos agentes políticos.

Antes da abordagem dos princípios da prevenção da criminalidade internacional é importante que se mencione que os sistemas de proteção penal internacional devem responder à diversidade dos sistemas políticos, econômicos e sociais de cada Estado. Cada organização nacional deve no sistema de integração e cooperação internacional dar prioridade e promover o reforço dos mecanismos nacionais de prevenção da criminalidade e manter políticas de destinação de recursos adequadas para esse fim, além de reconhecer as culturas, identidades e dificuldades de cada país.

As medidas tomadas para assegurar a coordenação dos esforços no planejamento e implementação de medidas à prevenção e ao combate da criminalidade, com respeito aos direitos humanos, devem ser acompanhadas sistematicamente para proporcionar a redução dos custos sociais da criminalidade e dos seus efeitos negativos sobre o processo de desenvolvimento.

A construção do sistema penal deve ter como escopo “[...] assegurar as condições jurídicas e materiais necessárias para avançar em um verdadeiro pacto de paz” (ARANGO, 2004, p. 25), a partir da construção de novos paradigmas que impõem a superação de construções tradicionais no tratamento das relações internacionais entre os Estados, tais como a concepção de território, de Soberania, de deslocamento de pessoas e produtos, da circulação da informação, da internacionalidade dos delitos e da criminalidade, tudo em decorrência da globalização da economia, consoante a estrutura determinada na resolução 35/171 das Nações Unidas.

Os princípios foram agrupados em quatro grupos/preocupações dos Estados quanto à questão da criminalidade: a) A prevenção da criminalidade e a nova ordem econômica internacional; b) Desenvolvimento nacional e prevenção do delito; c) Capacidade de resposta do sistema de justiça penal frente ao desenvolvimento e aos direitos humanos; d) Cooperação internacional em matéria de prevenção do delito e justiça penal (NACIONES UNIDAS, 1985).

3.1. Princípios ligados à prevenção da criminalidade e à concepção da nova ordem econômica internacional

Os princípios desse grupo revelam a preocupação das Nações Unidas e dos blocos regionais dos Estados com a estruturação dos sistemas nacionais e internacionais no contexto da nova ordem econômica internacional que tem em conta a proteção e combate ao crime.

Na esfera de proteção da nova ordem econômica, a consideração das tradições políticas, econômicas, sociais e culturais de cada país passa a ser questão central, tomando sempre como base a adequação aos princípios da igualdade soberana dos Estados e a não interferência em seus assuntos internos, mas de modo a influenciar os Estados a guiarem-se pelos princípios internacionais na formulação das leis e diretrizes políticas adequadas a cada realidade nacional.

É proclamada expressamente a importância do acompanhamento sistemático, pelos Estados membros, das medidas de planejamento e implementação de medidas penais que respeitem os direitos humanos, de modo a reduzir os custos sociais da criminalidade e seus efeitos negativos sobre o processo de desenvolvimento.

Os princípios da ordem internacional e das estruturas nacionais prezam pelo aparelhamento e pela reforma dos sistemas nacionais, de sorte a garantir a capacidade de resposta do sistema penal, em conformidade com os objetivos sociais e as aspirações da comunidade internacional, os quais ligados às garantias individuais vinculam o sistema penal aos valores de justiça, equidade e humanidade. Essas garantias prezam pela promoção da igualdade de oportunidades para o desenvolvimento socioeconômico, como meio de prevenir a

criminalidade e formam um bloco capaz de direcionar os caminhos das políticas internacionais em direção à solidariedade.

Mencionadas preocupações podem ser expressas da seguinte maneira:

Na ordem internacional vigente, bilhões de pessoas nascem em posições sociais iniciais que lhes dão perspectivas extremamente baixas de uma vida satisfatória. Sua miséria só poderia ser justificada se não houvesse alternativa institucional dentro da qual essa miséria em massa fosse evitada (POGGE, 2007, p. 149).

Assim, a solidariedade como fator capaz de enquadrar a questão social nas políticas internacionais de combate ao crime, define e orienta a preocupação humanitária. A orientação humanitária deve servir à superação da racionalidade economicista, em prol de um paradigma solidário ainda mais amplo, o qual enfeixe as compreensões (1) altruísta, (2) inclusiva e que promova a (3) hospitalidade.

Na compreensão altruísta, a solidariedade é expressa como um elemento de orientação e edificação das ações sociais, não como algo contemplativo, mas politicamente destinada à promoção de uma alteração social decorrente da ação coletiva, com a incorporação dos valores sociais.

Na expressão de Carducci (2003, p. 59), decorre da expressão solidária do direito “[...] a urgência de um Direito Constitucional ‘altruísta’ como novo *nomos* da Terra, capaz de contestar o princípio da soberania e os interesses da razão de Estado como fundamento exclusivo da legitimidade política e da liberdade”. A “responsabilidade-para-com-o-outro”, apresenta-se como uma medida de autodeterminação que coaduna a expressão de cidadania solidária, na qual todos os cidadãos são responsáveis pelo exercício da cidadania uns dos outros (CARDUCCI, 2003, p. 12-13) — inclusive na interação/cooperação internacional entre os Estados.

O ideário racional solidário deve permear, pois, a atuação Estatal e dos organismos internacionais na promoção comum do desenvolvimento. A orientação solidária favorece também uma compreensão inclusiva, expressa como um elemento de construção social ligado à autonomia que integra todos os cidadãos por igual, significando que “[...] uma tal ordem política se mantém aberta à emancipação dos discriminados e à *integração* dos marginalizados sem os *encerrar* na uniformidade de uma comunidade popular homogênea (HABERMAS, 2015, p. 165 — grifos do autor)”.

A realização dos processos sociais depende da interferência de todos os cidadãos que, portanto, serão usufrutuários dos efeitos do processo político-social-econômico do desenvolvimento. Essa cosmovisão da necessidade de interferência mútua no processo de desenvolvimento expressa a vertente democrática e solidária da concretização do poder político, que representa a vontade

do povo (e não dos poderes econômicos que controlam o poder no âmbito global).

Dessa forma, a acepção de luta social acaba por ser reforçada e reflete de modo mais preciso a ideia de legitimidade da inclusão enquanto elemento da solidariedade. A legitimidade do Estado, portanto, muito mais do que à ideia de igualdade, está ligada à garantia de um processo inclusivo de formação de consciência política, na qual a solidariedade impõe a “inclusão” dos sujeitos nos rumos das ações sociais.

Essa expressão ultrapassa os próprios limites territoriais do Estado-Nação, ampliando-se para uma compreensão global, plural em face da organização mundial, no sentido da extensão universal dos direitos humanos. Obviamente, essa extensão universalista dos direitos humanos não pode agredir a voluntariedade, devendo respeitar a independência externa da existência dos povos e a autodeterminação nacional.

A acepção da hospitalidade, enquanto faceta da solidariedade, é relacionada à promoção da tolerância e do acolhimento. Derrida (2004, p. 249) estabelece o conteúdo da ética nos termos da hospitalidade, uma vez que “[...] não existe vínculo social sem um princípio de hospitalidade”, o qual é definido como conteúdo da própria ética.

A necessidade de convivência social compreende uma ideia cosmopolita do direito, a qual se agrupa à perspectiva kantiana de moral. Para Kant (2006, p. 83), a ideia cosmopolita do direito é representada por um “dever” que liga os sujeitos uns aos outros (KANT, 2006, p. 83). Dever esse que intensifica e fortalece a ideia de ética e de valores morais.

Fica clara, pois, a ligação da visão cosmopolita kantiana, com a acepção de hospitalidade. Ambas promovem uma intensificação dos valores morais, os quais, nas palavras de Pureza (1998, p. 81-82), sugerem a superação dos “[...] riscos de egoísmo e de solidão que atravessam a incidência individual dos direitos [...]”, cuja realização é impossível “[...] fora de um quadro de conjugação dos esforços de todos os actores do jogo social: indivíduos, Estado, entidades públicas e privadas, comunidade internacional”.

Nessa medida, a noção espacial ou territorial que limita o acesso aos bens sociais perde importância. O acolhimento ao outro perpassa o “[...] lugar da residência familiar tanto quanto ao modo de estar aí e de se relacionar con-sigo e com os outros, com os outros como os seus ou como estrangeiros (NASCIMENTO, 2000, p. 20)”. Assim, a hospitalidade, muito mais do que uma mera acepção da solidariedade, é a expressão de um dever de solidariedade para com todos, independentemente de procedência.

Logo, o fortalecimento da isonomia entre todos os sujeitos sociais, a partir de uma compreensão solidária de cidadania, está ligado diretamente aos

resultados da adoção das medidas especiais como instrumento para proporcionar bem-estar. A ampla compreensão da solidariedade demonstra a intensificação dos valores morais que definem a sociedade, apresentando a possibilidade de uma adaptação da vivência social, bem como, promovendo o surgimento de uma forma diferente de conceber as relações sociais, inclusive na perspectiva do direito internacional.

A questão social, como pode ser visto, insere-se nesse grupo de princípios e está ligada aos objetivos do desenvolvimento e erradicação das causas da injustiça social onde a criminalidade é considerada consequência das causas estruturais de delinquência, incluídas as causas socioeconômicas, que exigem novas orientações e enfoques com respeito aos planos nacionais e internacionais que visem à prevenção dos crimes e a justiça penal.

O princípio de respeito às relações entre os Estados exige a abstenção da obstacularização do desenvolvimento de outros Estados e a cooperação como meio de promover a prevenção aos crimes e a justiça penal. O respeito às relações entre os Estados direciona, em especial, contra os delitos especialmente nocivos, cujo combate deve ser primordial aos crimes econômicos, como o dano ao meio ambiente, o tráfico de drogas e de pessoas, o terrorismo, o racismo e os delitos industriais.

Além de princípios expressamente albergados no sistema constitucional brasileiro³, há os princípios ligados às questões relativas à responsabilidade internacional das empresas, cuja atenção é vinculada à necessidade de proteção contra os prejuízos econômicos acarretados às indústrias e pelas indústrias. Tais danos industriais têm proporções mais danosas no contexto da nova ordem econômica na qual se inserem os Estados em desenvolvimento da América Latina integrantes do Mercosul, o que exige, por óbvio, uma maior persecução.

O grande obstáculo a que se dê maior desenvolvimento ao tema da responsabilidade dos indivíduos, no Direito Internacional Público, repousa no fato de que este direito, por mais que se tenha aberto à pessoa humana (nos aspectos de proteção a seus direitos), ou a empresários, pessoas físicas ou jurídicas (enquanto agentes diretos da integração econômica), ainda repousa no postulado da plenitude dos direitos e deveres conferidos a Estados,

³ É o que é expressamente previsto na Carta Constitucional brasileira de 1988, in verbis: "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latinoamericana de nações (grifos ausentes no original)".

entidades essas tal como definidas, de maneira formal, por suas normas, ou seja, Estados soberanos, como tal reconhecidos pela comunidade de outros Estados (e, portanto, estando excluídos agrupamentos ou quaisquer outras situações nas quais não haja o reconhecimento da personalidade jurídica internacional a exemplo dos movimentos de libertação nacional) (SOARES, 2003, p. 218).

Medidas internas de controle, dentro das empresas (como a *compliance*, as ouvidorias, controladorias e auditorias) são um grande passo para a prevenção e combate aos crimes internacionais. A intensificação da responsabilização das pessoas (físicas ou jurídicas) como meio de se reprimir eficazmente a criminalidade internacional, muito mais lesiva ao desenvolvimento, conduz a ressignificação da própria atividade empresarial que deve ser exercida consonte sua função social.

As empresas devem responder conjuntamente com os seus responsáveis pelos danos causados, sendo impostas sanções adequadas com a responsabilização e reparação econômica, assentada na eliminação das diferenciações injustificadas nas sanções (punir com maior severidade os delitos que afetem a seara econômica, pela sua lesividade ao desenvolvimento), de modo a se reduzirem os danos aos recursos financeiros e ainda com a adequada indenização às vítimas (Reparação e restauração).

3.2. Princípios ligados ao desenvolvimento nacional e à prevenção da criminalidade

Pode-se afirmar que a compreensão da justiça penal toma em consideração, obrigatoriamente, o desenvolvimento nacional, funcionando como uma das principais garantias para a criação de melhores condições para os povos da América Latina.

O objetivo do desenvolvimento é garantir uma vida digna com o aumento constante do bem-estar de toda a população latino-americana, com base na participação plena no processo de desenvolvimento e uma distribuição justa dos seus benefícios (em consonância com o estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986).

Como pondera Domingues (2007, p. 63):

É evidente que nesta perspectiva, os direitos fundamentais e, com eles também, os direitos sociais — que os Estados nações, isoladamente, se descuram na atualidade, deixando por falta um adequado sistema de garantias, de prestá-los positivamente — terão condições de encontrar um campo mais largo de garantia fora do velho esquema estatista, mesmo contra os próprios Estados [...].

Desse modo, é imperiosa a realização dos direitos sociais como condição indispensável para se atingir o desenvolvimento e tornar mais eficaz o Sistema Penal Internacional de combate à criminalidade.

Nesse grupo, são incluídos os princípios do desenvolvimento, paz e justiça que revelam a preocupação com o desenvolvimento como instrumento e objetivo para a promoção do crescimento econômico, do progresso social e da garantia de paz e justiça social.

O princípio do planejamento para o desenvolvimento e à prevenção dos crimes e à efetivação da justiça penal, adotados de modo sistemático, integrado e coordenado, acompanhado do estudo das tendências e as repercussões sociais de cada atitude dos Estados também são relacionados nesse bloco de preocupações.

O planejamento deve ser intersectorial (incluindo setores que se supõe afastados), setorial (de modo a se articularem a integração de setores distintos, como polícia administrativa, judicial, segurança pública, investigação, programas sociais, dentre outros), adequando o planejamento e a coordenação da prevenção da criminalidade como parte da política social de inserção dos cidadãos no Mercosul.

É nesse sentido que se apresenta a íntima relação entre o desenvolvimento e a delinquência, onde se pode afirmar que os esforços em setores como crescimento demográfico, urbanização, industrialização, habitação, migração, saúde, educação e das oportunidades de emprego melhoraram a capacidade de resposta das políticas de justiça penal (interdisciplinaridade na formulação das políticas de ação) possibilitando a redução dos índices de criminalidade.

A resposta deve ser pautada na estratégia e no planejamento voltados para o desenvolvimento, articulado com o conjunto de outros Estados e organismos internacionais através de medidas conjuntas de prevenção e combate, sempre acompanhadas de outras ações de cunho social e ou assistencial, as quais revelem o reconhecimento da centralidade da questão social.

3.3. Princípios ligados à capacidade de resposta do sistema de justiça penal frente ao desenvolvimento e os direitos humanos

O planejamento das políticas de combate à criminalidade leva em consideração o desenvolvimento e os direitos humanos fundamentais, através da promoção da justiça social, das liberdades fundamentais e dos direitos humanos (inclusive sob o aspecto socioeconômico).

Os sistemas jurídicos de justiça penal e prevenção da criminalidade, no contexto do desenvolvimento, devem ser ocupados, no âmbito nacional, por

cargos judiciais que atendam a interesses públicos e não a interesses individuais ou de grupos, sempre voltados à manutenção da imparcialidade como meio de promoção do desenvolvimento.

Com a garantia da reavaliação periódica das políticas e práticas de justiça penal no âmbito de cada Estado com a adequação das leis e normas aos valores e estruturas da sociedade de cada país. Essa configuração social das políticas internacionais deve possibilitar também o acesso ilimitado à justiça (com assistência jurídica aos mais vulneráveis economicamente), bem como a participação da comunidade com a adoção de métodos mais acessíveis de administrar a justiça (mediação, arbitragem, conciliação), acompanhado ainda do manejo adequado dos meios de comunicação de massa e educação como instrumentos de fomento e de conhecimento necessários à socialização dos programas de educação cívica e jurídica.

Para que seja quebrada a ideia de manutenção do *status quo* de violação dos direitos humanos pelos meios institucionais (SÁNCHEZ, 2002, p. 37), medidas como a comunicação social, as novas formas de delitos e sanções penais exigem a revisão geral das ações de justiça. Desta forma, devem ser adotadas novas leis para fazer face às novas ameaças, com o emprego de novas técnicas de detenção, investigação, processamento e condenação, além de fomentar a cooperação para eficiência da prevenção e repressão da criminalidade.

O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas no incremento do bem estar individual. Como também tem a dinâmica dos fenômenos econômicos (SÁNCHEZ, 2002, p. 29). Desse modo, a tecnologia moderna deve ser conduzida de modo a reprimir os seus possíveis usos indevidos, principalmente, contra a quebra da confidencialidade, para que as políticas penais não se transformem em instrumento de exclusão e condição favorável para a aplicação das sanções penais apenas contra os mais pobres.

Ainda nesse bloco de preocupações, erige-se, como meio de se superar as dificuldades socioeconômicas e as violações aos direitos humanos, os princípios da difusão da educação em direitos humanos. A preocupação nacional dos Estados deve ser também direcionada ao respeito e à educação em direitos humanos.

A educação em direitos humanos fomenta e promove a justiça social e o fortalecimento e prevenção eficazes da criminalidade; com o respeito às formas tradicionais de participação social, agregadas às novas medidas de prevenção, harmonizadas aos meios tradicionais nacionais, em atenção à identidade cultural e a proteção dos direitos humanos. Desta forma, se é possível estabelecer a reelaboração dos mecanismos de proteção que proporcionam a implementação da cultura de paz, essencial para a efetivação dos preceitos de solidariedade imprescindíveis à efetivação da justiça social.

3.4. Cooperação internacional em matéria de prevenção da criminalidade e justiça penal

Nesse grupo de princípios o centro da preocupação é a importância da cooperação internacional, focada nos preceitos do direito internacional e da justiça penal, reforçando o papel das Nações Unidas na tomada de providências e na adoção de instrumentos adequados para utilização nos Estados, os quais servem como guia para elaboração de leis e outros instrumentos que devem ter o incentivo para a ratificação pelos Estados membros.

As ações a serem implementadas e incentivadas pelos organismos internacionais relacionam-se ainda às diversas modalidades de cooperação internacional no sentido de se imprimir eficiência aos meios de cooperação internacional. Assim, medidas como a extradição, assistência nas fases de inquérito e judicial, registro das decisões judiciais, execução de cartas rogatórias e notificação de feitos judiciais, com a harmonização das normas jurídicas e sistemas jurídicos internacionais com os sistemas nacionais dos Estados devem ser uma preocupação constante para que se possa tornar possível o combate à criminalidade.

É preciso ainda que se verifique a cooperação técnica entre os Estados na utilização de recursos humanos e tecnológicos, com a criação de sistemas de intercâmbio de informação e centros educativos, bem como a criação de órgãos no sistema da ONU que disponham de capacidade e recursos para facilitar a assistência entre os países. O fortalecimento de ações coletivas deve ser incentivado pelos órgãos e organizações internacionais e regionais, bem como entre organismos de cada um dos Estados membros do Mercosul.

Com a adoção de estratégias internacionais, regionais e inter-regionais de prevenção, através dos institutos da ONU, medidas para a coordenação, contato e intercâmbio de dados e experiências entre institutos de combate à criminalidade devem ser adotadas. A cooperação científica e ações investigativas profissionais e acadêmicas devem ser promovidas, além de congressos das Nações Unidas sobre a prevenção da criminalidade e o tratamento do delinquente são uma forma para que se estabeleça a cooperação entre os países, objetivando o fortalecimento das instituições nacionais com a troca de experiências.

As ações para a construção solidária de uma política mundial de justiça penal assentada na justiça social é a chave para a construção de uma cultura de paz de abrangência global. O desenvolvimento fundados nos direitos humanos torna-se, pois, o grande protagonista das medidas que compõem os princípios reitores da prevenção do delito e justiça penal no contexto do desenvolvimento e de uma nova ordem econômica internacional.

4. A QUESTÃO SOCIAL E O COMBATE À CRIMINALIDADE: BREVE APORTE TEÓRICO DA CULTURA DE PAZ COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

Os blocos de princípios mencionados no capítulo anterior, na realidade, são colocados apenas como uma forma de facilitar o direcionamento de políticas e ações dos Estados e organismos internacionais.

Sua estrutura é, evidentemente, conjunta e integrada, exigindo articulação e complementação de atividades, de modo a possibilitar o desenvolvimento de processos capazes de dar maior eficiência ao sistema internacional de proteção e combate à criminalidade organizada. O seu escopo é ampliar a proteção dos sistemas institucionais de prevenção e combate ao crime, mas reconhecendo-se que a mesma atenção deve ser despendida ao processo de inserção econômica e inclusão social dos mais vulneráveis para se fortalecer a cultura de paz.

O bem-estar dos cidadãos de cada um dos Estados é, verdadeiramente, a preocupação central de todo esse processo de articulação e reunião de esforços entre os organismos internacionais, o que, inevitavelmente, vai gerar mais e mais desenvolvimento. Por essa razão se reconhece o grande obstáculo a ser enfrentado para a concretização do projeto de paz.

A cultura de paz, como instrumento possibilitador da efetividade dos sistemas internacionais, regionais e nacionais de pacificação, de prevenção e combate à criminalidade passa indiscutivelmente pelo acesso das pessoas aos bens indispensáveis ao atendimento das suas necessidades básicas.

Nas palavras de Hammes (2009, p. 91), a cultura de paz é produto do trabalho ou inerente à pessoa humana, representada pelo acesso aos bens materiais (utensílios, moradia, ferramentas, etc.) e também pelas representações simbólicas incutidas em cada pessoa (conhecimento científico e crenças, etc.).

Nesse sentido, a compreensão das Nações Unidas acerca do conceito de cultura de paz:

A cultura da paz se constitui dos valores, atitudes e comportamentos que refletem o respeito à vida, à pessoa humana e à sua dignidade, aos direitos humanos, entendidos em seu conjunto, interdependentes e indissociáveis. Viver em uma cultura de paz significa repudiar todas as formas de violência, especialmente a cotidiana, e promover os princípios da liberdade, justiça, solidariedade e tolerância, bem como estimular e compreensão entre os povos e as pessoas (NAÇÕES UNIDAS *apud* MILANI, 2003, p. 36).

Ao mesmo tempo em que se reconhece a importância da integração científica, tecnológica, de recursos humanos e de normas jurídicas entre os Estados do Mercosul, como instrumento essencial para prevenir e combater a criminalidade, admite-se a essencialidade dos meios tradicionais e nacionais,

como elementos culturais fortes, capazes de auxiliar eficazmente à prevenção dos delitos e a justiça penal no contexto do desenvolvimento e de uma nova ordem econômica internacional. Na mesma intensidade se reconhece a necessidade de promoção de justiça social como meio indispensável para a realização dos objetivos dos Estados, para que esse processo não seja algo excludente e superficial.

Há, sem sombra de dúvidas, a incorporação dos direitos humanos socioeconômicos como uma das premissas nucleares na inquietação internacional (direito internacional), quando se tem como prisma a preocupação social, embora essa não seja uma premissa do mercado, orientado pela financeirização e especulação econômica.

O alcance universal da preocupação com a pessoa humana enquanto dotada de dignidade, exige dos organismos estatais o reconhecimento da questão social. Por essa razão, a referência emancipatória e regulatória por parte do Estado deve ser sempre reiterada e mencionada como fator para a promoção do desenvolvimento humano.

Daí porque nada adianta consolidar uma justiça penal internacional atuante se se continua desrespeitado o núcleo de proteção que fundamenta a existência do sistema internacional de cooperação e proteção que é a solidariedade para com a pessoa humana (SABADEL; DIMOULIS, 2005, p. 221).

O direito da solidariedade ampara-se na ideia de justiça social, segundo a qual o direito é pautado em razão da sociedade, de maneira a conciliar a liberdade individual e o bem estar coletivo (FARIAS, 1998, p. 58).

Para Farias (1998, p. 62), a justiça social não exige apenas o aumento da qualidade da liberdade e da igualdade, mas exige a transformação no modo de pensar as relações havidas entre ser humano/sociedade e ser humano/Estado. No mais, essa forma de justiça tem como meta a compreensão sobre a efetivação do sistema pautado no processo de associação, de coordenação, de garantias recíprocas e de serviços mútuos, no qual a liberdade individual é conciliada com o regime da autoridade social.

A partir dessas concepções, pode-se afirmar que a justiça social aponta à harmonização ou ao equilíbrio das contradições e dos conflitos, haja vista que ela mesma se mostra útil dentro da sociedade caracterizada por desigualdades sociais. Por isso mesmo, a noção da justiça social identifica o direito como justa medida à superação das antinomias da sociedade e do próprio sistema jurídico, de sorte tal que o direito é informado pela equidade (FARIAS, 1998, p. 63 e 67).

Não se pode olvidar que o objetivo do sistema de justiça penal, implantado no Mercosul, é contribuir para a proteção dos valores básicos e das normas da sociedade, aumentando a sua eficiência e eficácia, através da tomada

de medidas políticas, sociais e econômicas baseadas em uma abordagem integrada.

A ênfase especial do bloco econômico sul-americano na esfera penal é a redução das oportunidades para o crime e o fortalecimento das normas e atitudes contra a criminalidade. Entretanto, concomitantemente, o foco de um bloco que reúne Estados em desenvolvimento deve ser promover a ampliação de oportunidades sociais para as pessoas mais pobres, orientando o desenvolvimento social pautado na ampliação das oportunidades sociais, no crescimento econômico dos Estados membros e ampliação dos mercados entre os países.

A inclusão de políticas sociais na estrutura das ações estatais integradas deve ser também no sentido de ajudar a melhorar a vida das pessoas e, consequentemente, promover a igualdade de direitos, a segurança social. Aumentar a eficácia na prevenção da criminalidade, especialmente, a partir de medidas associadas à urbanização, industrialização, educação, saúde, o crescimento e a migração da população, habitação e assistência social é fator primordial de emancipação que retira as pessoas da condição de vulnerabilidade social.

A pobreza e a extrema pobreza são fatores importantes para a incidência criminal, sendo vetores a serem considerados e combatidos na estrutura social dos Estados membros do Mercosul, através da promoção da justiça social, constante o Tratado de Assunção, que exige a realização dos preceitos de igualdade material, isso porque, é impossível se construir uma cultura de paz sem inclusão social (SELAU; HAMMES, 2009, p. 6).

A essa evidência, Garofalo (1997, p. 103) observa que o delito representa uma reação contra a injustiça social, onde a “[...] desigual repartição da riqueza condene uma parte da população à miséria e, com esta, à falta de educação e à ignorância”. Na realidade, a construção de uma sociedade fundada na cultura de paz não tem por objetivo apenas eliminar os conflitos e a violência (objetivo ufanista), mas possibilitar a solução dos conflitos sem a utilização da violência e da força (objetivo que pode ser alcançado).

Desse modo, a participação da sociedade na construção da cultura de paz, como essencial para a realização dos objetivos regionais de desenvolvimento exige, indiscutivelmente, que o Estado, representado por seus órgãos, assuma a postura de promoção e defesa dos cidadãos e de suas próprias instituições, assegurando a todos um quadro de bem estar social essencial para a realização do desenvolvimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em especial nos Estados latino-americanos, a prevenção dos crimes é instrumento essencial para se possibilitar a liberdade, a justiça, a paz e o desenvolvimento, já que além das dificuldades decorrentes da criminalidade, são extremamente fortes os desafios sociais e econômicos, os quais, na maioria dos países da região, são muito semelhantes.

Os esforços desses Estados interligados pela condição de desenvolvimento, na América Latina e, em especial, no Mercosul, refletem a preocupação com a implantação de políticas integradas no sentido de combate à criminalidade em todas as suas formas, mas principalmente as novas formas decorrentes do processo de globalização e de ampliação dos mercados na nova ordem econômica internacional que tem potencial lesivo contra o desenvolvimento em sua acepção mais humana.

Além dos princípios de cooperação, apoio mútuo e articulação de políticas eficientes e eficazes do sistema de cooperação, torna-se imperiosa a adoção de políticas criminais de planejamento, com respeito às tradições culturais, econômicas e sociais, bem como as necessidades políticas e socioeconômicas de cada país, para a contenção e combate à criminalidade.

Ao mesmo tempo em que se reconheceu a importância da integração (científica, tecnológica, de recursos humanos e de normas jurídicas) entre os membros do Mercosul, como instrumento essencial para prevenir e combater a criminalidade, admitiu-se a essencialidade dos meios tradicionais e nacionais, expressos pelos elementos culturais fortes, capazes de auxiliar eficazmente à prevenção dos delitos e a justiça penal no contexto do desenvolvimento e de uma nova ordem econômica internacional, além da necessária promoção de justiça social como mecanismos indispensáveis à realização dos objetivos dos Estados e para a realização de uma cultura de paz.

A efetividade da cultura de paz, como instrumento possibilitador de resultados práticos positivos das medidas e ações dos sistemas internacionais, regionais e nacionais de pacificação, de prevenção e combate à criminalidade passa indiscutivelmente pelo acesso das pessoas aos bens indispensáveis às suas necessidades básicas.

Desse modo, a participação da sociedade nessa construção do desenvolvimento e da cultura de paz é essencial para a realização dos objetivos internacionais, regionais e nacionais de construção de uma sociedade mais solidária e justa, o que faz com que o Estado seja obrigado a assumir a postura de promotor e defensor dos direitos dos cidadãos e de suas próprias instituições, assegurando a todos um quadro de bem estar social essencial para a realização dos anseios sociais.

REFERÊNCIAS

ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo, Estado Social de Direito e realização integral dos direitos. In: ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (Org.). **Justiça social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: Fase, 2004, p. 19-44.

BRASIL. Perguntas mais frequentes sobre integração regional e Mercosul. **Ministério das Relações Exteriores**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/perguntas-mais-frequentes-sobre-integracao-regional-e-mercosul>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2010.

BRASIL. Tratado de Assunção: tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. **Ministério das Relações Exteriores**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

CARDIA, Fernando Antonio Amaral. Estado, desenvolvimento e políticas públicas. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Org.). **Direito internacional e desenvolvimento**. Barueri: Manole, 2005, p. 71-97.

CARLUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional Altruista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda F.; FAJARDO, Sinara P. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

D'ANGELES, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos e a cidadania hoje. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem a professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 401-420.

DERRIDA, Jacques. **Papel máquina**. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

DOMINGUES, Antônio Carlos Iranlei Toscano Moura. **O tribunal penal internacional e o combate a criminalidade econômica organizada transnacional**. 2007, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma re legitimação da atuação do ministério público — uma**

investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delito e a repressão penal. Campinas: Péritas, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria políticas**: Obras escolhidas. v. 4. Lisboa: 70, 2015.

HAMMES, Jorge Lúcio. Formas de resoluções de conflitos em escolas públicas de Jaguariaíva, PR. In: SELAU, Bento; HAMMES, Jorge Lúcio (org.). **Educação inclusiva e educação para a paz**: relações possíveis. São Luis: EDUFMA, 2009, p. 87-98.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MILANI, F. M.; JESUS, R. D. P. **Cultura da paz**: estratégias, mapas e bussolas. Salvador: INPAZ, 2003.

NACIONES UNIDAS. Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional. **Sala Tercera** — Corte Suprema de Justicia. Costa Rica: 1985. Disponível em: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/tratados/tint52.htm>>. Acesso em: 5 out. 2010.

NASCIMENTO, Evando. Introdução. In: NASCIMENTO, Evando; GLENADEL, Paula. **Em torno de Jacques Derrida**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2000.

NATIONS UNIES. Congrès des Nations Unies pour la prevention du crime et la justice pénale 1955-2010: 55 ans de resultants. **UNODOC Office des Nations Unies**. 2010. Vienna: United Nations Informations Service, 2010. Disponível em: <http://www.unis.unvienna.org/pdf/2010-Crime_Congress_French_Poster_Book.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2010.

PELLET, Alain. Terrorismo e Guerra: o que fazer das Nações Unidas? In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **Terrorismo e direito**: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

POGGE, Thomas W. Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais. **Sur**: Rev. int. direitos humanos, 2007, v. 4, n. 6, p. 142-166.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SABADEL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Violar os direitos humanos em nome dos direitos humanos? problemas de constitucionalidade da jurisdição penal internacional. In: SILVA, Ives Sandra; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Lições de direito constitucional:** em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série as ciências criminais no século 21; v. 11, Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SELAU, Bento; HAMMES, Jorge Lúcio. Apresentação: pode haver paz sem inclusão? In: SELAU, Bento; HAMMES, Jorge Lúcio (org.). **Educação inclusiva e educação para a paz:** relações possíveis. São Luis: EDUFMA, 2009, p. 5-8.

SOARES, Guido Fernando Silva. O terrorismo internacional e a corte internacional de justiça. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **Terrorismo e direito:** os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

* Recebido em 1º jun. 2016.



NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

*João Luis Nogueira Matias**

*Jana Maria Brito Silva***

*João Luis Nogueira Matias Filho****

Resumo

O presente estudo se destina a analisar quais os principais desafios que a iniciativa privada enfrenta no que se refere à responsabilidade civil ambiental. A pesquisa foi realizada no ano de 2016, coletou entrevistas que tinham o objetivo de traçar um panorama sobre a forma que os advogados lidam com a alocação da responsabilidade civil ambiental nas suas matrizes contratuais e quais os maiores desafios a serem enfrentados para a melhor aplicação do instituto. A pesquisa foi autorizada, por meio da Plataforma Brasil, processo CAAE 55861916.2.0000.5054. Também realizou-se um levantamento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre a aplicação da alocação da responsabilidade civil prevista nos contratos, no momento da atribuição da indemnização, com o objetivo de investigar de que forma as matrizes elaboradas pelos advogados são incorporadas como parâmetro nas decisões. A metodologia utilizada na pesquisa é empírica e utilizou entrevistas, análises de minutas contratuais, levantamento jurisprudencial, além de fontes bibliográficas. Concluiu-se que a responsabilidade civil ambiental ainda se apresenta como um desafio de ampla complexidade em razão de não ser uma questão protagonista nas grandes operações. Observou-se, entretanto, que a preocupação com a questão vem crescendo e que inúmeros instrumentos contratuais já são utilizados com a função de facilitar a remediação e melhorar a previsibilidade financeira para a reparação dos danos. A pesquisa foi realizada no âmbito do Projeto de Pesquisa “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

* Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará. Professor do Curso de Mestrado do Centro Universitário 7 de Setembro - UNIJ7; Juiz Federal. Coordenador do Projeto de Pesquisa. “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

** Doutoranda em Direito Político e Econômico, Bolsista Capes Prodoc, Coordenadora Acadêmica na Fundação Getúlio Vargas (GVlaw). Pesquisadora do Projeto de Pesquisa. “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

*** Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC, pesquisador do Projeto de Pesquisa “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

Palavras-chave

Responsabilidade civil ambiental. Alocação de responsabilidade. Jurisprudência ambiental. Contratos. Novos parâmetros para o Direito Civil.

NEW PARADIGMS OF ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY

Abstract

The paper aims to analize which are the main challenges faced by the private sector on the matter of civil environmental liability. The research took place in 2016 and conducted interviews with the goal of tracing the panorama about how lawyers deal with the allocation of civil environmental liability in their contractual matrix and which are the biggest challenges to be face in order to improve the application of this institute. The research was authorized by Plataforma Brasil (process CAAE 55861916.2.0000.5054). It also conducted a research in the *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) decisions about the application of the allocation of civil liability predicted in contracts in the moment of indemnity attribution, with the purpose of investigating the ways the matrix elaborated by lawyers are incorporated as a parameter to the judicial decisions. The methodology applied is empirical and utilized interviews, analysis of contracts, jurisprudential research and bibliographic sources. We concluded that the civil environmental liability still presents itself as a challenge of broad complexity in function of not being a major protagonist in big operations. We observed, however, that the concern with the matter is growing and that many contractual instruments are already being used with the function of facilitating the remediation and improve the financial predictability for damage repair. Therese arch was conducted in side the Research Project "The impacts of environmental protection on law: new paradigms to private law", originated in Call MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Process 471157/2014-7.

Keywords

Civil Environmental Liability. Liability allocation. Environmental Jurisprudence. Contracts. New panorama for Private Law.

1. INTRODUÇÃO

A busca pelo desenvolvimento¹ necessariamente nos leva a discutir a atual relação de produção e meio ambiente. A partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em

¹ Segundo Bercovicci “o desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos”. BERCOVICCI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. Uma atuação mais incisiva do Estado brasileiro na promoção do desenvolvimento delineou-se de forma clara a partir da década de 1930, com a transição de uma ordem predominantemente agrícola para uma sociedade urbano-industrial no esteio do período Vargas (1933-1954). Este processo veio acompanhado da configuração de um novo aparato estatal, que, gradualmente, foi se distanciando dos particularismos e imediatismos da República Velha (1891-1930). Em consequência, o avanço do processo de industrialização brasileira na década de 1940 abriu um debate sobre quais caminhos o país deveria seguir. Se se deveria optar por uma restauração do projeto liberal, pautado pela teoria das vantagens comparativas ricardianas e pela divisão internacional do trabalho, ou por um novo projeto de desenvolvimento pela via da industrialização induzida pelo Estado.

1972, aponta-se que seria necessário promover o desenvolvimento sustentado², cujo conceito foi inicialmente definido como sendo o “modelo de desenvolvimento que leva em consideração, além dos fatores econômicos, aqueles de caráter social e ecológico, assim como as disponibilidades dos recursos vivos e inanimados e as vantagens e os inconvenientes, a curto e longo prazos, de outros tipos de ação”.³

Essa relação entre desenvolvimento e meio ambiente motivou a elaboração de legislações domésticas mais protetivas, que estão no núcleo das discussões econômicas e sociais.⁴

Ao mesmo tempo, inúmeros desastres ambientais, decorrentes de atividades consideradas estratégicas para o desenvolvimento⁵, nos conduziram a uma reflexão sobre o papel do Estado em relação a esses danos, assim como ao papel da iniciativa privada em relação a reparação dos danos oriundos de suas atividades.

A partir dessas discussões, a Constituição Federal de 1988 dedicou especial atenção ao meio ambiente, quando dispôs no artigo 225 sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem de uso comum, essencial à sadia qualidade de vida.

Para a concretização efetiva desse direito, em um paradigma que ainda guardava resquícios de um modelo de desenvolvimento liberal, a Constituição reprimiu toda forma de lesão ao meio ambiente, fosse por ação ou omissão. Estabeleceu de forma específica condutas e atividades consideradas lesivas ao ambiente e lhes atribuiu sanções penais, administrativas, além da obrigação da

² DALY, Herman E. Crescimento sustentável: não, obrigado. **Ambiente & Sociedade**, v. VII, n. 2, jul/dez. 2004. DALY, Herman. Ecological Economics and sustainable development. Selected essays of Herman Daly Cheltenham, UK e Northampton, Massachussets, 2007

³ Unesco. **Biosphere Conference de Paris**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001471/147152eo.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2015.

⁴ BERCOVICI, Op cit.

⁵ Como o desastre da plataforma *Deepwater Horizon*, na *British Petroleum*, que ocorreu no Golfo do México, em 2010. Estima-se que houve o vazamento de aproximadamente cinco milhões de barris de petróleo no mar. Sobre isso ver: PETTIT, David; NEWMAN, David. Blowout: Legal Legacy of the Deepwater Horizon Catastrophe: Federal Public Law and the Future of Oil and Gas Drilling on the Outer Continental Shelf. Roger Williams **University Law Review**, Bristol, v. 17, p. 184-220, 2012. Cita-se ainda o desastre do navio petroleiro *Torrey Canyon* no Canal da Mancha, em 1967, do qual resultou no derramamento de cerca de 120.000 toneladas de petróleo.

reparação dos danos.⁶ Dessa forma, constitui-se a tríplice responsabilidade ambiental, que comporta em si consequências cumulativas.⁷

Em relação a responsabilidade civil, podemos entendê-la como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever originário”⁸. Associada a questão ambiental, temos o dever de reparar o dano ambiental a fim de que retorne preferencialmente a seu *status quo* anterior⁹ ou que haja a correspondente compensação financeira, caso a restauração não seja possível.

A base legal que, especificamente, vai regulamentar a questão é a Lei nº 6.938 de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e que, em seu artigo 14¹⁰, vai delimitar os contornos da responsabilidade.

Partindo desses contornos extraímos os dois principais elementos da responsabilidade civil ambiental, quais sejam: o dano e o nexo causal. Atualmente se discute a ampliação dessa responsabilidade¹¹ para a esfera de influência da empresa¹², mas a jurisprudência ainda se posiciona majoritariamente pela perspectiva vai clássica que mescla dano e nexo causal.

Tento em vista a caracterização dessa responsabilidade objetiva, que por essência, não comporta a discussão de culpa e se estende por toda a cadeia

⁶ Constituição Federal. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Constitucional do Meio Ambiente**. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 86.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

⁹ Restauração integral.

¹⁰ Art. 14. [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

¹¹ As discussões iniciaram pelo processo do trabalho, em casos que envolvem violação a direitos humanos (Processo nº 0001662-91.2012.502.0003 TRT2, São Paulo) e foram estendidos para questões socioambientais levantadas a partir da violação de direitos humanos no contexto da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. (Processo 0000297-16.2013. 4. 01.3903 TRF 1ª região)

¹² RUGGIE, John Gerald. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, p. 55.

relacionada¹³, o ambiente negocial percebeu a necessidade de rediscutir formas mais eficientes de lidar com a incerteza e riscos relacionados a questão ambiental.

Partindo do pressuposto de que toda avaliação de investimentos e operações é composta pela ponderação dos riscos e expectativa do retorno,¹⁴ a questão ambiental passa a ser analisada como um fator de risco, em algumas vezes, determinante no cenário negocial.

É nesse contexto que as discussões sobre clausulas de alocação de responsabilidade e demais instrumentos contratuais ganham destaque.

Passa-se a discutir quais instrumentos de salvaguarda jurídicos podem ser utilizados para tornar os efeitos de uma eventual condenação a reparação minimamente previsíveis, repartidos ou até garantidos. Conforme observa Luhmann, o conhecimento pode, em algumas circunstâncias, reduzir ou prevenir, porém jamais eliminar os riscos de uma operação econômica.¹⁵

Para compreender quais os principais desafios decorrentes dessa alocação do risco ambiental, a presente pesquisa se dedicou a consolidar inúmeros dados que pudessem diagnosticar como o direito está lidando com essa questão, na prática.

Trata-se de uma análise empírica uma vez que “produz e analisa dados, procedendo sempre pela via do controle empírico e fatual”¹⁶. Na primeira fase coletou entrevistas de advogados para entender quais os principais desafios no âmbito privado das negociações. O recorte dessas entrevistas se deu inicialmente por atores estratégicos dos principais escritórios do Brasil apontados pelo *Chambers and Partners*.¹⁷

¹³ IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

¹⁴ No texto original: “Instead, investment evaluation is a two-dimensional task involving a balancing of risk against return. The appropriate question when evaluating investment opportunities is not ‘what’s the rate of return?’ but ‘Is the return sufficient to justify the risk?’”. HIGGINS, Rovbert C. Analysis for financial management. 8 ed. Boston: McGraw-Hill, 2007. P. 284.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*.

¹⁶ DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁷ Consulta em: <<http://www.chambersandpartners.com/guide/latin-america/9>>

Em um segundo momento, entrevistou-se atores indicados, utilizando a metodologia “bola de neve”,¹⁸ técnica metodológica *snowball* também chamada *snowball sampling*¹⁹. Técnica, esta, conhecida no Brasil como “amostragem em Bola de Neve”, ou “Bola de Neve” ou, ainda, como “cadeia de informantes”²⁰. No total, foram consideradas válidas e efetivamente utilizadas, 11 (onze) entrevistas, que foram realizadas através de um questionário semiestruturado, com vistas a permitir liberdade de fala aos entrevistados, mas garantir pontos comuns para a análise comparativa.

Nessa fase, pudemos perceber algumas nuances dos desafios para a alocação da responsabilidade em contratos e especialmente sobre a forma que os órgãos julgadores recebem esses contratos como formato de aplicação mais eficiente das indenizações.

A partir disso, entendeu-se necessário investigar de que forma essas matrizes contratuais estavam sendo interpretadas e utilizadas. Para isso a pesquisa contou com um levantamento jurisprudencial²¹ de 132 decisões, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), entre 01/01/2010 a 01/12/2016.

A partir dessa análise, foram produzidos gráficos com os resultados a fim de investigar quantitativamente quantas decisões utilizavam a alocação contratual de responsabilidade e, temporalmente, em que momento isso ocorreu, para entender se, e em que momento, o tribunal começou a considerar essa possibilidade. Durante essa fase da pesquisa, houveram pode-se identificar dados qualitativos relevantes que não eram esperados. Um exemplo disso são as teorias utilizadas como fundamentação, que revelam uma tendência de postura do tribunal.

O Primeiro capítulo se destina a realizar uma análise qualitativa das entrevistas descrevendo e qualificando os dados encontrados. O segundo capítulo, se destina a analisar os resultados quantitativos e qualitativos encontrados na pesquisa de jurisprudência.

¹⁸ Essa técnica é uma forma de amostra não probabilística utilizada em pesquisas sociais onde os participantes iniciais de um estudo indicam novos participantes que por sua vez indicam novos participantes e assim sucessivamente, até que seja alcançado o objetivo proposto (o “ponto de saturação”). O “ponto de saturação” é atingido quando os novos entrevistados passam a repetir os conteúdos já obtidos em entrevistas anteriores, sem acrescentar novas informações relevantes à pesquisa. WORLD HEALTH ASSOCIATION. Division of Mental Health. Qualitative Research for Health Programmes Geneva: WHA, 994.

¹⁹ BIERNACKI, P. & WALDORF, D. Snowball Sampling: Problems and techniques of Chain Referral Sampling. *Sociological Methods & Research*, n. 2, November, p. 141-163, 1981

²⁰ PENROD, J.; PRESTON, D. B., CAIN, R. & STARKS, M. T. A discussion of chain referral as a method of sampling hard-to-reach populations. *Journal of Transcultural nursing*, v. 4. n. 2. April, 2003.100-107p.

²¹ Para o levantamento, utilizou como palavra-chave “responsabilidade civil ambiental”, as tags: Acordãos; Decisões monocráticas, notas: Direito Ambiental, período: 01/01/2010 a 01/12/2016 (data do julgamento). STJ, busca on-line.

Conclui-se que a utilização de ferramentas contratuais é uma tendência cada vez mais sofisticada enquanto sistema de salvaguarda. Os escritórios têm oferecido modelagens que atendem a demanda de cada cliente e que são capazes de gerenciar o risco ambiental inerente as mais diversas atividades.

Em relação a questão jurisprudencial, o que se percebe é que a alocação foi tradicionalmente vista como uma medida que fere a ordem pública e que exonera agentes, dessa forma, a maior parte sequer menciona a existência de um contrato. Apenas uma decisão, de 2016, utilizou o contrato como forma de repartir a responsabilidade civil ambiental.

Espera-se que esta pesquisa possa contribuir para a ampliação do debate sobre a questão, a partir de sua análise empírica e dos argumentos levantados no intuído de utilizar ferramentas eficientes e inovadoras para a preservação do meio ambiente.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E AS ESTRATÉGIAS CONTRATUAIS

Em uma primeira análise, o modelo de atribuição da responsabilidade, solidária, previsto na legislação brasileira é bastante eficiente. Privilegia-se a reparação do dano ambiental em detrimento de discussões sobre culpa e individualização da responsabilidade pelo dano.

Segundo esse modelo, o órgão julgador pode atribuir o pagamento integral da indenização ou correspondente reparação a qualquer agente que integre a cadeia do negócio, desde negociadores diretos até financiadores. Nesse sentido, o primeiro questionamento que surgiu no âmbito dessa pesquisa foi em relação ao modelo descrito e sua real eficiência.

Utilizando o exemplo descrito por Wanderley Fernandes²², podemos observar que existe uma complexidade que muitas vezes não é analisada da forma mais ampla. Em uma situação hipotética, que envolve uma negociação, a partir de uma análise de custos de transação e custos internos, o empresário decide se irá realizar sozinho o objeto contratual ou se irá associar-se a outros agentes para compartilhar os riscos e resultados.

Conforme o autor descreve²³, uma obra, em geral, envolve inúmeros agentes. Para a construção de uma infraestrutura, são necessários os “projetos, serviços de construção civil, montagem, aplicação de tecnologia, e consultores que poderão avaliar a viabilidade técnica e financeira do empreendimento”²⁴.

²² FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

²³ WANDERLEY, Op cit. p. 43

²⁴ Ibidem.

Devemos considerar que, nessa circunstância, cada uma das empresas envolvidas assumirá riscos oriundos da sua atividade.

Cada agente deverá mensurar que um erro ou inconsistência dos resultados individualmente planejados por si poderá causar danos e eventuais prejuízos. Um erro de projeto pode acarretar a necessidade da reestruturação completa e refazimento de uma obra. Como efeito, os custos monetários e temporais da obra estarão completamente fora do que se previu anteriormente e todos as outras atividades poderão ser impactadas. Nesse caso, estamos diante de um risco que possui dimensão individual e coletiva.

Se, no momento de elaborar sua matriz de risco, cada um desses agentes econômicos considerar os riscos globais de um determinado projeto, existirá uma sobreposição de contingências, e todos os agentes envolvidos tomarão para si riscos que poderiam ser compartilhados.²⁵

O raciocínio desenvolvido pelo autor nos leva a pensar, em um primeiro momento, que seria mais interessante que cada agente individualmente calculasse somente os riscos ligados à sua atividade específica, para que não se acumulassem contingências e ferramentas de proteção redundantes, o que representaria um impacto financeiro significativo.

É razoável que todos assumam integralmente todos os riscos ambientais associados ao valor global do investimento? Será que todos os agentes possuem lastro financeiro para cobrir o custo total de uma indenização milionária? Quais os desafios enfrentados pela advocacia na elaboração de modelagens contratuais que delimitem e assegurem minimamente o risco ambiental?

Há uma rationalidade econômica na distribuição de riscos e é com base nisso que esta pesquisa buscou ouvir a opinião de advogados renomados sobre a forma com que estão lidando com essas questões em negociações nas quais estão envolvidos. Foram consideradas válidas e utilizadas 11 (onze) entrevistas e delas se podem tirar algumas análises.

A primeira análise que se pode fazer diz respeito aos modelos encontrados nos escritórios. Pode-se classificá-los em três tipos diferentes: 1. Tradicionais; 2. Moderados; e 3 Arrojados. Essa análise levou em conta a forma com que a responsabilidade ambiental era alocada nas matrizes contratuais.

O primeiro modelo, os tradicionais, são os mais conservadores. Nesse modelo não se observa a responsabilidade ambiental como uma questão central. É um modelo que considera o assunto como necessário, mas que se limita a uma alocação em uma cláusula geral, tratando pontualmente os problemas e condenações posteriores. Nesse modelo, o agente opta por discutir o risco de

²⁵ Ibidem.

uma indenização apenas depois que o dano ambiental foi causado, ou seja, o órgão julgador não possui fundamento para a repartição da responsabilidade.

O segundo modelo se apresenta com a estratégia mais buscada pela maior parte dos entrevistados. É um modelo moderado, que não se detém a uma cláusula geral e trabalha com um *blend* de ferramentas como seguros e estudos complementares. Esse modelo já busca uma alocação com cláusulas mais completas, conferindo ao órgão julgador clareza no percentual de responsabilidade atribuída a cada agente, além da execução das ferramentas auxiliares, como seguros.

O terceiro modelo, que foi classificado como arrojado, considera a questão ambiental uma discussão central e lida com ele de forma inovadora, fazendo uso de estruturas e garantias que eram conhecidas pelo mercado financeiro, mas que inicialmente não eram utilizadas para essa finalidade. Esses contratos, além de uma estrutura de cláusulas de alocação, trazem peculiaridades como a alocação temporal, pelas fases do negócio. Somam essa estrutura de repartição de riscos a utilização de instrumentos como o *escrow account*²⁶ e fundos garantidores criados para essa finalidade. Contratos que possuem essa estrutura mais complexa, desenvolvem essas ferramentas de forma customizada, para cada cliente, a partir de *due diligencies*²⁷ realizadas em vários momentos do processo negocial. Nesse caso, o julgador possui inúmeras opções no momento de executar uma indenização por dano ambiental. Inicialmente, ele pode executar todas as garantias previstas no contrato e, caso não sejam suficientes, pode executar o montante que resta proporcionalmente ao percentual atribuído contratualmente a cada agente.

Em todas as entrevistas consideradas os advogados assumiram a questão ambiental como algo que deve ser discutido e que, a depender do passivo ambiental envolvido ou dos riscos oriundos da natureza do negócio, pode até inviabilizar a operação.

Expuseram que, no geral, os clientes preferem uma estrutura de garantia mínima, proporcional ao risco, e quando isso se torna uma questão que não consegue ser ultrapassada na negociação, optam por uma estrutura mais simples, adotam cláusulas gerais e preferem lidar com questões futuras. Nesse caso, pode-se perceber que a questão ambiental é nuclear até quando não se torna um problema ou obstáculo para a operação.

²⁶ Instrumento muito utilizado em operações de M&A. Nele, parte do investimento contemplado na operação ficará retido por um determinado período, para fazer frente a possíveis passivos que poderão aflorar nos anos seguintes à concretização do negócio. Normalmente, esse montante fica depositado numa conta bancária, aberta especialmente para esse fim e sujeita a certas regras específicas para ser movimentada

²⁷ Auditorias

A questão também é colocada como central quando, por natureza, há essa demanda, por exemplo, quando envolve área contaminada ou atividades potencialmente poluidoras. Nesse caso os negociantes demonstram familiaridade e maleabilidade em escolher estruturas contratuais mais robustas.

Em duas das entrevistas, os/as advogados/as mencionaram que algumas empresas estrangeiras possuem perfis peculiares. Algumas se dispõem a reparar, inclusive, passivos anteriores, como áreas contaminadas. Enquanto outras sequer iniciam a negociação se observam passivos de difícil recuperação ou grandes riscos envolvidos.

Em outra entrevista, foi dito que em alguns setores, como infraestrutura, os negociantes já estão bastante familiarizados com exigências legais ambientais e com a necessidade de alocação de risco no contrato. Assim, trata-se de uma negociação bem mais rápida e simples, mas que normalmente se atém ao mínimo necessário.

Dez, dos/as onze entrevistados/as, afirmaram que alocam responsabilidades ambientais no contrato e um deles/as acredita que essas cláusulas ferem a ordem pública.

Por fim, outra questão levantada que foi avaliada como relevante diz respeito ao próprio conceito do que seria um dano ambiental. Em uma das entrevistas, o/a entrevistado/a ressaltou que em alguns momentos há um grande esforço para a construção de uma matriz contratual bastante complexa, em razão de se tratar de atividade potencialmente causadora de danos, e o mero impacto da atividade já é considerado e julgado como dano. Essa interpretação aciona o sistema de garantia por um impacto que foi inicialmente licenciado e considerado aceitável, que não foi contabilizado como risco. Nesse caso, pode-se ter um aumento incomensurável no custo da operação.

Em relação aos órgãos licenciadores, todos os/as entrevistados/as afirmaram que se vive um momento de aprimoramento e que normalmente são razoáveis e se afém ao cumprimento da sua atribuição legal. Ressaltou-se apenas que a atribuição de multas nem sempre é coerente e que a falta de um sistema integrado permite que um mesmo dano seja notificado e multado por mais de um órgão.

No que diz respeito ao poder judiciário, os/as entrevistados/as afirmam que já se observa um momento de abertura, que se deu principalmente a partir da criação das Varas Especializadas. Dois entrevistados acreditam que essa especialização nem sempre é positiva, tendo em vista que coloca o magistrado diante de um único tema, levando-o a falta de parâmetros comparativos e até uma certa militância da causa. Entretanto, a maioria concorda que a criação das Varas especializadas é positiva e que possuem magistrados mais qualificados, abertos ao tema e a soluções inovadoras.

Nove entrevistados/as afirmam que a alocação contratual das responsabilidades ambientais é utilizada primordialmente para fins de ação de regresso após a condenação de um dos agentes. Um entrevistado afirmou que é possível utilizar o contrato como parâmetro, na própria sentença condenatória, mas que não é a regra. Afirmou que muitos julgadores são reticentes e que preferem alocar em quem percebem mais apto à reparação do dano. O/A entrevistado/a restante afirmou que é possível realizar a alocação e que já há precedente para a utilização da repartição da responsabilidade em cotas previstas no contrato.

Foi a partir desse dado que a esta pesquisa viu a necessidade de investigar qual é a tendência de aplicação dos contratos como parâmetro das sentenças que definem multa por dano ambiental. Para isso utilizou-se de pesquisa jurisprudencial, realizada nos julgados do STJ, num lapso temporal de aproximadamente 10 (dez) anos.

3. JURISPRUDÊNCIA E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE ALOCAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A negociação que envolve a alocação de responsabilidade ambiental é vã se, no momento da aplicação da indenização, esta irá recair sob um único agente ou se não é clara o suficiente para ser utilizada para arbitragem. A primeira consequência é o aumento de riscos que irá impactar a lógica de custos. Conforme já comentamos, nesse modelo o agente possui a necessidade de calcular sua operação arcando com o custo global.

A segunda consequência, diz respeito a própria viabilidade real do negócio frente a esse custo e a saúde da empresa após arcar de forma solitária com uma indenização de grande vulto.

É evidente que a alocação contratual é, por essência, instrumento que deve ser utilizado para fins de ação de regresso, oponível a todos os outros agentes envolvidos na operação. Entretanto, não podemos afastar a aplicação do direito, sendo a alocação contratual aplicada, a princípio, apenas aos contratantes.

Por exemplo, uma empresa que responde por um grande desastre ambiental, de forma solitária. A primeira coisa que devemos considerar é que o lastro financeiro disponível, da empresa nem sempre é suficiente. Muitas empresas que trabalham com infraestrutura recorrem a financiamentos bancários para a realização dessas obras e comprometem seu patrimônio em garantia. Supondo que a empresa tenha 10 (dez) grandes obras em execução e (10) dez financiamentos, a serem pagos em 30 (trinta) anos. Uma parte do seu patrimônio já está comprometida, por um longo período de tempo.

A segunda coisa que devemos levar em conta diz respeito a relevância da manutenção da atividade empresária. A sanção civil deve ter uma função reparadora do dano, não é seu objetivo a falência da empresa. Em alguns casos, a desvalorização das ações da empresa após o dano ambiental, somada a reparação, leva a falência da empresa, mas esta não é o objetivo central da legislação. Inclusive, para a efetiva concretização dos Objetivos da República, é fundamental que haja o bom desenvolvimento e manutenção das atividades empresárias.²⁸

O cenário ideal, nesse caso, seria a repartição do montante da reparação da forma em que está disposta em contrato. Dessa forma, cada agente irá arcar com o risco que calculou, desde o início da operação. Esse risco já foi levando em conta no preço final do produto e nas ferramentas contratuais escolhidas. A reparação, portanto, estaria garantida, da forma mais eficiente.

Como dito anteriormente, seria o cenário ideal, entretanto, alguns agentes fazem uso desse raciocínio para se eximir da responsabilidade pelo dano ambiental causado, atribuindo-o a empresas menores, as vezes sem patrimônio, com vistas a dificultar a execução.

Nesse caso, os dados bibliográficos levantados pela pesquisa demonstram que, no Brasil, não há impedimento legal a alocação de responsabilidades, entretanto, são nulas as cláusulas que ferem a ordem pública e exoneram agentes da responsabilidade.²⁹

Ou seja, no caso explanado, em que a empresa usa o contrato como instrumento para não pagamento da reparação, são nulas referidas cláusulas, e, ainda que não fossem, é prioritária e de interesse público a reparação, logo, essas cláusulas não seriam levadas em conta.

Entende-se que no momento de analisar a incidência de uma reparação, o órgão julgador deve fazer esse exame do instrumento contratual. Tanto para afasta-lo em caso de ilegalidade, como para utilizá-lo como um instrumento de eficiência quando essa alocação é feita de forma legal. Uma vez realizada essa análise, a decisão pode garantir uma execução/reparação muito mais rápida, além de garantir que a sanção não inviabilizará a atividade empresária.

Há ainda outro desafio relacionado ao modelo de aplicação da alocação contratual, que diz respeito a relação que se faz ao princípio do poluidor pagador. Controlar e prevê riscos não significa “parar para poluir”. Muitos agentes são imprudentes ou mesmo agem com dolo, causam o dano ambiental por

²⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional; [...]”

²⁹ FERNANDES, Op cit.; CAVALIERI FILHO, Op Cit.

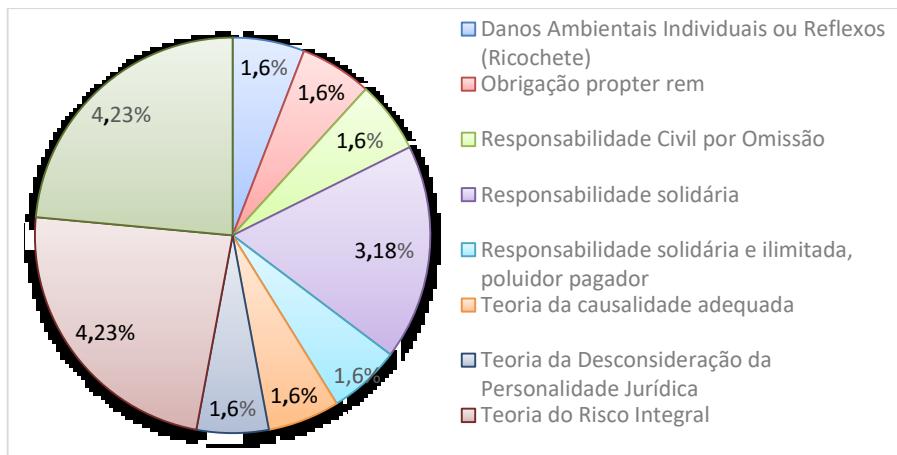
acreditar que no cálculo final da operação a escolha irá compensar. Essa interpretação deve ser completamente afastada e reflete um posicionamento utilitarista do bem ambiental que cada vez mais se busca afastamento.

A partir dessa constatação, analisou-se uma análise sobre a forma com que o STJ estava utilizando o instrumento contratual nas suas decisões. É relevante ressaltar que das 132 decisões analisadas, optou-se por avaliar somente aquelas que possuíam discussão material, ou seja, decisões em sede de agravo não foram consideradas. No total foram analisados os textos de 17 (dezessete) Recursos Especiais que discutiam matérias de responsabilidade civil ambiental.

Além da responsabilidade civil, outras teorias foram analisadas pelas decisões, quais sejam: responsabilidade solidária, teoria do risco integral, desconsideração da personalidade jurídica, danos individuais ou reflexos etc.

Podemos observar no gráfico abaixo quais fundamentações foram mais utilizadas, associadas a responsabilidade ambiental. Resta evidente que para fins de fundamentação, a maior parte das decisões opta por teses adequadas e coerentes, entretanto, mesmo em face de operações que envolvem múltiplos agentes, os contratos não são considerados no momento da atribuição de responsabilidade.

Gráfico 1 — Fundamentações utilizadas para a responsabilidade ambiental



Fonte: Elaboração própria

A utilização de teorias como desconsideração da personalidade jurídica, danos ambientais reflexos, responsabilidade solidária e ilimitada, nos revela uma tendência de aplicação da corrente mais clássica que defende a aplicação da responsabilidade civil e aplica a obrigação de reparação ao agente que, em um primeiro momento, se mostra mais apto a realizá-la.

Além dessas questões, outro ponto não pode deixar de ser discutido e que diz respeito a utilização dessas matrizes contratuais para processos de Arbitragem. Observou-se que a demora que envolve a ação de regresso, e os danos à saúde da empresa no decorrer da ação, podem ser minimizados se a questão for resolvida em Câmaras Arbitrais. Essa foi a solução encontrada pelos advogados para lidar com a aplicação ilimitada da responsabilidade civil ambiental a um único agente da operação.

É fato que nem sempre esse dano é possível de ser compartilhado, por exemplo, quando há uma rápida condenação de uma única empresa, principalmente se o dano ambiental envolve questões socialmente sensíveis. Ao concentrar a condenação em um único agente, os danos à imagem da empresa também são concentrados.

Por exemplo no caso em que envolve o desastre na cidade de Mariana houve uma grande repercussão em torno da empresa Samarco, assim como da Vale S. A.. Ambas tiveram as cotações de suas ações mais baixas dos últimos 10 (dez) anos.³⁰ Da mesma forma não se observou um efeito tão intenso nas ações da BHP Billiton, empresa que também integra o grupo. A Samarco é apenas uma *joint venture*, de capital fechado, da qual fazem parte BHP Billiton e Vale S. A. (50% de controle para cada uma das empresas).

Nesse caso, as repercussões envolvendo a imagem da Vale e da própria Samarco foram muito superiores à da empresa BHP Billiton, dado que se revela em uma simples comparação da desvalorização das ações dessas empresas.³¹ Ou seja, ainda que haja a previsão contratual que possibilite a divisão do montante referente a reparação do dano ambiental, essa divisão em geral não comporta o dano à imagem da empresa que foi mais exposta.

Nas decisões levantadas não se identificou menção ao dano à imagem, mas a presente pesquisa acredita que a responsabilização de um grupo, evita a concentração midiática em torno de uma única empresa. Devemos considerar que danos à imagem e severa desvalorização da empresa são fatores que podem dificultar a alocação de recursos para a própria reparação.

Por fim, ao contabilizar as decisões judiciais que fazem menção expressa a alocação realizada no contrato, encontrou-se apenas uma decisão que representou apenas 6% do total.³²

³⁰ <http://www.valor.com.br/empresas/4327432/desastre-da-samarco-faz-acao-da-vale-atingir-menor-nivel-em-dez-anos>

³¹ A queda nas ações da BHP Billiton foi, em média de 2,5%. Dado disponível em: <<http://br.advfn.com/bolsa-de-valores/asx/BHP/cotacao>>. Acesso em: 14 de jan de 2017. No caso da Vale caíram em média 7,5%. Dado disponível em: <<http://bvmf.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/companies-listadas/ResumoEmpresaPrincipal.aspx?codigoCvm=4170&idioma=pt-br>> Acesso em: 14 jan. 2017.

³² Segundo o texto da decisão ". No caso em exame, adotando-se a interpretação das cláusulas dos contratos celebrados entre os litigantes e as premissas fáticas e probatórias, tal como delineadas

Em razão disso, reafirmamos que a utilização de cláusulas de alocação de responsabilidade civil ambiental ainda é bastante tímida mesmo diante do esforço dos advogados em utilizar o contrato como ferramenta de certeza e eficiência. Observou-se que ainda há uma presunção absoluta da responsabilidade solidária ilimitada como melhor forma de atribuição dessa responsabilidade.

Percebe-se que há um temor em relação ao compartilhamento dessa responsabilidade que é justificado por fatores como a demora na prestação, violação da ordem pública, tentativa de fraude à execução e exoneração de responsabilidade. Acredita-se que se trata de uma postura ainda um pouco conservadora e que tente a se atualizar para trazer mais eficiência a reparação de danos ambientais, tendo em vista que caberá ao magistrado analisar as possibilidades do caso e julgar se é pertinente usar as cláusulas contratuais como parâmetro ou não.

4 CONCLUSÃO

A urgência da proteção ao meio ambiente e a relação entre o ser humano e a natureza vem sendo gradativamente modificada nas últimas décadas. A preocupação com a preservação do meio ambiente é redimensionada, novas estratégias começam a ser traçadas. O conceito de desenvolvimento não deve mais ser analisado de forma dissociada da preservação ambiental.

A partir desse novo paradigma, as atividades consideradas como danosas ao meio ambiente passaram a ser punidas com mais rigor e em múltiplas instâncias. Uma das dimensões mais discutidas é a responsabilidade civil ambiental, objeto de análise desta pesquisa.

Buscou-se extrair os principais desafios enfrentados pelos advogados que lidam diretamente com o risco ambiental em suas operações e de que forma as modelagens contratuais desenvolvidas por eles estão repercutindo nas decisões que envolvem a responsabilidade civil ambiental.

Dessa pesquisa concluiu-se:

na instância de origem, conclui-se que as condutas comissivas e omissas de todas as partes, cada qual em sua esfera de responsabilidade assumida contratualmente e, extracontratualmente, pela teoria do risco da atividade (CC/2002, art. 927, parágrafo único), foram determinantes para que o vazamento da gasolina gerasse os danos materiais e ambientais verificados e, inclusive, chegasse a ter grandes proporções. Está, assim, configurada a concorrência de culpas para eclosão do evento danoso, sendo certo que cada litigante deve responder na proporção de sua contribuição para a ocorrência do dano. STJ. REsp1615971/DF. Min. Rel Marco Aurélio Bellizze. 3^a T. Julgado em: 27 set 2017. Dje: 07/10/2016.

1. A alocação de responsabilidades é uma tendência das matrizes contratuais tendo em vista que confere mais segurança, previsibilidade e que reduz o custo de transação das operações, entretanto ainda há uma incidência muito tímida nas decisões judiciais que, em sua maioria, não as levam em conta.
2. Ainda há uma interpretação de que alocação de responsabilidade contratual é sinônimo de exclusão de responsabilidade, além de ferir a teoria de responsabilidade solidária e ilimitada acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta pesquisa acredita que a alocação não se opõe a adequada responsabilização e que cláusulas de exclusão que firam a ordem públicas são nulas, portanto não oponíveis.
3. Observou-se que já há a formação de uma consciência nas empresas que facilita a inserção da questão ambiental em suas operações, mas que normalmente a discussão perde relevância quando se torna um obstáculo ao fechamento do negócio.
4. Observou que os escritórios estão qualificados e preparados a oferecerem estratégias diversas, segundo a necessidade dos seus clientes, para mitigar o risco ambiental e minimizar os impactos de uma eventual responsabilização. Conforme mencionado, há vários perfis de escritório de variam desde os mais clássicos até os que produzem modelagens bastante arrojadas.
5. Essas matrizes são bastante relevantes não somente para balizar a alocação em ações judiciais, mas também para servirem como parâmetros em processos arbitrais que costumam ser mais céleres que ações de regresso.
6. Em outra perspectiva, analisou como o STJ está recebendo essas matrizes contratuais como balizas decisionais. Conclui que ainda é bastante residual e somente uma decisão fez referência expressa a alocação contratual. As demais decisões sequer citam a existência de contratos e utilizam teorias como responsabilidade solidária, danos reflexos etc., para atribuir o dever de reparar ao agente que aparenta possuir mais condições para realiza-la. Cabe a este, portanto, buscar reparação e discutir sua responsabilidade frente aos demais em ação de regresso ou arbitragem.
7. Por fim, acredita que a utilização de instrumentos privados para a proteção do meio ambiente e criação de um padrão de eficiência também para fins de preservação é uma relevante oportunidade, que transita entre o público e o privado, e que se coloca como uma nova tendência. A utilização desses instrumentos pode revelar

soluções mais ágeis e adequadas para o meio ambiente, além de minimizar o custo de operações.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento:** Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BIERNACKI, P. & WALDORF, D. Snowball Sampling: Problems and techniques of Chain Referral Sampling. **Sociological Methods & Research**, v. 2, Nov., p. 141-163, 1981.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DALY, Herman E. Crescimento sustentável: não, obrigado. **Ambiente & Sociedade.** Vol. VII nº . 2 jul. /dez. 2004.
- DALY, Herman. **Ecological Economics and sustainable development.** Selected essays of Herman Daly Cheltenham, UK e Northampton, Massachussets, 2007
- DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico.** São Paulo: Atlas, 2000.
- FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.
- HIGGINS, Rovbert C. **Analysis for financial management.** 8 ed. Boston: McGraw-Hill, 2007. P. 284.
- PENROD, J.; PRESTON, D. B., CAIN, R. & STARKS, M. T. A discussion of chain referral as a method of sampling hard-to-reach populations. **Journal of Transcultural nursing**, v. 4, n. 2, Apr. 2003, p. 100-107.
- PETTIT, David; NEWMAN, David. Blowout: Legal Legacy of the Deepwater Horizon Catastrophe: Federal Public Law and the Future of Oil and Gas Drilling on the Outer Continental Shelf. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, v. 17, p. 184-220, 2012.
- RUGGIE, John Gerald. **Quando negócios não são apenas negócios.** São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, p. 55.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Constitucional do Meio Ambiente.** Saraiva: São Paulo, 2008.
- STJ. REsp 1615971/DF. Min. Rel Marco Aurélio Bellizze. 3. T. Julgado em: 27 set 2017. DJe: 07/10/2016.

WORLD HEALTH ASSOCIATION. Division of Mental Health. **Qualitative Research for Health Programmes**. Geneva: WHA, 994.

* Recebido em 4 jun. 2017.



LICENCIAMENTO AMBIENTAL E CONCESSÃO MINERÁRIA: PERSPECTIVAS DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGEM

*Lívia Maria Cruz Gonçalves Souza**

*José Adercio Leite Sampaio***

Resumo

Este artigo trata a questão da Política Nacional de Barragens no Brasil, instituída pela Lei 12.334 de 2010, os motivos que levaram à sua adoção e as prováveis causas de inefficiência na sua aplicação. A referida Lei define os parâmetros de classificação e política de segurança das barragens, bem como as atribuições dos órgãos de fiscalização. Entretanto, nota-se claramente que a mesma não vem sendo adequadamente interpretada quando em conjunto com as leis de licenciamento ambiental e de concessão minerária. A definição do órgão licenciador não deveria levar em conta apenas o local do empreendimento, mas também a extensão do dano socioambiental que o mesmo venha a causar, tornando imperativo considerar a própria barragem e sua segurança. A LC nº 140/2011 exige, portanto, uma interpretação conforme a Constituição. O plano de aproveitamento econômico da jazida, realizado pelo DNPM, necessita incorporar os custos com a segurança dos barramentos e dos prováveis danos em caso de sua ruptura. A articulação entre os órgãos encarregados de fiscalização, aliada a uma adequada estrutura logística e de recursos humanos, é imprescindível na prevenção de desastres socioambientais graves.

Palavras-chave

Segurança de Barragens. Licenciamento Ambiental. Concessão Minerária

**ENVIRONMENTAL LICENSING AND MINING CONCESSION:
PERSPECTIVES OF THE NATIONAL POLICY OF SECURITY OF DAM**

Abstract

The article deals with the question of the National Policy of Dams, instituted by Law 12.334 of 2010 in Brazil, the reasons that led to its implementation and the probable causes of inefficiency of its application. The Law defines the classification and the dam safety policy parameters, and the functions of the supervisory bodies. However, it has not been properly interpreted in conjunction with the laws of environmental licensing and mining concession. The definition of the licensing body should not take into account only the location of the enterprise, but also the

* Advogada. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC - Belo Horizonte). Doutoranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

** Mestre e Doutor em Direito. Professor de Pós-Graduação da ESDHC e PUC-MINAS. Procurador da República.

extent of the environmental damage that it may cause, considering the dam and its safety. The Law n. 104/2011 requires, therefore, an interpretation according to the Constitution. The economic recovery plan of mining held by DNPM, Brazilian mining concession body, should incorporate the costs of the safety of dams and potential damage in the event of its rupture. The link between the bodies responsible for supervision, combined with an adequate logistics infrastructure and human resources, is essential to prevent serious environmental disasters .

Keywords

Safety of dams. Environmental licensing. Mining Concession

1. INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), no Brasil, foi adotada pela Lei 12.334 de 2010. Sentiu-se a necessidade de se criar um instrumento mais eficiente no que tange à segurança das barragens de contenção e, consequentemente, garantir maior proteção ambiental e às pessoas que vivem à jusante ou próximas das barragens¹.

Antes dessa legislação, vários acidentes ocorreram, vitimando pessoas e causando impacto ambiental significativo, dentre eles a ruptura da Barragem de Rio Pardo em São Paulo, em 1977. Somente após o ocorrido com a Barragem de Cataguases, no Estado de Minas Gerais, em 2003², o legislador federal passou a dar mais atenção ao problema, resultando na apresentação do Projeto de Lei 1.181/2003, que serviu de base para a legislação em vigor³.

A PNSB define os órgãos responsáveis pela fiscalização das barragens, dentre eles a Agência Nacional de Águas (ANA), o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), entendendo que cada um deles deverá elaborar o cadastramento das barragens sob sua jurisdição, assim como, instituir plano de segurança da bar-ragem.

Ocorre que nem todos os órgãos fiscalizadores adotam tais determinações. O que, de certa forma, dificulta a efetividade da PNSB. O IBAMA, por exemplo, alega não ter barragem sob sua jurisdição, uma vez que são inexistentes estruturas por ele licenciadas para depositar resíduos industriais⁴.

¹ SAMPAIO, 2014.

² Esse acidente lançou 1,2 bilhões de litros de resíduos tóxicos nos rios Pomba e Paraíba do Sul, atingindo o norte e o noroeste fluminense. (SAMPAIO, 2014, p. 19)

³ O Projeto de Lei 1.181/2003, proposto pelo Deputado Leonardo Monteiro, Estabelecia a política nacional de segurança de barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, criava o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens, e alterava a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Em 20 de setembro de 2010 foi transformado na Lei ordinária 12.334. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2010)

⁴ BRASIL, 2015.

Chama atenção que, conforme Relatório de Segurança de Barragens 2015, apresentado pela ANA, das 14.966 barragens existentes no Brasil, 14.534 barragens não foram vistoriadas, apenas 432 (3%) foram fiscalizadas, 1% do montante, aproximadamente 123 barragens, estão sob a responsabilidade de órgãos federais e 2%, cerca de 309⁵ barragens, vistoriadas por órgãos estaduais. Portanto, grande parte não foi fiscalizada, o que contraria as disposições legais⁶.

Um dos problemas apontados nos relatórios de segurança de barragens, elaborados pela ANA, é exatamente a falta de informação dos órgãos fiscalizadores sobre as barragens que deveriam ser por eles vistoriadas. Tal atitude impede uma definição fidedigna do quadro de barragens existentes no Brasil, além de dificultar a proposição de melhorias no próprio cadastramento das estruturas e dos empreendedores e ainda, o que é pior, coíbe o estabelecimento de um planejamento e gestão de risco adequados.

Tais dificuldades cobraram o preço de uma tragédia. Em 5 de novembro de 2015, ocorreu a ruptura da barragem do Fundão, matando, pelo menos, dezenove pessoas e engolindo o vilarejo de Bento Rodrigues, distrito de Mariana. A lama atingiu o Rio Doce e, consequentemente, vários municípios banhados por ele, até chegar ao Estado do Espírito Santo⁷. Embora a responsabilidade primária pelo desastre seja da empresa responsável pela barragem, o evento evidenciou os problemas de efetividade do PNSB.

Este trabalho tem por objetivo apresentar, de forma sucinta, a Política Nacional de Segurança de Barragens e examinar alguns dos problemas que enfrenta para sua execução eficaz, especialmente em relação às barragens de contenção de rejeitos minerários. O método utilizado será o hipotético-indutivo, por meio de pesquisa exploratória e análise de leis, doutrinas, estatísticas e relatórios, e seu cotejo com a própria Lei de Política Nacional de Segurança de Barragens.

Num primeiro momento, aborda-se a questão das barragens de contenção e a sua regulamentação no Brasil; em seguida, passa-se à análise das atribuições dos órgãos fiscalizadores para, então, adentrar no licenciamento e na concessão minerária, contrabalançando suas diferenças e semelhanças.

⁵ Vale a pena pontuar que o percentual apresentado pelo Relatório da ANA, embora aponte a discrepância entre barragens fiscalizadas e não fiscalizadas, deixa margem para questionamentos. Isto porque, 14.534 (97%) de barragens não vistoriadas mais 432 (3%) de barragens fiscalizadas totalizam 14.966 barragens brasileiras. Analisando o percentual de 1% fiscalizado pelos órgãos federais e 2% pelos estaduais, o quantitativo deveria ser respectivamente 149 (1%) e 299 (2%) ou 123 (0,82%) e 309 (2,06%) barragens fiscalizadas. Em razão disso, o trabalho considera a quantia informada no Relatório 2015, p. 42 como valor aproximado.

⁶ BRASIL, 2015.

⁷ BRASIL, 2016.

2. BARRAGENS E A SUA SEGURANÇA

A questão da segurança de barragens de contenção de água e de rejeitos industriais ou de minério vem sendo discutida em vários países como Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Espanha, Canadá, dentre outros⁸. Há esforço de vários atores, tanto na busca de técnicas construtivas mais seguras, quanto no aprimoramento tecnológico de avaliação das estruturas existentes. Da mesma forma, nota-se a adoção de novos parâmetros legais que visam a reforçar os instrumentos de responsabilização do proprietário e encarregados pelas edificações e seu monitoramento⁹. Esse esforço, embora de modo tardio, também vem sendo empreendido no Brasil.

Segundo registros históricos, a partir da grande seca de 1877, tornou-se necessário buscar formas de contenção de água para saciar a sede das populações do Nordeste brasileiro, quando foram criados os primeiros açudes¹⁰. Euclides da Cunha foi um dos entusiastas dessa solução. Apesar de descrever a alteração climática e seu efeito na paisagem exótica e resistente, que suportava, e ainda suporta, temperaturas elevadíssimas durante o dia e à noite, dias escaldantes e noites mais frias, o escritor apontou a importância de se construir barragens para irrigação e cisternas, seguindo o modelo francês, no intuito de combater o drama humano do semiárido nordestino¹¹.

Quase um século depois, em meio à ditadura militar instaurada em 1964, houve uma nova onda de construção de barragens, estas destinadas às hidrelétricas, agora bem maiores do que os velhos açudes. No entanto, não se precaram das consequências delas advindas. Não havia recurso financeiro e técnico para assegurar melhor qualidade do empreendimento. Embora, desde 1977, já se cogitasse a implementação de legislação, em resposta a algumas rupturas ocorridas em Rio Pardo/SP, não houve regulamentação legal até o ano de 2010, com a promulgação da Lei nº 12.334, fruto do projeto de lei decorrente do acidente ocorrido com a barragem de Cataguases, em 2003, que contaminou dois rios com resíduos tóxicos, atingindo o Estado de Minas Gerais e Rio de Janeiro¹².

⁸ SAMPAIO, 2014.

⁹ SAMPAIO, 2014.

¹⁰ FRANCO, 2008.

¹¹ CUNHA, 1902.

¹² SAMPAIO, 2014. Ao que parece, as ações voltadas para maior segurança das estruturas de contenção só ocorreram após algum processo traumático de ruptura de barragem, que teve como consequência negativa a perda de vida humana ou a degradação ambiental significativa. A ruptura da barragem de Vega de Tera na Espanha em 1959 é um exemplo da força jurídica da tragédia. O acidente matou 144 pessoas, motivando a criação de uma Comissão de Normas sobre Grandes Barragens, com objetivo de redigir um manual sobre segurança de barragens. Na mesma oportunidade foi criada uma seção de Vigilância de barragens. Atualmente, o Ministério do Meio Ambiente espanhol vem trabalhando para implantação de critérios de conservação e manutenção de barragens com técnicas que identifiquem anomalias, precocemente, evitando

De acordo com a Lei¹³, é dever do proprietário da barragem providenciar equipe qualificada para que todas as medidas relacionadas à segurança da barragem sejam adotadas, havendo de registrá-la junto aos órgãos fiscalizadores. A partir desse registro, cabe a esses órgãos, seguindo os critérios estabelecidos pela legislação, classificar as estruturas quanto ao risco e dano potencial associado. Os riscos estão associados às condições estruturais do barramento ou à probabilidade de se produzir acidente¹⁴, conforme resolução do CNRH 144 de 2012¹⁵; enquanto o dano potencial associado se vincula mais aos efeitos socioambientais, perdas de vida humana e impactos econômicos decorrentes de uma eventual ruptura da barragem¹⁶.

Na classificação quanto aos riscos, consideram-se características técnicas, plano de segurança de barragem e o estado de conservação em que as estruturas se encontram¹⁷. Já no dano potencial, a análise se volta para o uso e ocupação do solo da possível área afetada. Assim, avalia-se a existência de população ou equipamentos e serviços à jusante da barragem, como também a presença de área legalmente protegida e a natureza dos rejeitos ou resíduos.

O Plano de Segurança da Barragem, um dos principais instrumentos da PNSB, deve compreender, dentre outras informações, os dados técnicos referentes à implantação do empreendimento, bem como aqueles necessários para a operação e manutenção da barragem; os manuais de procedimentos dos roteiros de inspeções de segurança e de monitoramento e relatórios de segurança da barragem; a regra operacional dos dispositivos de descarga da barragem; a indicação da área do entorno das instalações e seus respectivos acessos, a serem resguardados de quaisquer usos ou ocupações permanentes, exceto aqueles indispensáveis à manutenção e à operação da barragem; o Plano de Ação de Emergência (PAE), quando exigido pelo órgão fiscalizador, sendo indispensável para a barragem classificada como de dano potencial associado alto; os relatórios das inspeções de segurança e as revisões periódicas de segurança (art. 8º).

repercussões sobre o funcionamento da estrutura, além de instituir um sistema de aviso à população em torno da barragem em casos emergenciais (CABALLERO; BENITO, 2006).

¹³ A Lei nº 12.334/2010 estabeleceu a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) que tem entre seus objetivos a garantia da observância de padrões de segurança de barragens de maneira a reduzir a possibilidade de acidente e suas consequências. Para tanto, prescreve o dever de monitoramento e do acompanhamento das ações de segurança, afeto ao empreendedor e ao poder público, a coleta de informações que subsidiem o gerenciamento da segurança de barragens pelos governos e o fomento da cultura de segurança de barragens e gestão de riscos, arts. 1º e 3º (BRASIL, 2010).

¹⁴ Art. 2º da Portaria 416 de 2012 do Departamento Nacional de Produção Mineral (BRASIL, 2012).

¹⁵ Art. 2º da Resolução 144 de 2012 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 2012).

¹⁶ Art. 7º § 1º § 2º da Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens (BRASIL, 2010).

¹⁷ Art. 4º da Resolução 143 de 2012 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 2012).

3. ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS FISCALIZADORES

A Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens dispõe sobre as atribuições dos órgãos fiscalizadores como a Agência Nacional de Águas (ANA), o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Agência Nacional De Energia Elétrica e dos órgãos de licenciamento ambiental, além das obrigações do empreendedor, que pode ser um agente governamental ou privado, responsável pela fixação ou exploração da barragem em seu benefício ou da coletividade¹⁸. Para os órgãos fiscalizadores exercerem suas funções, torna-se necessário identificar e classificar todas as barragens de contenção existentes no Brasil, independentemente de serem minerárias ou não.

Para tanto, estabeleceu-se um prazo de dois anos, a partir da publicação da Lei, para implementação de um cadastro, o que foi cumprido por alguns órgãos, como a ANA e DNPM. Entretanto, a ANEEL somente estipulou critérios de classificação, plano de segurança de barragens e revisões periódicas para as barragens por ela fiscalizadas em 2015, com a resolução normativa nº 696. Os órgãos ambientais dos Estados também adotaram suas regulamentações e cadastros, mas o IBAMA, principal órgão de licenciamento federal, não tratou ainda do assunto, no pressuposto, parece que não é órgão licenciador de tais estruturas.

Anteriormente à lei supracitada, a fiscalização era feita de forma isolada por alguns órgãos ambientais, ligados diretamente aos acidentes causados após ruptura das barragens. Havia um desconhecimento não só do número total de barragens, mas das condições em que elas se encontravam.

O relatório da Agência Nacional de Águas de 2011 aponta que grande parte dos acidentes ocorridos estava relacionada à estrutura do barramento. Pode-se dizer que a fratura da barragem encontrava-se conectada à imperfeição de projetos, construção e manutenção; assim como ausência de supervisão por responsável técnico qualificado e inexistência de plano de emergência em caso de acidentes. O cenário não poderia ser outro senão o de total insegurança. Em 2014, o número de barragens cadastradas estava em torno de 14.966, das quais 663 para contenção de rejeitos, 295 para contenção de resíduos industriais, 642 para geração de energia elétrica e 13.366 para usos múltiplos de água¹⁹.

Diante do número relevante de barragens e a precária fiscalização, até então existente, a Lei criou o Sistema de Informação de Segurança de Barragens (SISB). Para estruturação dos dados desse sistema, os empreendedores devem prestar todas as informações exigidas pelos órgãos fiscalizadores, para

¹⁸ Art. 2º, IV, da Lei nº 12.334 de 2010 (BRASIL, 2010).

¹⁹ BRASIL, 2015.

que estes formem um cadastro de barragens e empreendedores, e o encaminhe à ANA, responsável pela gestão do SISB.

3.1. Agência Nacional De Águas (ANA)

A ANA é uma autarquia sob regime especial, criada pela Lei 9.984 de 2000, autônoma administrativa e financeiramente, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, responsável pela fiscalização de todas as barragens cuja outorga tenha emitido. Ou seja, toda autorização para uso de recursos hídricos de domínio da União, que possuir barragens para acumulação de água, deverá ser fiscalizada por essa autarquia.

Há de se somar ainda a competência da ANA para organizar, implantar e gerir todo Sistema Nacional de Informação de Segurança de Barragem (SNISB), como também estimular a interação entre os outros órgãos fiscalizadores, assim como elaborar o relatório de segurança de barragem e encaminhá-lo anualmente ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH)²⁰. Até o momento, foram elaborados três Relatórios de Segurança de Barragem, o de 2011, do biênio 2012/2013 e o terceiro de 2014.

Para a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens, é necessário a cooperação de todos os órgãos fiscalizadores e dos empreendedores fiscalizados, pois ambos devem preencher formulários específicos, cujas informações serão utilizadas pela ANA para construção do relatório. Assim sendo, a ANA deve colocar no relatório os cadastros das barragens mantidos pelos órgãos fiscalizadores, especificar quais são as barragens classificadas de alto risco e relatar as melhorias feitas pelo empreendedor quanto à segurança de barragem, se existirem.

Em caso de acidentes ou incidentes no decorrer do ano que trata o relatório, a ANA deverá descrevê-los e demonstrar a análise feita tanto pelo órgão fiscalizador como pelo empreendedor, apontando as causas, consequências e quais providências foram tomadas. Bom lembrar que acidentes indicam o comprometimento da integridade estrutural da barragem, liberando o conteúdo do reservatório em razão da queda parcial ou total da própria barragem ou de alguma estrutura acessória²¹. Incidente, no entanto, trata-se de qualquer situação que afete o comportamento da barragem ou de sua estrutura anexa, mas, com possibilidade de controle que possa evitar acidente²².

²⁰ BRASIL, 2000.

²¹ Art. 2º, I da Resolução nº 144 de 2012 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 2012).

²² Art. 2º, II da Resolução nº 144 de 2012 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 2012).

Um ponto que chama atenção nas atribuições da ANA em sua relação com os demais órgãos, é a sua obrigação em apontar a lista dos órgãos fiscalizadores que apresentaram as informações, como também dos que não apresentaram, e da mesma forma, indicar os recursos federais e estaduais previstos e aplicados para a segurança de barragens no período do relatório em questão. Tal iniciativa reforça o princípio da transparência e publicidade que devem reger a Administração Pública, além de permitir que sejam conhecidos aqueles que estão em desconformidade com a legislação.

Para elaboração do Relatório de Segurança de Barragem, leva-se em conta o período a partir de 1º de Outubro do ano antecessor até 30 de setembro do ano que servirá de referência para o relatório. A resolução nº 144 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos dispõe os prazos para se exigirem e serem prestadas as informações. Ou seja, estrutura-se uma rede de informação entre todos os agentes fiscalizadores e a ANA, para formulação do Relatório e posterior encaminhamento ao Congresso Nacional.

Dentro dessa perspectiva, a Agência Nacional de Águas terá até o dia 30 de junho de cada ano para indicar quais informações os órgãos fiscalizadores deverão prestar. Essa data limite também é para disponibilizar formulários a serem preenchidos. Não especificado o conteúdo da informação, os órgãos fiscalizadores deverão apresentar as informações nos moldes exigidos no ano anterior. As informações fornecidas pelos empreendedores aos órgãos fiscalizadores deverão ser enviadas até o dia 31 de outubro de cada ano, e estes terão até dia 31 de janeiro de cada ano para informar à ANA. Após a consolidação do Relatório de Segurança de Barragem, a ANA o encaminhará ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, até dia 31 de maio competindo ao Conselho analisá-lo e fazer recomendações para melhorar a segurança e, em seguida, encaminhá-lo ao Congresso Nacional, até 20 de setembro de cada ano. A Tabela 1 facilita a compreensão das atribuições e prazos a serem cumpridos.

Compete à Agência Nacional de Águas, como dito anteriormente, gerir o Sistema Nacional de Informação de Segurança de Barragens. Dentro dessa gestão inclui-se desenvolvimento de plataforma informatizada que possibilite o recolhimento, análise, guarda e restauração das informações. Considera-se para tanto as barragens ativas, inativas e as que estão em construção.

Note-se a importância de tal instrumento da Política Nacional de Segurança de Barragens, pois o trabalho conjunto e adequado das informações dos demais órgãos fiscalizadores permite que o conhecimento desses dados chegue à sociedade de forma clara.

3.2. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

A Agência Nacional de Energia Elétrica, Autarquia especial instituída pela Lei 9.427 de 1996 e pelo Decreto nº 2.335 de 1997, vinculada ao Ministério

de Minas e Energia, tem por finalidade a regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em consonância com as políticas e diretrizes do governo federal.

Tabela 1 – Prazos para elaboração, conclusão e encaminhamento do relatório de segurança de barragens.

Órgão	Atribuição	Período
ANA	Relatório de Segurança de Barragens (RSB)	1º/10 do ano anterior até 30/09 do ano de referência
ANA	Estabelecer conteúdo mínimo das informações e formulários	Até 30/06 de cada ano
ANA	Enviar RSB ao CNRH	Até 31/05 de cada ano
DNPM IBAMA ANEEL	Prestar informações à ANA	Até 31/01 de cada ano
EMPRESAS	Prestar informações aos órgãos fiscalizadores	Até 31/10 de cada ano
CNRH	Encaminha RSB ao Congresso Nacional	Até 20/09 de cada ano

Fonte: dos autores, com dados fornecidos pela Resolução nº 144, de 10 de julho de 2012, que estabelece diretrizes para implementação da Política Nacional de Segurança de Barragens. Disponível em: <<http://www.cnrh.gov.br>, acesso em 07/05/2016²³

A partir da Lei 12.334/2010, a ANEEL passa a ser responsável pela fiscalização das barragens que concedeu ou autorizou para uso de potencial hidráulico na geração de energia elétrica. Seguindo tal determinação legal, a ANEEL fixou os critérios de classificação das barragens por meio da Resolução Normativa nº 696 de 2015, e instituiu o Formulário de Segurança de Barragem (FSB) que deve ser preenchido pelo empreendedor até o dia 22 de junho ou até a operação da primeira unidade geradora, o que ocorrer por último.

Importante lembrar que o preenchimento do FSB é obrigatório para todas as barragens em implantação e ou operação, podendo incorrer em multa o seu descumprimento. Nota-se que os dados das Barragens inativas não são informados como determina a ANA, ficando de pronto uma falha no sistema de informação.

3.3. Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)

O IBAMA, autarquia vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, instituído pela Lei 7.735 de 1989 para exercer poder de polícia ambiental, executar

²³ Cap. IV Da Resolução 144 de 2012 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 2012).

a Política Nacional do Meio Ambiente no que tange ao licenciamento ambiental, controle da qualidade ambiental, autorização de uso de recursos naturais, fiscalização, monitoramento e controle ambiental. Inclui-se nesse dever, a fiscalização das barragens de contenção, quando incumbido de emitir as respectivas licenças ambientais²⁴.

A Lei 6.938/1981, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente, aponta as atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais que necessitam de licenciamento, controle e fiscalização a cargo do IBAMA. Dentre elas, estão os serviços de utilidades como tratamento e destinação dos resíduos industriais²⁵. Percebe-se que, quanto aos rejeitos, a Lei é silente em relação à atribuição do Instituto, embora seja compreensível, pois, a seu tempo, não havia distinção legal entre uns e outros.²⁶ A Lei Complementar 140 de 2011, que trata da competência dos entes federados para o licenciamento ambiental, não modificou tal situação.

Segundo o Relatório de segurança de Barragens 2014, o IBAMA e outros órgãos fiscalizatórios estaduais como ADEMA/SE, CPRH/PE, IAP/ PR e IBRAM/DF, informaram a inexistência de barragens sob a sua fiscalização devido ausência de estrutura de contenção para disposição de resíduos industriais sob sua responsabilidade. Sua atribuição meramente supletiva aos órgãos estaduais não lhe impunha dever adicional²⁷. Como se verá, essa orientação parece fugir aos esquadros normativos, sobretudo em sua teleologia preventiva e de proteção.

3.4. Departamento Nacional de Produção Mineral

O Departamento Nacional de Produção Mineral surgiu em 1994, por meio da Lei nº 8.876. Trata-se de autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Tem como finalidade realizar o planejamento e estimular a exploração mineral e o aproveitamento dos recursos minerais, assim como fiscalizar toda atividade minerária no Brasil. Dentre essas atribuições, inclui-se a fiscalização das estruturas, como as barragens, derivadas da atividade principal que é a mineração, conforme dispõe a Política Nacional de Segurança de Barragens (2010).

²⁴ Art. 5º, IV da Lei nº 12334 de 2010. (BRASIL, 2010)

²⁵ Art. 10, 11 e Anexo VIII da Lei nº 6.938 de 1981. (BRASIL, 1981)

²⁶ A Lei 12.305 de 2010, traz o conceito de rejeito, resíduos industriais e resíduos de mineração, Art 3º, XV e Art. 13, I, f e k respectivamente. **Rejeitos** são resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada; **resíduos industriais** são aqueles gerados nos processos produtivos e instalações industriais, e **resíduos de mineração**, os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios (BRASIL, 2010).

²⁷ FERREIRA; KIFER, 2016. Reportagem Estado de Minas sobre a pretensão do IBAMA em assumir a fiscalização da barragem.

Compete ao DNPM sistematizar o cadastramento das barragens existentes em sua jurisdição, estabelecendo os limites do conteúdo da informação a ser prestada, como também, a intermitência da apresentação e atualização do mesmo. De acordo com a Portaria 416 de 2012 do DNPM (art. 4º), o cadastro deve ser feito pelo empreendedor no sistema do Relatório Anual de Lavra (RAL), disponibilizado pelo site do DNPM²⁸. Entre as várias informações exigidas, está a indicação do responsável técnico pelos estudos, projetos, construção e todos os relatórios pertinentes na questão de segurança de barragem.

É obrigação do empreendedor informar todas as barragens de mineração que se encontram sob sua responsabilidade, estando ou não em atividade. O prazo para transmissão do RAL é até o dia 15 ou 30 de março de cada ano, a depender do título em posse do empreendedor, conforme Portaria 12 do DNPM²⁹. Cabe ao Departamento analisar as informações prestadas pelo empreendedor bem como a documentação pertinente, podendo pedir esclarecimentos adicionais e, enfim, aceitar ou não o RAL. No último caso, o empreendedor poderá ser penalizado com multa ou outra sanção cabível nessa situação, como advertência ou caducidade do título³⁰.

Quanto à fiscalização, o Departamento é um dos órgãos que mais têm aumentado o número de vistorias, possuindo regulamentação específica sobre o tema. Contudo, sua atuação é sensivelmente prejudicada em virtude da falta de recursos financeiros e humanos, sendo risível não fosse trágico, o fato de não contar com equipe técnica especializada em segurança de barragens. Se, por um lado, o DNPM assume posição proativa em relação aos outros órgãos, conforme o Relatório de Segurança de Barragens 2015, demonstrando que é possível elevar o número de vistorias, mesmo sem uma estrutura adequada³¹; por outro, sua fiscalização se faz por amostragem, num exercício formal de checklist das exigências impostas pela legislação.

4. DA (DES)ARTICULAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO, DÉFICITS E RESTAURAÇÃO NORMATIVOS — AS BARRAGENS DA MINERAÇÃO

O portador do título da concessão de lavra requererá ao DNPM a posse da jazida³², com a qual dará seguimento à atividade minerária. No entanto, para atingir esse objetivo, o empreendedor, titular da autorização de pesquisa

²⁸ O detalhamento dos procedimentos gerais para apresentação do Relatório Anual de Lavra (RAL) se encontra na Portaria 12 do DNPM de 2011 (BRASIL, 2011).

²⁹ Art. 7º, I-II, da portaria 12 do DNPM (BRASIL, 2011).

³⁰ Art. 63 do Código de Mineração. (BRASIL, 1967).

³¹ No Relatório de Gestão de março de 2015 referente a 2014, o DNPM aponta uma superação da meta de vistorias técnicas de barragens, totalizando 151 barragens de mineração fiscalizadas, frente às 95 pré-estabelecidas (BRASIL, 2015. p. 35).

³² Art. 44 do Código de Mineração (BRASIL, 1967).

de lavra e interessado na concessão, deverá apresentar vários documentos ao DNPM da jurisdição em que se encontra a mina, conforme dispõe o Código Minerário³³, dentre eles o Plano de Aproveitamento Econômico da Jazida (PAEJ)³⁴.

O PAEJ traz detalhamento de como será feita a exploração da mina, desde sua estrutura até o depósito de rejeitos, passando pela extração mineral em si. Dentre as informações nele constantes estão: o tipo de substância que será explorada, a localização específica do empreendimento, as servidões necessárias para funcionamento da atividade, o plano de monitoramento, o método de exploração a ser adotado, o plano de resgate e salvamento, o plano de controle de impacto ambiental e licença de instalação³⁵.

Questionável o fato de que, no PAEJ, o DNPM continue a exigir basicamente as mesmas informações e análises previstas no Código de Mineração de 1967, sem se dar conta de que a Lei 12.334/2010 alterou o cenário. Em sendo o Departamento, órgão responsável pela fiscalização das barragens, dentre os requisitos do PAEJ deveria constar, no mínimo, o Plano de Segurança de Barragem que será utilizada para receber os rejeitos de mineração. O atual regramento do órgão, Portaria 416/2015, obriga a elaboração do Plano até o início da operação da barragem (art. 10), o que parece outro equívoco, filho do primeiro.

Uma avaliação econômica adequada do empreendimento não pode deixar de considerar os gastos com as estruturas de contenção e eventuais repercuções sócio-econômico-ambientais decorrentes de seu rompimento, sob pena de subestimação. Assim, diante de modificações e alteamentos dessas estruturas, também deveria ser exigido novo plano e, em se tratando de obra com alto potencial de dano associado, ainda o Plano de Ação de Emergência, igualmente denominado PAE³⁶.

Esse Plano especifica as ações que o empreendedor executará em situação emergencial, e quem deverá ser notificado. O plano deve conter a análise e indicação das possíveis situações contingenciais, como as decorrentes da ruptura da barragem, de modo a especificar quais as providências preventivas e corretivas deverão ser adotadas, quais procedimentos serão utilizados para identificar um problema, a quem cientificar do mau funcionamento ou até mesmo do provável rompimento da barragem e qual estratégia será utilizada

³³ Art. 38 do Decreto Lei 227. (BRASIL, 1967).

³⁴ O ordenamento jurídico brasileiro faz menção ao Plano de Aproveitamento Econômico da Jazida (PAE) do art. 38 do Código de Mineração de 1967 e ao Plano de Ação de Emergência do art. 8º da Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens de 2010. Como os dois instrumentos utilizam a sigla PAE, neste trabalho será considerado PAEJ para o primeiro e PAE para o segundo, a fim de se evitar possíveis equívocos.

³⁵ Art. 38 e 39 do Decreto Lei 227 (BRASIL, 1967).

³⁶ Art. 8º da Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens (BRASIL, 2010).

para comunicar e alertar as comunidades potencialmente atingidas nessa circunstância de urgência³⁷. Na verdade, o PAE, se realista, será um instrumento importante para análise da viabilidade econômica da exploração mineral, a menos que se queira jogar dados com o risco.

Sem embargo, o dispositivo normativo fala, dentre os documentos requeridos para exame do PAEJ, apenas em “plano de controle de impacto ambiental” e “licença de instalação”. Em geral, a atuação do DNPM se limita à análise da existência ou não das licenças ambientais concedidas pelo órgão responsável, referentes às minas e às barragens. Não deveria fazê-lo apenas de modo protocolar, mas averiguar os estudos realizados, principalmente o Plano de Segurança da Barragem, para onde serão destinados os rejeitos da mineração e, quando for o caso, o Plano de Ação de Emergência (PAE), relativo à segurança de barragem.³⁸

Não se trata de exigência prematura nem *ultra vires*, mas de antecipação prudente de riscos, para geri-los de modo acertado. Diante dos dados constantes do processo de licenciamento e comparados com os existentes no Plano de Aproveitamento Econômico, podem-se identificar, por exemplo, inconsistências e determinar correções. Não é adequado que o órgão minerário seja mero instrumento cartorário das decisões ambientais, quando se sabe que uma subestimação dos riscos e danos ambientais podem comprometer o retorno socioeconômico do empreendimento. As atribuições são distintas, mas complementares. Um examina a viabilidade socioambiental do empreendimento; outro, a sua viabilidade socioeconômica; os dois devem se comunicar e interagir durante os dois processos para um resultado exitoso³⁹.

Por sua vez, o órgão licenciador da mina e de suas barragens deveria considerar como sua atribuição a análise sobre impactos por acidentes⁴⁰ ou mesmo por rupturas das estruturas de contenção, a fim de conhecer as possibilidades reais de danos ambientais. Significa sincronizar a Constituição da República de 1988, a Lei Complementar 140, a Resolução CONAMA 237 e a Lei n. 12.334/2010, de modo a incluir, no processo de licenciamento da mina, como parte dos estudos de impactos ambientais, a análise: a) do Plano de Segurança

³⁷ Art. 12 da Lei 12.334/2010 (BRASIL, 2010).

³⁸ Condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente; Art. 2. da Lei 12.334/2010. (BRASIL, 2010)

³⁹ Ressalte-se que há ainda uma antinomia lógica e temporal entre o que dispõe a Resolução 09 de 1990 do CONAMA e o Código de Mineração. Isto porque o Plano de Aproveitamento Econômico deve apresentar a licença de instalação, mas para o empreendedor ser titular desta ele precisa de um comunicado do DNPM de que o Plano de Aproveitamento Econômico é satisfatório. Como ele será satisfatório se os requisitos não foram cumpridos em sua integralidade, uma vez que inexiste a referida licença?

⁴⁰ Comprometimento da integridade estrutural com liberação incontrolável do conteúdo de um reservatório ocasionado pelo colapso parcial ou total da barragem ou estrutura anexa; Art. 2º, Resolução 144 do CNRH de 2012 (BRASIL, 2012).

da Barragem, que deveria ser exigido já nessa oportunidade, considerando os elementos construtivos e previsões de volume e impacto; e, quando for o caso, b) do PAE, que identifica a área afetada e as ações preventivas e reparatórias associadas sempre ao pior cenário.

Esse exame integrado permitiria, com mais acuidade, prognosticar danos provenientes da atividade em si, bem como impactos que podem ocorrer em razão de rompimento, infiltração, vazamento ou mau funcionamento da estrutura de barramento⁴¹. Tal tarefa de prognose e prudência supera adicional custo. Somente com esse exame, faz-se possível definir a extensão do dano e, consequentemente, a competência dos entes federados. Entretanto, aqui percebe-se um novo problema.

Tanto a Lei Complementar nº 140, cujo teor traça diretrizes de cooperação entre os entes federados no tocante a ações administrativas para proteção do meio ambiente, quanto a Resolução nº 237 do CONAMA, atribuem aos Estados a responsabilidade do licenciamento ambiental de atividade ou empreendimento que se encontre em seu território; que abrange mais de um Município; que esteja em unidade de conservação sob seu domínio ou ainda quando os impactos ambientais extrapolam um território municipal⁴². Por outro lado, estabelecem como competência da União, por meio do IBAMA, o licenciamento ambiental de atividades que abarquem dois ou mais Estados, as situadas em áreas indígenas ou exercidas simultaneamente no Brasil e em país limítrofe, dentre outras. Aos Municípios, compete o licenciamento dos empreendimentos locais⁴³.

Diante dessa previsão, corre perigo a constitucionalidade da Lei Complementar nº 140/2011, ao definir como critério de competência da União, Estados ou Municípios, o local de instalação do empreendimento e não a extensão do provável dano que possa provocar. A proteção ambiental, defendida pela Constituição, se faz de modo amplo e conjunto, vertical e cumulativamente, como dever comum a todos os entes. Assim sendo, na medida em que a legislação fraciona a atuação dos entes federados, delimitando a competência com base no critério territorial de instalação da obra e não de seus impactos, acaba por fracionar também a proteção ambiental, ferindo os preceitos consti-

⁴¹ Art. 2º da Lei 12.334 de 2010 (BRASIL, 2010).

⁴² Art. 8º da Lei Complementar 140 (BRASIL, 2011) e Art. 5º da Resolução 237 do CONAMA (BRASIL, 1997).

⁴³ Art. 7º da Lei Complementar 140 (BRASIL, 2011) e Art. 4º da Resolução 237 do CONAMA (BRASIL, 1997).

tucionais do art. 225 da CR/88. Ademais, distorce a lógica federativa. Um empreendimento localizado em Minas Gerais será licenciado no próprio Estado, embora, em caso de acidente ou desastre, possa produzir um dano nacional.⁴⁴

Na análise das normas, vê-se claramente que há o direcionamento para os Estados da responsabilidade para o licenciamento, controle e fiscalização ambiental da atividade minerária, sem considerar o tamanho das minas e, por conseguinte, dos depósitos que serão construídos para contenção de seus rejeitos. Significa dizer que não existe correlação proporcional entre capacidade de exploração da mina, tamanho da barragem e licenciamento ambiental. Independente da dimensão, os requisitos são os mesmos, não ocorrendo a análise das probabilidades de ocorrência de danos em caso de ruptura da estrutura de contenção, sinalizando que a preocupação se fecha nos danos provenientes da construção, esquecendo-se da possibilidade de eventual desabamento dessa construção⁴⁵.

Ao adotar o critério de divisão de competência vertical, permitindo aos entes federativos legislarem sobre o mesmo assunto, de acordo com seus respectivos interesses, esquece-se, o legislador, da potência dos efeitos negativos quando da ocorrência de dano. Cite-se o caso do rompimento da barragem do Fundão, no Município de Mariana. O dano traspassou o Município, afetou vários outros em Minas Gerais e no Espírito Santo, além de causar, pelo menos, 19 mortes e simplesmente destruiu o vilarejo de Bento Rodrigues⁴⁶.

O salvamento do vício de inconstitucionalidade pode dar-se por meio de uma interpretação, conforme a Constituição, que passe à métrica da extensão do dano como critério definidor do órgão de licenciamento. Ou que defina, como regra, o local de instalação do empreendimento, como diz a literalidade

⁴⁴ As legislações do Estado de Minas Gerais Lei nº 7.772 de 1980 e a Lei nº 15.972 de 2006, por exemplo, determinam ao COPAM, Conselho Estadual de Política Ambiental, vinculado ao Sistema Operacional de Ciência e Tecnologia, a função de traçar diretrizes para o desenvolvimento social e econômico do Estado em consonância com a proteção e conservação ambiental. Ele é responsável pela autorização para instalação e operação de atividade potencialmente poluidora, juntamente com as Superintendências Regionais de Meio Ambiente (SUPRAMs) e a Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), todos pertencentes à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (MINAS GERAIS, 2006).

⁴⁵ Essas observações se confirmam — e agravam — quando se observa que o licenciamento das barragens de rejeito de minério é feito de forma apartada. Primeiro se licencia o dique e depois os alteamentos. Geralmente parte da área que se fará o alteamento já está licenciada, restando para submissão ao processo de licenciamento uma pequena área se comparada com a totalidade integrada conforme se percebe da leitura dos pareceres da SUPRAM (Superintendência Regional de Meio Ambiente) órgão ligado à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais. O que leva a crer que o exame da documentação é puramente formal, pois novamente o órgão federal ou estadual fará análise e julgamento a partir dos documentos apresentados pela própria empresa, incluindo-se o estudo de impacto ambiental, Relatório de Impacto Ambiental, Formulário Integrado de Caracterização do Empreendimento (FCEI) e Formulário Integrado de Orientação Básica (FOBI).

⁴⁶ BRASIL, 2016.

da Lei, ressalvada a extensão do dano provável que possa ultrapassar a jurisdição desse órgão.

Em sendo o IBAMA responsável pelo cadastro, controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras, como a mineração e a construção de diques e barragens, obrigatoriamente deveria atuar nos licenciamentos das estruturas de contenção dos rejeitos ou resíduos de tais atividades, máxime quando a extensão do dano ambiental provocado pelo eventual rompimento da barragem tiver repercussão que supere os domínios de um Estado. Em não sendo órgão licenciador, teria o dever de atuar, de modo efetivo, no processo desenvolvido pelas entidades estaduais de licenciamento no sentido de verificar se o exame do potencial impacto, justificador da atribuição local, teria bases técnicas bastantes para defini-lo adequadamente.

Como se pode notar, há falhas na definição de atribuições licenciadoras e, muito mais falhas há ainda na fiscalização das barragens. Falta de estrutura e de preparo técnico se aliam a uma repartição de atribuições deficiente e a uma desarticulação orgânica e federativa comprometedora da eficácia de qualquer política, por melhor que possa ser. Esse quadro deficitário tornou-se ainda mais evidenciado com o desastre socioambiental provocado pelo rompimento da barragem de Fundão em Mariana (MG). Houve sérios problemas no licenciamento ambiental, realizado pelo Estado de Minas Gerais, a começar pela atribuição estadual de uma atividade, cujos impactos e danos foram nacionais, bem como uma fiscalização incapaz de identificar problemas numa barragem que possuía histórico de problemas de segurança.

Essa dupla falha estadual (de licenciamento e fiscalização) impõe (e revela) um dever importante de atuação fiscalizatória do IBAMA em relação às barragens de rejeito da mineração. Primariamente, o pacto federativo atribui dever de proteção ambiental, que se concretiza por meio da fiscalização, a todos os entes federados⁴⁷. Embora os órgãos estaduais tenham, formalmente, a polêmica competência para licenciar e fiscalizar, o Instituto não tem sua atribuição afastada, devendo exercer seu poder de polícia administrativa para acompanhar e supervisionar todo processo a fim de prevenir potenciais danos ambientais⁴⁸. Mesmo porque, segundo a dicção da Lei Complementar n. 140 e a teleologia do artigo 23 da Constituição, ele tem o dever de atuar sempre que houver atuação insuficiente ou omissão por parte dos órgãos licenciadores estaduais. No entanto, como saber se há insuficiência ou omissão, se o Instituto não fiscaliza?

⁴⁷ BRASIL, 2015.

⁴⁸ Art. 76. da Lei 9.605 de 1998, prevê atuação concomitante dos órgãos integrantes do SISNAMA. (BRASIL, 1998)

Independentemente do estabelecimento da competência de licenciamento, é preciso que sejam definidos instrumentos mais eficientes de articulação orgânica, por meio dos quais os fiscalizadores consigam atuar de modo cooperativo, visando à maior proteção da sociedade a jusante das barragens e, obviamente, de todo ambiente do entorno. Essa articulação vem a ser o melhor remédio, qual seja, a solução tanto para prevenção de eventos danosos quanto para a sua reparação, pela força do imponderável, nunca do que era previsível⁴⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança de barragens de contenção de água e de rejeitos industriais ou de minério tem despertado a atenção de vários países. Os riscos associados a tais estruturas, muitos consumados, estimulam o desenvolvimento de técnicas construtivas mais seguras e de parâmetros normativos e institucionais mais rigorosos.

No Brasil, a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) foi instituída pela Lei 12.334 de 2010. De acordo com essa Lei, é dever do proprietário da barragem providenciar equipe qualificada para que todas as medidas relacionadas à segurança da barragem sejam adotadas, havendo de registrá-la junto aos órgãos fiscalizadores. A partir desse registro, cabe a esses órgãos, segundo os critérios estabelecidos pela legislação, classificar as estruturas quanto ao risco e dano potencial associado. Os riscos estão relacionados às condições estruturais do barramento ou à probabilidade de se produzir acidente; enquanto o dano potencial associado se vincula mais aos efeitos socioambientais, perdas de vida humana e impactos econômicos decorrentes de uma eventual ruptura da barragem. A Lei ainda impõe o dever de fiscalização a diversos órgãos, incluindo o licenciador ambiental e, em caso de barragem de mineração, o DNPM.

Entretanto, os déficits de efetividade da PNSB, já prenunciados pelos relatórios publicados pela ANA, foram evidenciados pelo maior desastre socioambiental do Brasil, provocado pela ruptura da barragem de Fundão, que matou, pelo menos, dezenove pessoas, destruiu um vilarejo inteiro e afetou drasticamente o ambiente e a vida em torno da bacia do Rio Doce.

Tais déficits se reportam tanto a falhas do exame do plano de aproveitamento econômico das jazidas, quanto do seu licenciamento. O PAEJ tem sido executado com base numa legislação anterior à Lei nº 12.334/2010, sem contemplar as suas exigências. Seria imperioso que o DNPM passasse a incluir os

⁴⁹ SAMPAIO, 2003

custos das medidas de segurança das barragens de rejeito, bem como de eventuais impactos em caso de acidente ou ruptura, para posterior aprovação do plano. Presume-se que seria uma medida saudável, motivando e exigindo mais cautela e cuidado do empreendedor, o que evitaria a repercussão translatícia dos danos à coletividade.

Assim também, o IBAMA, que tem se eximido da função de fiscalização de tais barragens, viria a ter um papel mais proativo no processo. Entende-se que, no critério de repartição de competência para licenciamento ambiental, previsto pela LC nº 140/2011, deveria ser imprescindível contemplar, por meio de uma interpretação de acordo com a Constituição, a extensão do dano provocado por um eventual rompimento da barragem. O tamanho da mina e de sua barragem (projetada ou em ampliação) seria determinante a tanto. Se, na avaliação de um pior cenário, o dano superar os limites de um Estado, caberia ao IBAMA licenciar a atividade. Em qualquer caso, seria fundamental a atuação do Instituto, de modo efetivo, mesmo em se tratando de mina e barragem licenciadas pelo Estado e jamais poderia se eximir de sua fiscalização.

Essa redefinição de tarefas, que é de *lege lata* e não apenas de *lege ferenda*, associada a uma alocação de recursos humanos e logísticos dos órgãos de fiscalização, e a um diálogo interorgânico efetivo, pode e deve evitar novas tragédias ambientais. Espera-se que a dor da tragédia de Mariana tenha nos deixado, além da dor irrecuperável, um legado de redenção.

REFERÊNCIAS

BALBI, Diego Fonseca et al. Planos de emergência de barragens na CEMIG GT. CIER. In: **III Seminario Internacional: Hidrología Operativa y Seguridad de Presas.** p. 20. Disponível em: <http://www.cpdee.ufmg.br/~renato/ArtigosRevista/2010-CIER-Revista_Completa.pdf#page=22>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 227 de 28 de fevereiro de 1967.** Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Presidência da República Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.** Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei nº 12.305, de 02 de Agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010.** Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.** Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.181 de 2003. **Estabelece diretrizes para verificação da segurança de barragens de cursos de água para quaisquer fins e para aterros de contenção de resíduos líquidos industriais.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118248>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Agência Nacional de Águas (ANA). **Relatório de segurança de barragens 2011.** Brasília. ANA, 2012. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cadastrados/barragens/RelatoriodSegurancadeBarragens.aspx>>. Acesso em: 05 de maio 2016.

_____. _____. **Projeto de Lei 1.181 de 2003.** In: Projeto de Lei e outras proposições, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118248>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. _____. _____. **Relatório de segurança de barragens 2012-13.** Brasília. ANA, 2014. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cadastrados/barragens/RelatoriodeSegurancadeBarragens.aspx>>. Acesso em: 05 de maio 2016.

_____. _____. _____. **Relatório de segurança de barragens 2014.** Brasília. ANA, 2015. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cadastrados/barragens/RelatoriodeSegurancadeBarragens.aspx>>. Acesso em: 05 de maio 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH). **Resolução nº 143, de 10 de julho de 2012.** Ministério do Meio Ambiente, 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. _____. _____. **Resolução nº 144, de 10 de julho de 2012.** Ministério do Meio Ambiente, 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. _____. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução Conama n. 001, de 23 de janeiro de 1986.** Ministério do Meio Ambiente, 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. _____. _____. **Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997.** Ministério do Meio Ambiente, 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res237.html>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. _____. _____. **Resolução Conama n. 009, de 06 de dezembro de 1990.** Ministério do Meio Ambiente, 1990. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res009.html>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Ministério de Minas e Energia, Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPm). **Portaria nº 416, de 03 de setembro de 2012.** Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração e dispõe sobre o Plano de Segurança, Revisão Periódica de Segurança e Inspeções Regulares e Especiais de Segurança das Barragens de Mineração conforme a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Segurança de Barragens. Disponível em: <<http://www.dnmpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnmpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-416-em-03-09-2012-do-diretor-geral-do-dnmpm>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. _____. _____. **Portaria nº 12, de 13 de janeiro de 2011.** Estabelece os procedimentos gerais para apresentação do Relatório Anual de Lavra RAL em meio eletrônico através do Aplicativo RAL, de uso obrigatório e exclusivo para os detentores de Títulos de Lavra ou dos seus arrendatários, bem como dos detentores de Guia de Utilização. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-012-em-13-01-2011-do-diretor-geral-do-dnpm>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. _____. _____. **Relatório de Gestão do Exercício de 2014.** Março, 2015. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/relatorios/relatorio-anual-de-atividades/relatorio-de-gestao-2014-concluido.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.417.023.** Relator: MARTINS, Humberto. Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) 16. Jun. 2015. Disponível em: <<https://dje.tjmg.jus.br/apresentacao.do>>. Acesso em: 05. Jul. 2015.

BRASIL, Ministério Público Federal. MAGALHÃES, Bruno Costa et al. Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo Força Tarefa Rio Doce. Ação Civil Pública Autos no 6001758.2015.4.01.3800 e 69758.61-2015.4.01.3400. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

CABALLERO, Moisés Rubín de Célix; BENITO, Joaquín del Campo. Programa de seguridad de presas y embalses. **Ambienta: la revista del Ministerio de Medio Ambiente**, n. 58, p. 40-46, 2006.

CUNHA, Euclides da. **Os sertões:** campanha de Canudos. 1903. Apresentação: Homero Vizeu Araújo, Guto leite e Luis Augusto Fischer. LePM Pocket. Porto Alegre, 2016. 642 p.

DIPETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 932 p.

DUARTE, Anderson Pires. **Classificação das barragens de contenção de rejeitos de mineração e de resíduos industriais no Estado de Minas Gerais em relação ao potencial de risco.** Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUDB-8AUPNJ>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

FERREIRA, Pedro; KIFER, Sandra. IBAMA quer assumir as vigilâncias das barragens. In: **Jornal Estado de Minas**, 16 jan. 2016. Disponível em: <<http://>

www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/01/16/interna_gerais_725592/ibama-quer-assumir-a-vigilancia-das-barragens.shtml Acesso em: 11 jun. 2016.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. Editora Intrinseca. São Paulo, 2014. 340 p.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1344 p.

MINAS GERAIS. **Decreto 45.824 de 20 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5407>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Lei nº 7.772, de 8 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5407>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Lei nº 15.972 de 2006, de Janeiro de 2006**. Altera a estrutura orgânica dos órgãos e entidades da área de meio ambiente que especifica e a Lei nº 7.772, de 8 de setembro de 1980, que dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/l15972_2006.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Superintendência Regional de Regularização Ambiental Central Metropolitana (SUPRAM). **PA COPAM nº 00015/1984/100/2013**. Disponível em: <http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/URCS_SupramCentral/RioParaopeba/93/pu-145-2015-mgv-empreendimentos-lo.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM). **Inventário de Barragens do Estado de Minas Gerais 2015**. In: Secretaria de Estado de Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5407>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Manual de Segurança e Inspeção de Barragens — Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2002. 148p.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira; MENDES, Samuel Felisbino. A participação no fechamento de Mina no Direito Comparado. **Veredas do Direito**, v. 10 n. 20. Belo Horizonte, Julho/Dezembro de 2013. p. 23-54.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 284 p.

SAMPAIO, Marcos Vinicius Nunes. **Segurança de barragens de terra: um relato da experiência do Piauí.** 2014. 77 p. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/11447>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Gestão ambiental: instrumentos, esferas de ação e educação ambiental.** Atlas, 2010. 311p.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.

SOUZA, Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza. **Royalties Minerários: Gestão Ambiental e efetividade.** Lumen Juris. Belo Horizonte, 2015. 213 p.

* Recebido em 15 jul. 2016.



AS MIGRAÇÕES NO MUNDO CONTEMPORÂNEO E O PARADOXAL PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS: PROTEÇÃO OU ABANDONO?

*Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**

*Ilise Senger***

Resumo

O presente artigo identifica o caráter biopolítico das políticas migratórias contemporâneas e demonstra as insuficiências do papel desempenhado pelos direitos humanos na proteção dos direitos dos migrantes. A análise das políticas migratórias vigentes na atualidade e a abordagem sobre o perfil do migrante são realizadas com o fim de situar a pesquisa na contemporaneidade. Identificou-se a responsabilidade da soberania nacional como produtora de cesuras entre nacionais e estrangeiros, o que resulta em práticas migratórias repressivas e excluientes, que alçam o migrante à vida nua na medida em que colocado em uma espécie de “sub-cidadania”. Quanto à situação de abandono legal e social vivida pelos migrantes, indagou-se acerca da efetividade do direito internacional dos direitos humanos, diante do direito nacional desumano. Na realização da pesquisa foi utilizado o “método” fenomenológico, o qual tem por fim aproximar o pesquisador e o objeto a ser pesquisado, permitindo a compreensão de que a determinação do Direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito. Quanto ao procedimento, o método escolhido foi o monográfico. Para a efetivação da investigação foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Migrações. Cidadania. Biopolítica.

MIGRATION IN THE CONTEMPORARY WORLD AND PARADOXICAL ROLE OF HUMAN RIGHTS: PROTECTION OR ABANDONMENT?

Abstract

This paper identifies the character say about biopolitics of contemporary migration policies and demonstrates the inadequacies of the role played by human rights in the protection of migrants' rights. The analysis of migration policies in force at present and the approach on the profile of migrants are held in order to situate the research in contemporary times. It was identified the responsibility of national sovereignty as producer of caesuras between nationals and foreigners, which results in repressive and exclusionary migratory practices, which elevate the migrant to bare life to the extent that placed in a kind of “sub-citizenship”. As for the legal and social

* Doutor em Direito - UNISINOS. Professor do Mestrado em Direitos Humanos - UNIJUÍ. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNISINOS e da UNIJUÍ.

** Mestre em Direitos Humanos - UNIJUÍ.

abandonment situation experienced by migrants, asked about the effectiveness of international human rights law, on the national law inhuman. On completion of the research was used the phenomenological "method", which is intended to approximate the researcher and the object to be searched, enabling the understanding that the determination of the right, rather than mere passive act of subsumption, is a creative act that implies the subject itself. With regard to the procedure, the method chosen was the monographic. For the completion of the investigation was used the technique of bibliographical research.

Keywords

Human Rights. Migrations. Citizenship. Biopolitics.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema “migrações” tem causado efervescência na comunidade internacional, principalmente em razão de políticas migratórias cada vez mais excludentes, exteriorizadas pela construção de barreiras *físicas* (com a construção de cercas e muros) e *jurídicas* (com a elaboração de atos normativos limitadores de direitos, que dificultam a livre circulação das pessoas pelo mundo).

Ataques terroristas amplamente explorados pelos meios de comunicação de massa desde 2001 são utilizados pelas lideranças políticas mundiais para legitimar ações que atentam e violam direitos humanos, sobretudo dos migrantes. Diante dessa situação e também das muitas implicações das migrações no mundo contemporâneo, inexorável é a existência de uma discussão acadêmica comprometida com a (necessária) ligação entre os direitos humanos e o tema, sobretudo no que diz respeito à (falta de) observância dos direitos dos migrantes.

Muito embora o assunto esteja sendo amplamente discutido atualmente, não se trata de um tema novo. Desde os primórdios da história da Civilização as pessoas deslocam-se em razão dos mais diversos motivos. Além disso, a prática migratória constitui parte importante do processo de construção da maioria das comunidades humanas ao longo da história.

Neste contexto, o problema que orienta a presente pesquisa diz respeito à influência das políticas migratórias contemporâneas — assentadas sobre o paradigma da soberania estatal — na promoção de cesuras entre nacionais e estrangeiros, tensionando o papel protetivo dos direitos humanos em face da produção da vida nua, na medida em que colocam os imigrantes — notadamente aqueles que se encontram em situação de irregularidade — em uma espécie de zona de anomia, viabilizando práticas altamente discriminatórias e violadoras dos mais comezinhos direitos humanos contra aqueles indivíduos que não se enquadram no conceito de “cidadãos”.

A hipótese inicialmente levantada é a de que, desde a sua origem, os direitos humanos foram fundamentados a partir da noção de cidadania. Dessa forma, a tão festejada universalidade foi mitigada pela necessidade do vínculo a um Estado, que lhe dá legitimidade. Partindo dessa concepção, os Direitos

Humanos dos imigrantes, principalmente dos que se encontram irregulares, vêm sendo desrespeitados, sob a condescendência dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos — notadamente os europeus, que serviram como paradigma para o restante do mundo. A biopolítica e o biopoder controlam o fluxo dos migrantes a fim de escolher quem tem e quem não tem o direito de permanecer em determinados locais.

O objetivo geral do texto consiste em identificar o caráter biopolítico das políticas migratórias contemporâneas a fim de demonstrar as (in)suficiências do papel desempenhado pelos direitos humanos na proteção dos direitos dos migrantes. Os objetivos específicos consistem em analisar as políticas migratórias e o paradigma da soberania nacional como produtor de cesuras qualitativas entre nacionais e estrangeiros, bem como o papel dos direitos humanos enquanto instrumento de proteção e/ou exclusão do migrante.

No que se refere à sua estrutura, o artigo encontra-se dividido em três seções: primeiramente, busca-se diferenciar o migrante do refugiado, a fim de traçar um perfil migratório contemporâneo; na sequência, apresenta-se o paradigma da soberania nacional como produtor de cesuras qualitativas entre nacionais e estrangeiros; por fim, a terceira seção aborda o papel dos direitos humanos como instrumento de proteção e/ou exclusão dos migrantes.

A pesquisa foi perspectivada a partir do método fenomenológico, que consiste em uma “interpretação ou hermenêutica universal”, isto é, em uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental. A utilização do método permite uma imediata proximidade com a práxis humana, como existência e facticidade, em que a linguagem — o sentido, a denotação — não é analisada a partir de um sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade.

Referido método de abordagem tem por fim aproximar o pesquisador e o objeto a ser pesquisado. A fenomenologia hermenêutica permite a compreensão de que a determinação do Direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito.

Pesquisar utilizando a fenomenologia hermenêutica parece apropriado em razão da compreensão de que o objeto de estudo da presente pesquisa são fatos relevantes jurídica e socialmente, e a realização do trabalho objetiva trazer avanços sociais e jurídicos pertinentes à temática investigada. Além disso, os pesquisadores autores do texto fazem parte dessa mesma sociedade objeto da pesquisa. Dessa forma, o método em questão é que se mostra pertinente e adequado para a investigação proposta.

2. OS PERFIS MIGRATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS: DIÁSPORA OU BUSCA POR ALTERNATIVAS?

A migração diz respeito à movimentação de pessoas que buscam fixar residência em país diverso ao de sua origem. Dessa forma, para a configuração da migração, devem ser excluídas as viagens de turismo e as viagens eventuais, que têm por finalidade apenas despender algum tempo no território de destino. As demais práticas estão inseridas no conceito de migração, indiferentemente da motivação daquele que migra: seja em busca de uma nova vida em uma terra nova, seja em razão de fuga de situações de conflito e/ou perseguição em seu Estado.

Na contemporaneidade, milhões de pessoas se deslocam em travessias, utilizando embarcações precárias, principalmente pela rota que passa pelo mar Mediterrâneo, a fim de chegar à Europa. O relatório “Viagens Letais”, elaborado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), publicado em 14 de junho de 2016, revela que, desde 1996, na tentativa de chegar a um país mais desenvolvido, mais de 60 (sessenta) mil imigrantes morreram ou desapareceram em rotas marítimas e terrestres em todo o mundo. Até junho de 2016, mais de 3.400 (três mil e quatrocentos) imigrantes perderam a vida, sendo que mais de 80% deles no intento de chegar à Europa pelo mar (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2016).

A imprensa mundial vem veiculando notícias e mostrando imagens desses fatos diariamente. Diante dessa situação, os termos “refugiado” e “migrante” vêm sendo utilizados sem critério, o que tem gerado confusão. Mas existem diferenças entre eles, as quais merecem ser observadas. Torna-se, então, importante distinguir a figura do migrante e do refugiado.

Os indivíduos que fogem de conflitos armados ou de perseguições são denominadas refugiados. A situação em sua terra é tão perigosa que são obrigados a cruzar fronteiras internacionais a fim de buscar segurança em outros países. É o que vem acontecendo com os sírios atualmente, que saem de seu país em razão de um conflito armado que tem colocado a vida de toda aquela população em risco. Já os migrantes se deslocam principalmente para melhorar sua vida em busca de trabalho ou educação, ou por razões distintas que não se enquadrem no conceito de refugiados (EDWARDS, 2015).

Lopes (2009, p. 34) explica a dualidade existente no conceito “migrante”, gênero que se divide em duas espécies — emigrante e imigrante —, a partir do substantivo “migração”: “vale acentuar que o fenômeno da migração possui duas faces, a da emigração e a da imigração”. A autora distingue essas duas faces e aponta a diferença entre ambas, ao afirmar que “aquele que chega a um lugar também partiu de outro lugar, e este fenômeno amplo, dual, ambíguo, se é para ser realmente entendido, não pode ser fragmentado sob um único

ponto de vista (geralmente daqueles que recebem os imigrantes)”. Considerando essa dupla perspectiva sobre o termo migrante, convém esclarecer que o emigrante é aquele que deixa seu país de origem, enquanto o imigrante, é aquele que chega em um país estrangeiro com o fim de ali fixar residência. Dessa forma, todo migrante é, ao mesmo tempo, emigrante (sob a perspectiva do seu local de saída) e imigrante (sob a perspectiva de onde ele chega).

Desde os primórdios da história da Civilização as pessoas deslocam-se em razão dos mais diversos motivos. Não se está, portanto, diante de uma situação nova, surgida na contemporaneidade, uma vez que a prática migratória foi parte importante do processo de construção da maioria das comunidades humanas ao longo da história (BAUMAN, 2005).

Interessante observar a migração como um movimento histórico, pois a análise dos movimentos migratórios atuais demonstra que os mesmos países que mandaram a sua população excedente para os países “menos modernizados” no passado, são os que agora rejeitam os migrantes, principalmente os econômicos, que batem às suas portas em busca de uma vida melhor (BAUMAN, 2005).

Considerando o grande número de pessoas excluídas no mundo, Flores (2015) salienta que “vivemos, pois, na época da exclusão generalizada”. Nesse mundo, “as mortes devido à fome e às doenças evitáveis chegam por ano a cifras iguais às mortes ocorridas nas Torres Gêmeas multiplicadas por 6.000”, restando evidente que não importam as pessoas, mas tão somente a rentabilidade. O mundo atual esbanja cifras “que demonstram o desaparecimento de milhares de pessoas, condenadas à pobreza mais lacerante, e que contemplam, assombradas e indignadas, a ostentação dos Países enriquecidos a suas custas”. Para o autor, existe hoje um movimento no qual o “Norte” recebe “com surpresa e indignação as demonstrações de raiva e cólera do “Sul”, encerrado na desesperança”. Diante dessa situação, como se defender? Cerrando as fronteiras, erguendo muros, criando mecanismos policiais e jurídicos que impeçam a invasão dos “desesperados e famintos”. Trata-se a imigração, de acordo com Flores (2015), de uma questão resultante do desequilíbrio na distribuição da riqueza mundial.

Como já salientado, as situações conflituosas de alguns países, sobretudo em razão de guerras civis, obrigam uma multidão de pessoas a abandonarem seus lares em razão do estado de destruição generalizada em que se encontra seu país. Bauman (2006, p. 23-24) expõe a situação dos refugiados e de como a Europa vem reagindo ao fluxo crescente de refugiados que buscam asilo, da seguinte maneira:

Talvez a indústria mais florescente nas terras dos retardatários (tortuosa e fraudulentamente apelidadas de “países em desenvolvimento”) seja a produção em massa de refugiados. Foi o produto dessa indústria, cada vez mais prolífico, que o primeiro-ministro britânico — antecipando ou ecoando os sentimentos prevalecentes no restante de uma Europa surpresa e alarmada — propôs recentemente que se descarregue “perto de seus países natais”, em campos permanentemente temporários (tortuosa e fraudulentamente apelidados de “refúgios seguros”), a fim de que os “problemas locais” dos povos locais permaneçam locais, e cortando assim pela raiz quaisquer tentativas dos retardatários de seguirem o exemplo dos pioneiros da modernidade em sua busca de soluções globais (as únicas eficazes) para problemas produzidos localmente.

A declaração do primeiro-ministro inglês, citada por Bauman, retrata o modo de pensar europeu acerca da (não) aceitação de estrangeiros que queriam fixar residência em seus países. Esse fato faz com que os campos de refugiados se multipliquem, assim como se multiplicam os deslocamentos humanos, em razão de conflitos ou em busca de melhores condições de vida. Duarte (2010, p. 289), chama a atenção para o grande número de “refugiados, apátridas e imigrantes sem documentos para confirmar que deixou de ser uma anomalia ocasional a existência de seres humanos entregues à ajuda humanitária na melhor das hipóteses, visto que se encontram excluídos da proteção legal concedida pela cidadania”.

Os refugiados, especificamente, parecem viver em circunstância “privilegiada” em relação aos imigrantes. Isso porque, conforme explica Bauman (2006, p. 119), apesar da posição precária, podem os refugiados, graças ao seu *status* humanitário diferenciado, “invocar os direitos humanos, não importa o quanto estes possam ser imprecisos¹, e algumas vezes recorrer com sucesso aos

¹ Arendt (2013, p. 397) critica a forma como os direitos humanos foram concebidos — direitos para serem usufruídos pelo cidadão nacional. Para a autora, “no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garantir-lhos”. Ela segue: “Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexequíveis — mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles — sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano” (ARENDT, 2013, p. 399). O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas — exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano. (ARENDT, 2013, p. 408). A crítica de Arendt aos Direitos Humanos reside, portanto, na sua inexequibilidade, visto que os mesmos não são respeitados quando o que resta ao homem é “apenas” a sua da humanidade. Acreditava ela que “se um ser humano perde o seu status político, deve, de acordo com as implicações dos direitos inatos e inalienáveis do homem, enquadrar-se exatamente na situação que a declaração desses direitos gerais previa”. Todavia, o que se percebeu desde a sua origem, e o que ocorre até os dias atuais, é justamente o oposto: nada resta ao homem desprovido de seus direitos de

tribunais, sejam locais ou supranacionais, e a procedimentos disponíveis aos habitantes estabelecidos do país em que estão". Diferentemente dos imigrantes, "os refugiados, tal como outros seres humanos, podem considerar-se inocentes até que se prove o contrário" (BAUMAN, 2006, p. 120), o que não acontece com os simples imigrantes que, considerados irregulares e ilegais, acabam sendo confundidos com infratores e criminosos.

Como já referido, o migrante não pode ser confundido com o refugiado, pois embora ambos procurem se estabelecer em país estrangeiro, as suas motivações e sua qualificação jurídica são distintas. Malgesini e Giménez (2000, p. 137) afirmam que "la emigración es el acto de emigrar, es decir, de dejar el país natal para residir temporal o permanentemente en otro". Afirmam ainda que as razões que provocam a imigração são complexas "y tienen relación con el marco individual de decisiones, el proceso familiar/social y el contexto económico, social y político nacional". Os autores entendem que os elementos citados acima "están condicionados por la globalización de los procesos económicos y culturales".

Diante dessas definições, pode-se afirmar que as migrações podem acontecer por força de diásporas ou em busca por alternativas. É bem verdade que migrar não é uma prática fácil para o migrante. Flores (2015) denomina "tragédia pessoal" a situação daquele que se dispõe a aventurar-se em outro país a fim de buscar saídas econômicas para a pobreza, na medida em que deixa para trás sua família e toda uma vivência anterior. De outra sorte, estão expostos a "todas as sequelas da aculturação e de submissão a condições laborais e de vida indignas, que o próprio imigrante se impõe para não chocar com o "cidadão" do país acolhedor".

A lista de aspectos motivadores das migrações é extensa. Contudo, as razões que fazem as pessoas migrarem são infinitas e, fazem parte da história de cada migrante. Importa ao estudo as implicações das migrações para as pessoas que migram, especialmente no que diz respeito à consideração de seus direitos humanos.

Nas considerações de Ferreira (2011, p. 255) o migrante é, antes de mais nada, um ser humano. Ele justifica essa observação inicial que, em princípio pode parecer óbvia ou redundante, como sendo oportuna em razão da necessidade de o migrante passar a ser considerado sob a perspectiva dos direitos humanos "e não, como muitos costumam considerar, como um mero fator de produção", levando em conta apenas a lógica do capital e enxergando o mi-

nacionalidade. "Parece que o homem que nada mais é que um homem perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante" (ARENDT, 2013, p. 409).

grante como objeto do sistema econômico vigente. Essa consideração de simples fator de produção, que pode ou não interessar, de acordo com a economia nacional, produz exclusão e desrespeito aos migrantes.

O rechaço por parte dos países de destino acaba gerando uma série de problemas: além do tráfico de imigrantes e da prática da imigração seletiva, a dificuldade de adentrar nos países de destino é tanta que os imigrantes acabam utilizando meios “alternativos” para conseguir seu intento e vencer as fronteiras fechadas. Essas práticas lhes impõem uma série de prejuízos, pois passam a ser considerados irregulares por não terem passado pelas autoridades estatais responsáveis pela imigração e, dessa forma, são alvos fáceis de criminosos que os exploram, utilizando sua mão de obra por um valor muito menor do que os praticados com os nacionais, e sem a garantia de seguros e previdência assegurados aos autóctones, por não estarem “documentados”.

Diante dessa realidade, Lopes (2009, p. 238) questiona a previsão do art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que protege o direito de emigrar. Para a autora, há, nesse ponto, a formação de um paradoxo, pois, “apesar de haver um direito humano à emigração não existe um direito humano à imigração. Como pode existir o direito de sair de um país, sem o correspondente direito de entrar em outro país?”

Além da previsão da Declaração Universal, diversos documentos internacionais dispõem sobre a liberdade de locomoção, nos termos da Declaração, tais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (art. 8º), o Protocolo nº 4 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1963 (art. 2º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (art. 22) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e das Pessoas, de 1981 (art. 18).

Do exposto, infere-se que há ainda muitas medidas que podem e devem ser tomadas, sobretudo pelos Estados, para que os direitos dos migrantes sejam respeitados. Assim, tendo discorrido acerca da figura do migrante e das possíveis causas que o levam a migrar, o próximo passo será analisar como os Estados, amparados pela soberania nacional, conduzem suas políticas migratórias.

3. AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS E O PARADIGMA DA SOBERANIA NACIONAL COMO PRODUTOR DE CESURAS QUALITATIVAS ENTRE NACIONAIS E ESTRANGEIROS

Importa à presente pesquisa a situação dos migrantes que aportam em países estrangeiros e são repelidos pela soberania estatal — elemento limitador da efetivação dos seus direitos. Isso porque, atrelado a essas movimentações

humanas em busca de melhores condições de vida, está o desrespeito aos direitos humanos dos migrantes que, não raramente, são vistos pelos Estados estrangeiros como intrusos (parasitas sociais²) ou como verdadeiros “inimigos do Estado” (terroristas potenciais³). Isso acontece porque os países, nos moldes construídos a partir da criação do Estado-moderno, não estão preparados nem dispostos a aceitar e acolher o “cidadão do mundo”. Com efeito, a mobilidade humana extraterritorial causa estranheza à lógica do Estado-nação e da cidadania, podendo-se afirmar que essa movimentação extrafronteiras agride a noção de cidadania nacional.

A valorização da nacionalidade e do elo político do cidadão com o seu Estado cria uma espécie de lacuna política e social, representada pela ausência de proteção aos milhares de migrantes e refugiados que, por força de sua situação, encontram-se em um “limbo jurídico”, entregues a vontades soberanas que, na maioria das vezes, não estão dispostas a acolhê-los⁴.

² Efetivamente, o *Welfare State* — cujo desenvolvimento ocorreu fundamentalmente no século XX, em que pese suas bases remontarem à segunda metade do século XIX a partir da emergência na arena política e social das grandes massas de trabalhadores despossuídos — representou um compromisso diferenciado entre capitalismo, instituições políticas e força de trabalho, em consonância com a produção em massa e a grande indústria. Esse compromisso requereu da classe trabalhadora a aceitação da lógica do lucro e do mercado como eixos norteadores da alocação de recursos do sistema de trocas internacionais e das mudanças tecnológicas. Por outro lado, exigiu do capital a defesa de padrões mínimos de vida, tendo por requisitos o pleno emprego e a renda real, tudo isso com a mediação estatal. (WERMUTH, 2014, p. 98).

Spire (2015), explica a relação existente entre o desmantelamento do *Welfare State* e a responsabilização dos migrantes por isso: “Uma vez que as finanças públicas vão mal, é preciso resguardar o sistema de proteção social rastreando os fraudadores, mas também os estrangeiros. Esse raciocínio, martelado por diversos dirigentes políticos europeus, ganha cada vez mais legitimidade”. Ainda de acordo com o autor é simples e eficaz a retórica consistente em associar a manutenção da proteção social à rejeição aos estrangeiros. “Ela prospera no terreno das “reformas do Estado”, que, sob o pretexto da racionalização e da luta contra a fraude, criam ao mesmo tempo uma insegurança interna, sentida pelos assalariados fragilizados em suas condições de vida e de trabalho, e uma insegurança social generalizada, que se concretiza no enfraquecimento da proteção social.” Considerando a realidade europeia, Spire (2015) assevera que “por muito tempo, o objetivo de controlar a imigração ganhava sentido pela necessidade de proteger o mercado de trabalho nacional de uma concorrência estrangeira desleal. Agora, isso se conjuga a uma cruzada moral que busca caçar o “assistencialismo” e transformar o imigrante no coveiro do Estado de bem-estar social”.

³ O medo, compreendido como sentimento de vulnerabilidade, converteu-se em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos. Criaram-se “inimigos” com o objetivo único de eliminar toda resistência às estratégias das posições dominantes. Com efeito, antes de terem efetivamente inaugurado uma “nova era” da política internacional, os eventos de 11 de setembro de 2001 apenas trouxeram à tona processos que já se alastravam há longa data no cenário político. Muitas das medidas securitárias adotadas após os atentados foram gestadas muito antes de eles acontecerem. O que faltava para elas emergirem era apenas um bom pretexto. E a “guerra ao terrorismo” constituiu uma justificativa perfeita. (WERMUTH, 2014, p. 31)

⁴ Considerando a postura das autoridades dos países de destino dos migrantes contemporâneos, que impõem aos estrangeiros uma situação de abandono, convém lembrar da noção do *homo*

Nesse sentido, convém salientar que a concepção contemporânea dos direitos humanos — que vigora a partir da Declaração Universal de 1948, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena⁵, de 1993 — é fruto da internacionalização dos direitos humanos. Este fenômeno é bastante recente na história e remonta ao segundo Pós-Guerra, representando uma espécie de resposta às atrocidades cometidas durante o regime nazista.

A necessidade da internacionalização dos direitos humanos se deu, sobretudo, em razão da experiência da era Hitler, na qual o grande violador dos direitos humanos foi o próprio Estado⁶. Diante dos horrores do holocausto tornou-se necessária a reconstrução dos direitos humanos. Isto é, frente às atrocidades vivenciadas sob a égide da soberania estatal e da legalidade, com a total desconsideração humanitária de milhares de seres humanos, tornou-se imprescindível o fortalecimento dos direitos humanos, bem como a sua mudança de *status*: ao invés de algo a ser reconhecido e positivado apenas no âmbito dos ordenamentos jurídicos estatais, os direitos humanos deveriam adquirir um valor supranacional, com a consequente positivação internacional.

A reconstrução dos direitos humanos do pós-guerra preocupou-se, como já dito, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também com o conteúdo do Direito Constitucional dos Estados ocidentais, que deveria estar aberto a princípios e valores centrados na dignidade humana. Efetivamente, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos significou o surgimento do sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a Declaração de 1948 formou a base axiológica

sacer, abandonado pelo bando soberano. De acordo com Agamben (2014), a vida humana matável e insacrificável é a vida capturada no bando soberano. A partir de uma releitura da filosofia clássica, o autor resgata os termos *zoé* e *bíos*, que significam, respectivamente, o simples fato de viver — a mera existência enquanto vida nua e a vida qualificada — a vida do indivíduo ou do grupo. Essa dicotomia serve para ilustrar a relação de inclusão — dos nacionais — e de exclusão — dos imigrantes —, esses últimos relegados a condição de abandono nos países de destino.

⁵ De 14 a 25 de junho de 1993, realizou-se em Viena (Áustria) a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, que teve como resultados práticos a Declaração de Viena e o Programa de Ação, na verdade um só instrumento dividido em duas partes operativas: o primeiro reavaliou princípios básicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque à universalidade destes; enquanto que o último foi direcionado aos órgãos de supervisão dos direitos humanos, tendo como ponto principal a ratificação universal e sem reservas dos instrumentos internacionais de direitos humanos (HIDAKA, 2015).

⁶ Embora a experiência dos campos de concentração do regime Nazista permaneça na lembrança da humanidade, como um dos eventos mais aterrorizantes da história, é importante esclarecer que, segundo Agamben (2014, p. 45), “a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na consequente criação de um espaço para a vida nua como tal [...] nos encontramos virtualmente em presença de um campo todas as vezes em que for criada uma estrutura semelhante, independentemente da entidade dos crimes que são cometidos ali e qualquer que seja a sua denominação e topografia específica”. Para Agamben (2014, p. 47), “o campo, que agora se instalou firmemente em seu interior, é o novo *nomos* biopolítico do planeta”.

e os tratados internacionais que se seguiram a ela são os instrumentos normativos que, junto aos órgãos internacionais⁷, formaram o sistema internacional de proteção aos direitos humanos (TRINDADE, 2002).

O avanço da internacionalização da proteção aos direitos humanos após a segunda guerra é inegável e constitui uma vitória da humanidade; todavia, cumpre esclarecer que mesmo diante da globalização em que vive o mundo contemporâneo, na qual as divisas territoriais não existem para a prática mercantilista, quando se trata de respeito aos instrumentos normativos do sistema internacional dos direitos humanos, as fronteiras estatais são fortemente delimitadas, sob o lastro na soberania estatal.

A intransigência do direito estatal soberano acabou criando barreiras, físicas e jurídicas, ao acesso de estrangeiros, que desrespeitam os direitos humanos internacionalmente instituídos em favor de todos os seres humanos, independentemente de seu status jurídico ou político, simplesmente em razão de sua humanidade. Essas barreiras têm a finalidade de afastar e excluir o estrangeiro que não interessa ao país e, por isso, constituem empecilhos à satisfação dos direitos humanos, na medida em que restringem seu direito de ir e vir, sua liberdade de escolha, além de provocar violência direcionada àqueles que pretendem transpô-las.

Ferreira (2011) se refere a essas barreiras estatais como muralhas, delimitações espaciais e simbólicas, tendo o papel principal de separar: elas separam as sociedades, elas inauguram, ou escancaram, de maneira inevitável, a separação entre os “de dentro” e os “de fora”, entre “os nacionais” e “os estrangeiros”. Para o autor, a construção de muralhas é uma prática muito antiga e, ao mesmo tempo, atual, que “reflete a exclusão da possibilidade da livre circulação; reflete, portanto, a exclusão da migração livre e desimpedida, a exclusão da liberdade internacional do ir e vir” (FERREIRA, 2011, p. 254).

As barreiras construídas pelos Estados são feitas de pedras, tijolos, aço, ferro, cimento, arame farrapado, mas também são feitas de uma política migratória baseada em uma legislação repressora e criminalizante, que delega o trato da imigração à polícia e é legitimada pela população local em razão do discurso amedrontador sobre os possíveis perigos que os imigrantes representam para a população autóctone. Discurso que é referendado, exagerado e difundido pelos meios de comunicação de uma forma geral.

⁷ O Sistema Internacional de Direitos Humanos é composto por órgãos responsáveis pela corporificação do sistema. Entre os órgãos está a ONU, principal parâmetro em termos de proteção aos direitos humanos, possuindo abrangência mundial e, ao lado dela, há os Sistemas Regionais de Direitos Humanos da Europa, da América e, mesmo que ainda incipientes, os Sistemas Africano e Asiático (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Para justificar sua política migratória desumana, os Estados soberanos se valem do medo que incitam na população autóctone com o grande auxílio da mídia, que reverbera notícias ligadas ao terrorismo internacional e liga o imigrante à criminalidade, estigmatizando-o, criando uma figura amedrontadora⁸, capaz de gerar pânico na população local. Aliado ao medo do terrorismo e da criminalidade, também é vinculada ao imigrante a possibilidade da tomada das vagas de emprego dos nacionais, outro fator manuseado pelos governos estatais e reforçado pela mídia.

Não bastasse o discurso do medo, que liga a criminalidade, o terrorismo e a possibilidade da tomada dos empregos dos nacionais aos estrangeiros, outro discurso que vem sendo repetido pelas autoridades europeias é aquele que cria um elo entre a diminuição de políticas do Estado Providência e a presença dos imigrantes. Spire (2015), aborda o tema de forma bastante esclarecedora. De acordo com o autor, a retórica da responsabilização dos estrangeiros pelo fim do *Welfare State* é eficaz e consiste em “associar a manutenção da proteção social à rejeição aos estrangeiros”.

Assim, completa-se a estigmatização da figura do imigrante: além de possível terrorista, traficante ou criminoso, ele é também “ladrão” de empregos, um parasita social que, diante do enfraquecimento do *Welfare State*, encontra-se no país para prejudicar o nacional, ao invés de contribuir para o crescimento da comunidade receptora.

Tais práticas por parte dos governos soberanos refletem a biopolítica envolvida nas questões migratórias. Afinal, as fronteiras estão abertas para o mercado mundial e para determinadas pessoas, sobretudo aquelas que trarão algum benefício de ordem econômica para o país. Todavia, essas mesmas fronteiras se fecham quando as pessoas que pretendem atravessá-las não fazem parte do seletivo grupo de escolhidos pelos governantes para usufruir do livre acesso territorial.

De acordo com Agamben (2014) o soberano é quem tem poder sobre a vida e sobre a morte. E é justamente esse poder político soberano que é capaz

⁸ Sob a manchete “HUNGRIA: PRIMEIRO-MINISTRO CONSIDERA QUE IMIGRAÇÃO AUMENTA O RISCO DE TERRORISMO”, o jornal Euronews, no dia 25.07.2015, noticiou declaração do primeiro ministro húngaro, Viktor Orban, sobre a ligação entre o aumento da imigração, na Europa, e o aumento do risco de terrorismo. “O governo de Budapeste está a construir um muro na fronteira entre a Hungria e a Sérvia, para conter o fluxo de imigrantes provenientes dos Balcãs. Para Orban é necessário lidar com o problema de modo a manter a Europa em segurança. “Há uma clara ligação entre a imigração clandestina, que vem para a Europa e a propagação do terrorismo. O interessante é que isso é evidente nos países anglo-saxónicos, mas os outros negam-no. Há pouco tempo, um oficial norte-americano disse, na Hungria, que a relação entre esses dois fatores é óbvia. É óbvio que nós não podemos, simplesmente, filtrar os terroristas hostis desta enorme multidão”, afirma o primeiro-ministro. Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2015/07/25/hungria-primeiro-ministro-considera-que-imigracao-aumenta-o-risco-de-terrorismo/>>. Acesso em: 29 nov. 2015. Matérias como essa têm, claramente, o efeito de criar na população autóctone medo e de fomentar o sentimento xenófobo.

de infligir a vida nua a determinadas pessoas. “Existe uma figura-limite da vida, um limiar em que ela está, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, e este limiar é o lugar da soberania”. Para Agamben (2014, p. 34) a vida humana na esfera política pode ser incluída ou excluída — incluída pelo direito ou excluída pela exceção, em razão da vontade soberana. “A decisão soberana traça e de tanto em tanto renova este limiar de indiferença entre o externo e o interno, exclusão e inclusão, *nómos* e *physis*, em que a vida é originalmente excepcionada no direito”.

Considerando a elaboração agambeniana, é possível vislumbrar a capacidade que os Estados, amparados pela soberania e usando como instrumento o direito estatal, são capazes de “suspender” o direito de determinadas pessoas e alçá-las à vida nua. E é exatamente isso que os Estados soberanos vêm fazendo com milhares de imigrantes atualmente, especialmente os Estados ricos do Ocidente, que elaboram suas legislações com o fim de repelir os estrangeiros, desconsiderando toda construção de garantia de direitos humanos ao longo da história.

A preocupação daqueles que se importam com os direitos e com a dignidade dos imigrantes aparece em razão de a maioria dos países considerados desenvolvidos adotarem uma política excessivamente repressiva e conservadora em relação à imigração. Essa repressão se apresenta principalmente sob a forma de endurecimento da legislação desses países, que buscam, por meio de um arcabouço jurídico, a legitimação de suas ações excludentes — muitas vezes com recurso até mesmo a medidas de caráter punitivo.⁹

As legislações que possibilitam a legitimação da política migratória autoritária e desumana são extremamente duras com quem chega de fora em busca de um lugar para viver. Além da tipificação da conduta da imigração

⁹ As políticas de imigração dos países centrais europeus assumem na contemporaneidade traços altamente repressivistas e excludentes, uma vez que assentadas em práticas que priorizam o controle das fronteiras no sentido de sua “impermeabilização”, bem como na perseguição e expulsão dos imigrantes que eventualmente conseguem transpô-las de forma irregular. Por outro lado, os cidadãos autóctones que eventualmente auxiliam os imigrantes no seu intento, também são punidos por meio dos chamados “delitos de solidariedade”. [...] As políticas migratórias, nesse sentido, cada vez mais assumem um caráter securitário, preventivo e repressivo. Uma análise dos delitos relacionados com a imigração irregular revela que o que provoca a resposta do ordenamento penal é a própria atividade migratória em si, ou seja, o momento da entrada do sujeito no território e, por outro lado, no que se refere à expulsão de cidadãos estrangeiros sem residência legal, incide-se no momento do fracasso do projeto de imigração mediado pelo próprio sistema jurídico-penal, configurando uma especial modalidade de saída. [...] Isso permite afirmar que se assiste, na realidade jurídico-penal europeia, à construção de um modelo de Direito Penal de autor, visto que em muitos casos a condição pessoal de “ser” imigrante ilegal vem sendo, por si só, convertida em delito, ou então considerada enquanto causa de justificação de medidas punitivas mais drásticas que priorizam a inoculação do indivíduo, propiciando assim uma atuação do direito punitivo em clara afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana (WERMUTH, 2015).

irregular, o que já constitui afronta aos direitos humanos, muitas das legislações repressoras possuem alto índice de discricionariedade no tratamento dos imigrantes, o que ocasiona inúmeras violações dos direitos e garantias promulgadas nos documentos internacionais e nacionais de defesa dos direitos humanos. Ou seja, os ordenamentos jurídicos nacionais, elaborados em razão da soberania estatal, são os principais legitimadores da política migratória excluente. É a lei (o direito) que sustenta a muralha construída pelos países para barrar a presença de imigrantes em seus territórios.

Considerando que a lei tem o poder de suspender o direito, limitando a sua área de atuação e criando um “fora” e um “dentro” de seus limites, a própria lei é a responsável por criar um “não-direito”, que é justamente o local no qual o direito não se aplica, se suspende. A partir desse pensamento essa suspensão do direito pelo próprio direito é o lugar que cabe aos imigrantes ilegais na contemporaneidade. Nesse sentido, Duarte (2010, p. 277) afirma que, para Agamben, a exceção é a “estrutura originária em que o direito se refere à vida e a inclui nele por meio de sua própria suspensão”.

Dessa forma, o direito assume relevância vital para legitimar o desrespeito aos direitos humanos dos imigrantes, pois é o próprio direito que exclui, ao criar a exceção. Bazzanella e Assman (2013, p. 183), analisando a teoria agambeniana, afirmam que na civilização ocidental, principalmente na modernidade e na contemporaneidade, o direito é responsável por garantir “à política apropriar-se da vida efetuando fraturas que a lançam numa condição de indecidibilidade, permitindo ao poder soberano transformá-la em vida nua, destituída de todo e qualquer direito, submetê-la a experimentos e à condição da sacrificabilidade de acordo com os interesses”. Assim, a violência do poder soberano não está fundada sobre um pacto, mas sobre “a inclusão exclusiva da vida nua no Estado”.

A característica primordial das espécies legislativas mencionadas é a criação de uma diferenciação entre nacionais e não nacionais, impondo a determinação de que apenas os primeiros têm direitos dentro do Estado em questão, o que leva ao fortalecimento do nacionalismo e, em contrapartida, ao enfraquecimento da aceitação do multiculturalismo, do respeito e da valorização do outro. Nesse ponto, causa angústia e preocupação a lembrança do terror acontecido no Holocausto, que foi legitimado pela legislação nacional alemã que, em razão de sua soberania, tornou a defesa das milhões de vítimas algo difícil de ser evitado ou cessado pelas vias legais.

Diante dessa situação, tanto o migrante econômico — que busca em outro país melhores condições de vida material —, quanto o refugiado, representam um estorvo, um mal a ser contornado, e suas presenças provocam ressentimento por parte da população do país de destino e das suas instituições, deflagrando posturas xenofóbicas. Tais políticas migratórias são observadas principalmente nos países ricos, como Estados Unidos e países da União Europeia,

que usam o terrorismo e a crise econômica mundial para justificar a necessidade de manutenção da “segurança da população” e a “preservação das vidas e das vagas de emprego de seus nacionais”, a fim de excluir os migrantes.

Todavia, não apenas os países do norte desenvolvido, mas também outros, considerados economias emergentes, como é o caso do Brasil, adotam em suas legislações posturas contrárias aos direitos humanos em relação aos imigrantes. Esse é o caso do vetusto Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) em vigor, o qual possui dispositivos que podem classificar o migrante como “contrário à ordem pública” e aos “interesses nacionais”, conceitos vagos e que abrem possibilidade à discricionariedade dos órgãos e instituições responsáveis pela política migratória.

É verdade que a Constituição Federal, posterior ao Estatuto, tem como prioridade a proteção aos direitos humanos, inclusive dos estrangeiros. Contudo, a realidade dos migrantes que chegam ao Brasil não é de plena observância de seus direitos — o que se evidencia, recentemente, pela forma como tem sido conduzida a situação dos imigrantes haitianos, africanos e bolivianos que aportam ao país, os quais são alvo de uma “gestão policializada” por parte da Polícia Federal.

Recentemente, no entanto, à luz da égide constitucional e objetivando reger o tema da imigração sob um prisma mais humanitário¹⁰, revogando o

¹⁰ Este caráter humanitário transparece, principalmente, no art. 3º da novel legislação, que enumera os seguintes princípios e diretrizes da política migratória brasileira: a) universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; b) repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; c) não criminalização da migração; d) não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; e) promoção de entrada regular e de regularização documental; f) acolhida humanitária; g) desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; h) garantia do direito à reunião familiar; i) igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; j) inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; l) acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; m) promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; n) diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; o) fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; p) cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; q) integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; r) proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; s) observância ao disposto em tratado; t) proteção ao brasileiro no exterior; u) migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; v) promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e x) repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas. O texto integral da norma encontra-se

atual Estatuto, foi sancionada no Brasil, em 24 de maio de 2017, a nova Lei de Migrações (Lei nº 13.445/2017), com *vacatio legis* de 180 dias a contar da sua publicação. Nas palavras de Teixeira (2015, p. 12), “enquanto o Estatuto do Estrangeiro se norteava por um mero ideal de hospitalidade universal, sem apresentar qualquer facilitação para que o estrangeiro pudesse criar raízes no país”, a nova lei “tenta voltar as atenções para os direitos humanos do migrante e suas características individuais que o diferenciam e demandam proteção estatal”.

Importante lembrar que a prática da exclusão, endereçada à maioria dos imigrantes, excetuam-se nos casos em que ocorre a imigração seletiva, por meio da qual os Estados aceitam os “bons” imigrantes — aqueles que podem contribuir de alguma forma com o país, geralmente profissionalmente. Nesse sentido, explica Santos (2012, p. 346) que “os Estados quando aceitam a imigração, o fazem por meio da ‘imigração seletiva’, na qual apenas são aceitos os imigrantes qualificados profissionalmente”.

Na imigração seletiva, o Estado seleciona os poucos imigrantes que o interessam e a eles reputa um tratamento diferenciado do tratamento dispensado à maioria dos estrangeiros. Isso significa que a imigração é vista em determinadas circunstâncias — para além dos discursos xenofóbicos acima referidos — a partir de uma lógica utilitarista, que coloca o imigrante na condição de um objeto ou fator de produção dentro da lógica do capital e do trabalho. Com efeito, a permanência autorizada do imigrante está sempre sujeita ao trabalho, tanto que, de acordo com Sayad (1998), não existe imigrante se não existe trabalho. Essa afirmação denota a versão utilitarista da migração, que impõe a aceitação do imigrante apenas se existe uma função a ser por ele realizada. Nesse sentido é que o autor (1998, p. 55) afirma que “foi o trabalho que fez ‘nascer’ o imigrante, que o fez existir, e é ele, quando termina, que faz ‘morrer’ o imigrante, que decreta sua negação ou que o empurra para o não-ser.”

A diferenciação entre nacionais e estrangeiros resulta em uma estratificação da raça humana e gera exclusão. Além de desumana e contrária à construção histórica dos direitos humanos, a cesura causada pela legislação migratória estatal é totalmente contrária à pretensa globalização mundial, que efetivamente ocorre apenas no interesse das grandes corporações mercantis. De sorte que, diante do discurso global integrador, a realidade deve, cada vez mais, buscar a paridade com o discurso. Não é possível que apenas o que é de interesse do mercado seja globalizado, enquanto valores como a democracia e a liberdade estejam à disposição de apenas uma parte “privilegiada” do planeta.

disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/462557905/lei-13445-17>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Ocorre que, hodiernamente, a “biopolítica neoliberal não atua segundo o eixo dos exageros do poder soberano estatal, à maneira do nazismo e do stalinismo, mas segundo o eixo flexível das demandas e exigências do mercado econômico competitivo”. Na realidade, os instrumentos neoliberais de governança agem buscando resolver a seguinte questão: “de que maneira o mercado pode se tornar um instrumento de governamentalização da população, isto é, como o mercado pode atuar de maneira a regrar, normalizar e administrar a conduta da população padronizando-a?” (DUARTE, 2010, p. 261-262).

Está-se, nesse ponto, diante de uma relativização da soberania estatal frente às políticas de mercado, uma vez que, para o mercado e seus interesses, as fronteiras estatais não existem. Ou seja, há nesse ponto, um enfraquecimento da soberania estatal quando se trata de mercado, prevalecendo para os Estados a postura liberal do sistema capitalista. Em contrapartida, a relativização da soberania estatal é levada ao extremo oposto quando se trata de divisão de desenvolvimento e de acesso ao território e aos subsídios dos países ricos aos demais habitantes do planeta, que se mostram indesejados e, por essa razão, são repelidos pela lei soberana estatal.

Nesse sentido, a política escolhida no trato dos fenômenos migratórios é, claramente, a da repressão, realizada por meio do fechamento das fronteiras e da criminalização do migrante. Todavia, o fechamento das fronteiras é prática ineficaz, não existindo a possibilidade da “imigração zero”.

A exclusão do outro, do estrangeiro indesejado pelos Estados soberanos, possibilitada pela legislação nacional, em Estados democráticos e alicerçados, em regra, em constituições democráticas, que preveem direitos fundamentais do ser humano como base de seu sistema jurídico e político, pode parecer um contrassenso, mas é perfeitamente explicada por Agamben (2014), quando o filósofo afirma que o direito, ao mesmo tempo em que inclui, exclui, por meio da exceção. Para Agamben, “não se pode pensar o direito sem considerar a violência intrínseca que se explicita na constituição e manutenção da figura do poder soberano, aquela capaz de instaurar o estado de exceção” (DUARTE, 2010, p. 277).

Perante a realidade de exclusão das políticas migratórias contemporâneas, entra em xeque o papel dos direitos humanos na proteção aos migrantes. Acerca desse assunto tratar-se-á na sequência.

4. O PARADOXAL PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS: PROTEÇÃO OU EXCLUSÃO DO MIGRANTE?

Hannah Arendt reconhece que antes da sua proclamação no final do século XVIII os direitos do Homem não haviam sido tratados como uma questão política e, portanto, o feito constituiu um marco, mesmo que, em seus fundamentos, existissem “perplexidades difíceis de ignorar”. Essas perplexidades puderam ser percebidas especialmente depois da experiência dos campos de concentração do Regime Nazista.

Da mesma forma, foi Arendt quem elaborou a concepção de que a cidadania é o direito a ter direitos, “em vista da qual há uma interdependência fundamental entre o usufruto efetivo dos direitos humanos e o pertencimento dos homens a uma comunidade política e econômica que os reconheça, defenda e proteja”. Ao analisar os campos de concentração, Arendt percebe que “neles os seres humanos podem transformar-se em espécimes do animal humano, e que a ‘natureza’ do homem só é ‘humana’ na medida em que dá ao homem a possibilidade de se tornar algo eminentemente não natural (*unnatural*), isto é, um homem” (DUARTE, 2010, p. 325).

Como Agamben (2014) já alertou, a experiência do campo, enquanto espaço de privação de direitos e suspensão do ordenamento jurídico, por meio da exceção, não existe apenas enquanto fato histórico. Hoje, o campo continua atual e se manifesta utilizando os mesmos argumentos xenófobos que o justificaram no passado. De acordo com o filósofo, o campo representa, atualmente, o novo *nomos* biopolítico do planeta.

Diante dessa perspectiva, mostra-se pertinente trazer à baila a reflexão de Butler (2006, p. 84): “un tiempo histórico que pensábamos que había pasado vuelve para estructurar el campo contemporáneo con una persistencia que demuestra la falsedad de la historia como cronología”. No mesmo sentido é a afirmação de Pérez (2010, p. 47): “tal parece que las naciones democráticas occidentales de hoy no se diferencian mucho los Estados totalitarios más crueles, postura que no pocos han criticado al considerarla extremadamente radical y simplista”.

Trazendo novamente ao debate a questão dos refugiados, que hoje constituem uma grande parte da massa que ocupa os campos contemporâneos, Ruiz (2013, p. 15) argumenta que Arendt “compreendeu muito perspicazmente que a figura dos refugiados políticos apresenta de forma escancarada as contradições biopolíticas da vontade soberana subsistente no Estado moderno”. Isso porque o refugiado deveria representar por excelência a personificação do ser dos direitos humanos. Todavia, o que se verifica é que despojado de direitos políticos, a sua mera condição de ser humano “o torna vulnerável a qualquer violência, frágil a todos os abusos”. Isto é, desprotegido

pela ausência do direito de um Estado-nação que o reconheça como cidadão seu, ele está exposto como mera vida nua (RUIZ, 2013, p. 16).

Agamben (2015, p. 27), ao comentar a reflexão de Arendt acerca dos refugiados, sustenta que é necessário levar a sério a formulação que liga os destinos do direito do homem e o destino do estado nacional moderno, “de modo que o declínio deste implique necessariamente o devir obsoleto daqueles”. Segundo essa lógica, o refugiado, que “deveria ter encarnado por excelência os direitos do homem assinala, pelo contrário, a crise radical desse conceito”. Nesse rumo, “se o refugiado representa, no ordenamento do Estado-nação, um elemento tão inquietante, é antes de tudo porque, rompendo a identidade entre homem e cidadão, entre natividade e nacionalidade, põe em crise a ficção originária da soberania (AGAMBEN, 2015, p. 29).

Assim, de acordo com a teoria de Arendt, revisitada por Agamben, a figura do refugiado desprovido de direitos e garantias mostra que o suporte fundamental da cidadania permanece sendo a vida natural, o simples nascimento no território de um Estado-nação determinado, de modo que se perdem os direitos e garantias efetivos toda vez que alguém se encontrar banido do próprio território estatal ou se aventurar para fora dele sem estar de posse da documentação requerida (DUARTE, 2010).

Wermuth (2014, p. 14) explica o que significa o surgimento dos direitos humanos a partir da criação do Estado moderno, de acordo com os autores citados:

isso permitiu compreender uma nova perspectiva para a análise da questão afeta aos direitos humanos: na lógica desenvolvida pelos sobreditos autores, as declarações universais de direitos não podem ser compreendidas como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, mas sim em consonância com a função histórica que desempenham efetivamente na formação do moderno Estado-nação, qual seja, a passagem da soberania régia (de origem divina) à soberania nacional, tendo por função, portanto, assegurar a exceção da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do Antigo Regime. Por meio desse movimento, o nascimento do indivíduo, a sua vida “nua”, “natural”, torna-se pela primeira vez o portador imediato da soberania.

Essa dupla concepção dos direitos humanos, de acordo com Wermuth (2014, p. 14), “significa dizer que as declarações de direitos, ao mesmo tempo que podem ser compreendidas como instrumentos de garantia de direitos individuais e liberdades públicas, também podem ser vistas como instrumentos de ressignificação e investimento político da vida nua no corpo do Estado-nação”. O autor defende a dupla função das declarações, sendo que, de um lado,

elas possuem característica emancipatória, mas, de outro, “elas também integram o dispositivo de abandono da vida nua à violência dos mecanismos de poder” (WERMUTH, 2014, p. 14).

Sob essa ótica, Ferreira (2011, p. 262) defende “que os migrantes representam, de maneira ímpar, o paradigma contemporâneo dos Direitos Humanos versus a Soberania”. Para o autor, sua realidade obriga-nos a pensar “na ideia da livre movimentação das pessoas pelo globo e dissolução das categorias de “estrangeiro”, “do outro”, o “de fora”.

Não bastasse a exigência da cidadania como requisito para o gozo dos direitos humanos, outra circunstância bastante explorada pelos Estados é o terrorismo internacional. A partir de fatos marcantes, como os atentados ocorridos em 2001, em Nova Iorque, 2004, em Madri, em 2005, em Londres, e os recentes ataques terroristas ocorridos em Paris em 2015, os Estados puderam utilizar a grande força que o medo exerce sobre as pessoas para, cada vez mais, em nome da segurança, desrespeitar os direitos dos migrantes. Direitos historicamente consagrados são relativizados em nome da segurança, “medidas de que não se ouvia falar praticamente desde os tempos do habeas corpus foram introduzidas num país depois do outro para permitir o encarceramento “preventivo”, ao arbítrio da polícia secreta e sem julgamento” (BAUMAN, 2006, p. 27).

Esse tratamento é endereçado a todos os considerados “suspeitos” pelos órgãos de segurança nacionais e da própria comunidade europeia, sendo os imigrantes o alvo preferido dos aparatos de segurança montados pelos Estados em busca de potenciais terroristas. Tal fato pode ser exemplificado pela conduta das autoridades de segurança europeias no enfrentamento ao terrorismo.

Em decorrência dos atentados ocorridos recentemente em Paris, circulam notícias apontando o alastramento de políticas restritivas migratórias pela Europa, em decorrência da perspectiva crescente de novos ataques. Diversos países europeus anunciaram o reforço das medidas de segurança em aeroportos, portos e fronteiras. A Hungria, por exemplo, fechou suas fronteiras para impedir que os imigrantes que chegam pelos Balcãs passem por seu território¹¹.

A resposta que as autoridades europeias apresentam ao terror generalizado provocado pelos ataques é justamente o endurecimento ainda maior das

¹¹ Informações disponíveis em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/11/campanha-contra-imigrantes-endurece-apos-ataentados-em-paris-4904810.html>>. Acesso em: 29 nov. 2015; <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=4885359>. Acesso em: 29 nov. 2015; e <<http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/14/internacional/1447505110236146.html>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

restrições impostas aos estrangeiros, assumindo uma postura claramente preconceituosa ao relacionar o terrorismo aos imigrantes.

Essa tendência é explicada no contexto da sociedade de livre mercado por Bauman (2006, p. 35), quando afirma que “classificar as vítimas do enriquecimento como, acima de tudo, uma ameaça à segurança também permite que se rejeitem as irritantes exigências de controle democrático impostas, ou que ameaçam ser impostas, às atividades empresariais”, possibilitando uma distorção onde as opções políticas e, em última instância, eminentemente econômicas, são tratadas como necessidades militares. “Nesse aspecto, como em outros, os Estados Unidos assumem a liderança, embora os seus movimentos sejam observados de perto e avidamente seguidos por um grande número de governos europeus” (BAUMAN, 2006, p. 35).

O governo francês, respondendo aos ataques recentes ocorridos em Paris, tomou providências semelhantes às adotadas pelo então presidente dos EUA logo após os atentados de 11 de setembro de 2001. As medidas são autoritárias, destacando-se a declaração do estado de emergência em todo território nacional e o controle mais rígido nas fronteiras do país. A população recebeu instruções para permanecer em suas residências, enquanto autorizaram-se buscas de possíveis culpados em todos os lares e edifícios privados¹².

De acordo com Bauman (2006, p. 36), em um mundo inseguro, “a segurança é um valor que, se não na teoria, ao menos na prática, reduz e afasta todos os outros, incluindo aqueles proclamados como os que nos são mais caros”. Ou seja, se para que a população de determinado país se sinta segura, for necessário o afastamento de todos que vêm de fora, não interessa a essa população de que forma eles serão repelidos ou expulsos, desde que estejam longe.

Mas como pode uma democracia alicerçada no direito desrespeitar direitos fundamentais, que constituem a sua base política e jurídica? É justamente isso que vem acontecendo na maioria dos países de destino dos migrantes na atualidade. Agamben (2004) explica esse contrassenso ao lembrar que o direito, além da regra, sempre comporta a exceção.

Wermuth (2014, p. 34-35) explica a exceção como “uma espécie de exclusão singular, no que se refere à norma geral”, sendo que o que caracteriza a exceção “é justamente o fato de que aquilo que é excluído não permanece, em razão disso, fora de relação com a norma, mas mantém esse relacionamento sob a forma da suspensão, o que significa dizer que a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”. O autor segue o seu raciocínio afirmando que o estado de exceção “não representa o caos que precede a ordem, mas a

¹² Disponível em: <<http://br.sputniknews.com/mundo/20151117/2787702/franca-adota-medidas-similares-ato-patriotico-eua.html>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

situação que resulta da sua supressão” ou, em outras palavras, “não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela”.

Diante dessa colocação, pode-se entender a exceção como algo que está intimamente ligado à lei, podendo-se afirmar que não havendo a exceção também não haveria a lei, pois esta é dependente daquela para existir. Isso permite explicar a imensa quantidade de “estados de exceção” que vigoram hoje em todo o mundo sob o regime da legalidade.

Conforme o ensinamento de Agamben (2004), o estado de exceção é caracterizado por um “estado da lei” onde a norma está em vigor, todavia, não é aplicada, por não ter força. Em contrapartida, atos diferentes da lei e que, portanto, não têm a sua força, passam a adquirir “força” de lei — a exemplo das medidas recentemente implementadas na França.

Bazzanella e Assman (2013, p. 169) lembram a analítica das estruturas do poder soberano realizada por Agamben, a qual “demonstra que o que está em jogo, não é a simples captura da vida natural pela política, senão a institucionalização de uma vida nua. A vida nua é a resultante de um processo de inclusão e exclusão da vida natural na polis”. Diante dessa análise, a exclusão do imigrante encontra-se plenamente explicada pelo filósofo: o imigrante, ao ser excluído por meio da exceção legislativa soberana, exclui-se da vida qualificada e passa a ser apenas vida nua.

A exceção serve para dividir, para separar, para classificar a vida qualificada, que merece ser protegida, daquela não qualificada, capaz de oferecer perigo à primeira. Nessa esteira, Ruiz (2013, p. 17) argumenta que “quando uma pessoa ou grupo populacional se torna uma ameaça para a ordem, o Estado utiliza-se da exceção jurídica para separar os direitos da cidadania da mera vida nua. Esta separação possibilita expulsar para fora do direito a vida que se pretende controlar na forma de exceção”. De acordo com isso, pode-se explicar a situação do migrante, principalmente do “irregular”: considerado um perigo social, ele está excluído do ordenamento jurídico do país, separado da população nacional, e juridicamente e exposto à vida desqualificada mencionada.

Aqui podem ser elencadas uma série de situações que apontam o *status de homo sacer* — detentor da vida nua — imposto ao imigrante contemporaneamente: o abandono a que estão relegados nos centros de internação, nos quais os imigrantes são presos sem terem praticado efetivamente qualquer delito; as milhares de mortes ocorridas na tentativa de travessia do Mar Mediterrâneo; a violência policial a qual estão expostos; o tratamento discriminatório por parte da população autóctone, etc.

Duarte (2010) aponta a tendência criada a partir do século XIX, segundo a qual, cada vez mais o estado de exceção vem se tornando regra, seja pela multiplicação das ocasiões em que ele foi instituído, seja pela sua duração. Não bastassem os 12 longos anos do estado de exceção nazista, contemporaneamente há o “Patriot Act”, declarado por Bush logo após o atentado de 11 de setembro de 2001 e transformado em lei em outubro do mesmo ano, com prazo de vigência até 2005, renovado em 2006, e em plena validade até hoje.

Agamben (2015, p. 16), ao citar diagnóstico elaborado há 50 anos por Walter Benjamin, o qual apontava que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção no qual vivemos é a regra”, chama a atenção para a atualidade da afirmação.

Duarte (2010) sustenta que a existência “reiterada do campo de concentração em nossos dias é a prova cabal do descolamento contemporâneo entre nascimento-direito-cidadania, motivo pelo qual se multiplicam as instâncias da vida nua no interior dos Estados-nação”, pois é ali que se violam os vínculos entre nascimento, direito e território, e sempre surgirão figuras variadas do campo como lugar privilegiado para recolher os supostos infratores. “O mais das vezes, tais infratores não terão feito nada de criminoso, apenas terão violado o laço que une cidadania, território e nacionalidade ou nascimento” (DUARTE, 2010, p. 299).

Efetivamente, a exceção é o mecanismo que possibilita a suspensão da ordem estabelecida democrática e regularmente, desautorizando, inclusive, a proteção jurídica de determinadas pessoas (aqueles escolhidas pelo Estado). Em princípio ela será admitida sempre que seja necessário e em regime de urgência, como no caso do *Patriot Act*, que foi lançado logo após o 11 de setembro de 2001. Também é característica do estado de exceção a temporariedade, já que ele tem por fim fazer frente a determinada situação até que a ordem seja restabelecida. Todavia, cada vez mais o estado de exceção vem se estendendo no tempo, e a sua característica da temporariedade vem sendo esquecida ou deixada de lado.

Agamben (2015, p. 43), em razão da continuidade temporal do estado de exceção, explica a ocorrência do campo como “o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, adquire uma ordem espacial permanente que, como tal, fica, porém, constantemente fora do ordenamento normal”. Segundo o autor, “nos campos emerge em plena luz o princípio que rege o domínio totalitário e que o senso comum recusa-se obstinadamente a admitir, ou seja, o princípio segundo o qual “tudo é possível”, porque os campos representam, no sentido que vimos, um espaço de exceção, no qual a lei é integralmente suspendida”, neles sendo tudo permitido.

Dessa forma, o estado de exceção, que suspende temporariamente o ordenamento, torna-se agora uma nova e estável ordem espacial, onde se encontra aquela vida nua que, em medida crescente, não pode mais ser inscrita no ordenamento. “O descolamento crescente entre o nascimento (a nua vida) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo e o que chamamos de ‘campo’ é esse resto” (AGAMBEN, 2015, p. 46).

O campo é, pois, um fragmento de território colocado fora do ordenamento jurídico normal, mesmo não se tratando de um espaço externo. “O que nele é excluído, segundo o significado etimológico do termo exceção (*ex-capere*), é capturado fora, incluído através de sua própria exclusão”. Dessa forma, o campo é a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável (AGAMBEN, 2015, p. 43).

Verdadeiros campos pós-modernos, os CEIs (Centros de Internação de Imigrantes) reprimiriam os horrores dos campos de concentração nazistas. Situados principalmente na Espanha — existem atualmente oito CIEs na Espanha e o governo espanhol anunciou a vontade de ampliar esse número — e na Itália — existem treze —, eles são definidos como estabelecimentos públicos de “caráter não penitenciário”, nos quais pessoas podem ser retidas de forma cautelar e preventiva, “basicamente estrangeiros submetidos a expediente de expulsão do território nacional, seja por condição documental irregular, seja por alguma condenação ou delito detectado, ou pela aplicação da opção de expulsão por motivos a serem verificados”. O que se observa é que a maioria dos internos estão ali em razão de irregularidades administrativas, isto é, o imigrante não cometeu nenhum delito que possa explicar sua privação de liberdade e, mesmo assim, encontra-se detido. Várias denúncias e críticas acerca das restrições indevidas dos direitos existem, tais como: “ausência efetiva de controle judicial, condições de saúde e higiene preocupantes, dificuldades para acesso a tradutor, assistência social e psicológica inefficientes, e dificuldades no acesso a advogados”. Além disso, há ainda denúncias de maus tratos e até de mortes ocorridas no interior dos Campos de Internação de Refugiados¹³.

Para Agamben (2015, p. 46), o campo é o novo regulador recôndito da inscrição da vida no ordenamento, é o sinal da impossibilidade de o sistema funcionar sem se transformar numa máquina letal. Quanto a isso, torna-se significativo o fato de que “os campos surjam juntamente com as novas leis sobre a cidadania e sobre a desnacionalização dos cidadãos”. Nesse sentido Ruiz (2013, p. 15) assevera que “os campos de concentração, longe de ser uma irracionalidade pontual do nazismo, representam um paradigma da política moderna”.

¹³ Informações disponíveis em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/A-vergonha-do-Mediterraneo/6/33349>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

Assim, estando os imigrantes (sobretudo os clandestinos) sob a égide do estado de exceção, relegados aos campos criados por ele, é certo que a proteção universal dos direitos humanos não consegue ultrapassar esse obstáculo que acaba por inviabilizar a sua concretização. É certo que a ideologia dos direitos humanos é forjada a partir de conquistas históricas, mas é imperativo que o caráter supraestatal dos direitos humanos prevaleça, uma vez que é de sua essência a universalidade, independentemente de qualquer condição, inclusive a cidadania.

Do que foi exposto até o momento, percebe-se que a cidadania representa um *status* gerador de exclusão, uma construção moderna que discrimina e fomenta a desigualdade e que, por isso, contradiz a formulação que defende a universalidade dos direitos humanos, tornando-os ineficazes na proteção da dignidade dos migrantes. Isto é, a partir da noção da política do Estado soberano que atribui a cidadania aos seus nacionais, excluindo os demais de sua proteção estatal, infere-se que hoje os direitos humanos não cumprem seu papel de proteção quando se trata dos migrantes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade, condição inerente ao ser humano, deveria conferir a todos a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis. Infelizmente, forçoso é reconhecer que a simples positivação ou previsão desses direitos não são suficientes para evitar a negação do valor do ser humano como sujeito de direitos.

A partir do legado deixado pelas revoluções modernas, os direitos humanos foram declarados inalienáveis porque independentes dos governos, de fatores temporais e locais, e expressavam de forma legal os direitos eternos do homem. Mas, ao confundir homem e cidadão, o novo regime acabou por enfraquecer os direitos humanos na medida em que efetivamente os reservou aos nacionais dos Estados, e aqueles direitos primeiramente pensados para servirem ao homem passaram a privilegiar apenas o cidadão.

Essa condição de nascimento dos direitos humanos, a qual persiste até os dias atuais, acaba por formar uma grande lacuna entre a sua existência positiva e a sua existência real, entre a sua declaração e a sua efetividade. O que fazer para preencher essa lacuna é o grande desafio dos ativistas dos direitos humanos. Certo é que muito já se avançou na defesa desses direitos desde a sua origem, principalmente no que diz respeito à positivação por meio de declarações e documentos nacionais e internacionais. Todavia, é justamente na aplicação e reconhecimento que está a sua carência, é a falta de efetividade que assombra os direitos humanos.

O desrespeito aos direitos do não cidadão, diante da dicotomia criada pelos movimentos originários dos direitos humanos e que continua sendo fomentada pelos sistemas nacionais de direitos, evidencia que ainda há muito a caminhar até que a prevalência dos direitos humanos triunfe e que a sua titularidade seja atrelada apenas à condição humana.

O que se verifica na realidade contemporânea é que a política migratória da maioria dos países que servem de destino aos refugiados e migrantes vai de encontro à luta pelo reconhecimento e valorização dos direitos humanos. O fortalecimento das fronteiras pelos países, seja sob o argumento de preservação das vagas de trabalho e escassos benefícios sociais dos nacionais, seja em razão da implantação do discurso do medo que coloca o outro — o imigrante — como potencial terrorista, está cada dia mais presente no cenário mundial.

O que se observa é a desconsideração dos migrantes enquanto pessoas capazes e aptas a viverem no lugar que escolheram, ou pior, muitos os consideram não merecedores de conviver na comunidade às quais eles aportam. A população dos países que recebem migrantes, na maioria dos casos, considera os inconvenientes, intrusos, parasitas sociais. O sentimento de repulsa e exclusão por parte das populações que recebem os migrantes é corroborado pelos governos dos Estados que estabelecem políticas migratórias apoiadas em legislações repressivas, de natureza precipuamente penal, e que desconsideram os direitos humanos mais fundamentais dos migrantes.

Essas legislações excluem os estrangeiros que não são bem vindos, por meio de dispositivos segregacionistas, utilitaristas e preconceituosos. São legislações que privilegiam os direitos dos nacionais em detrimento dos estrangeiros, criando duas categorias de pessoas, nas quais uma categoria é incluída e a outra é excluída.

Nesse sentido delineia-se a natureza biopolítica do tratamento dispensado à migração. Os Estados soberanos, ao criar duas legislações distintas para “grupos” de pessoas distintas, acaba criando uma separação de vidas que merecem ser protegidas por seu arcabouço jurídico e outras vidas que não estão aptas a essa proteção. Claramente uma cisão entre *zoé* e *bios*, onde o nacional vive a *bios*, a vida que merece ser protegida, e o imigrante, especialmente o que se encontra em situação irregular, está destinado a viver a *zoé*, a vida que não merece proteção.

Por tudo o que foi exposto, na perspectiva dos direitos dos migrantes, o quadro atual da política migratória é desalentador, pois denota uma realidade na qual estão expostos ao preconceito da população e ao abandono do Estado.

Mesmo frente a esse quadro, o migrante merece ser considerado como uma importante força de resistência à biopolítica excludente das nações soberanas. Ao sair de seu lugar de origem e se propor a fixar residência em outro

local, o migrante está praticando um ato revolucionário, pois está rompendo a lógica vigente do Estado-soberano e do nacional-cidadão. Ao migrar, ou ao tentar migrar, ele provoca, necessariamente, o questionamento da comunidade mundial acerca de sua própria humanidade.

Nesse sentido, espera-se que, no caso brasileiro, a Lei nº 13.445/2017 efetivamente represente uma ruptura paradigmática no tratamento da imigração. Isso porque, como salientado, a nova Lei de Migrações abandona a perspectiva da segurança nacional do antigo “Estatuto do Estrangeiro”, criando garantias para o tratamento igualitário dos migrantes que entram no Brasil. Por outro lado, o artigo 3º da nova Lei afirma como princípios da política migratória brasileira, dentre outros, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, enfatizando a acolhida humanitária e repudiando a xenofobia, bem como vedando a criminalização da imigração. Acredita-se, portanto, que a nova legislação possa representar uma alternativa às perspectivas xenofóbicas e discriminatórias que pautam o tratamento legal da imigração na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Iraci D. Poleti. (Trad.) São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- _____. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2014.
- _____. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- _____. **Europa**: uma aventura inacabada. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- BAZZANELLA, Sandro Luiz; ASSMAN, Selvino José. **A Vida como Potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013.
- BUTLER, Judith. **Vida Precária**: El poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006.
- CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DUARTE, André. **Vidas em Risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

EDWARDS, Adrian. **Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto.** 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. **O imigrante como um subversivo prático-político, possibilidade de um “novo mundo” — o projeto universal-cosmopolita dos Direitos Humanos em contraposição à Soberania territorial. Emancipação.** Ponta Grossa, v. 11, n. 2, p. 253-266, 2011.

FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/134392635/FLORES-Herrera-Direitos-Humanos-interculturalidade-e-racionalidade-da-existencia#scribd>>. Acesso em: 10 out. 2015.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. In. LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais:** acesso aos Sistemas global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/181730/Texto4.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2015.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Fatal Journeys. Identification and tracing of dead and missing migrants.** v. 2.2016. Disponível em: <<https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-2-identification-and-tracing-dead-and-missing-migrants>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração:** o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

MALGESINI, Graciela; Giménez, Carlos. **Guía de Conceptos sobre Migraciones, Racismo e Interculturalidad.** Madrid: Catarata, 2000.

PÉREZ, María Luisa Bacarlett. Giorgio Agamben: del biopoder a la comunidad que viene. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades.** Ano 12, n. 24, p. 28-52, 2010.

RUIZ, Castor Bartolomé. O campo como paradigma biopolítico moderno. **Cadernos IHU em formação:** Agamben. São Leopoldo, RS: Unisinos, Ano IX, nº 45, 2013.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A repressão das diásporas em tempos globais e os direitos humanos dos migrantes. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). **Cidadania, direitos humanos e equidade.** Ijuí: UNIJUÍ, 2012.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade.** São Paulo: Edusp, 1998.

SPIRE, Alexis. **Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1550>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Entre hospitalidade, inclusão e reconhecimento: quais os fundamentos filosóficos para um Direito dos migrantes? In: KOCHE, Rafael; MORAIS, José Luís Bolzan de; TUCCI, Rafaella. **Direito dos Migrantes**. São Leopoldo: UNISINOS, 2015, p. 11-24.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A Produção da Vida Nua no Patamar de (In)distinção entre Direito e Violência**: a gramática dos imigrantes como “sujeitos de risco” e a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem. São Leopoldo, RS, UNISINOS, 2014.272 p. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu — Doutorado, Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

_____. **Sobre Descasos e Excessos: Direito Penal e Imigração na União Europeia**. 31 ago. 2015. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/sobre-descasos-e-excessos-direito-penal-e-imigracao-na-uniao-europeia/>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

* Recebido em 23 mar. 2016.



O SISTEMA TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO SOB A PERSPECTIVA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE CRÍTICA

*Marcos Aurélio Pereira Valadão**

Resumo

O estudo verifica a estrutura do sistema tributário internacional contemporâneo (STIC) em sua conformação atual a partir da perspectiva dos países em desenvolvimento. Foi estudado o histórico do STIC e considerados os seus principais atores e identificadas as principais questões do STIC. Esses aspectos foram analisados de maneira a se ter um claro entendimento de sua relevância. Na sequência, e partir da perspectiva histórica, verifica-se os principais instrumentos de atuação da comunidade internacional no sentido de remodelar o STIC, com problemas como evasão fiscal, paraísos fiscais, etc. O paper também considera este cenário em face das principais necessidades dos países em desenvolvimento, como o desenvolvimento inclusivo. Cuida-se, então de estudar o enlace dos sistemas tributários dos países em desenvolvimento com o STIC e suas consequências, destacando os aspectos positivos e os negativos principais aspectos críticos, decorrentes desta interação. Por fim, com base nos estudos colocados anteriormente e nas premissas que daí decorrem apresenta-se um rol de considerações e sugestões de medias a serem adotadas, voltadas para os principais aspectos do STIC anteriormente verificados, de forma a dar um contorno prático à pesquisa.

Palavras-chave

Países em desenvolvimento. Sistema tributário internacional contemporâneo. Evasão fiscal. Elaião fiscal. Paraísos fiscais.

THE CONTEMPORARY INTERNATIONAL TAX SYSTEM UNDER THE PERSPECTIVE OF DEVELOPING COUNTRIES: CRITICAL ANALYSIS

Abstract

The study verifies the structure of the current international tax system (STIC) in its current stage, from the perspective of developing countries. The paper addresses the history of the STIC and considers its main actors, also identifying the main issues of the STIC. These aspects were analyzed in order to have a clear understanding of their relevance. Departing from the historical perspective, the paper verifies the main instruments of action of the international community in the sense of remodeling the STIC, dealing with problems such as tax evasion, tax havens, etc., . The paper also considers this scenario regarding the main necessities of developing countries,

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

such as inclusive development. Then, the link of tax systems in developing countries with STIC and its consequences are also studied, highlighting the positive aspects and the main negative aspects of this interaction. Finally, based upon the previously mentioned studies and on the assumptions that followed, in order to give a practical use to the research, the paper presents a list of considerations and suggestions of measures to be adopted by developing countries, with the focus on the main aspects of the STIC previously verified, aiming at practical results for the research.

Keywords

Developing countries. Current international tax system. Tax evasion. Tax avoidance. Tax havens.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo verificar a estrutura do sistema tributário internacional contemporâneo (STIC) em sua conformação atual, a partir da perspectiva dos países em desenvolvimento. Na pesquisa foram utilizadas referências bibliográficas que tratam do assunto, dados estatísticos de organizações internacionais e documentos disponíveis em importantes repositórios na internet. Para construir o entendimento de maneira que possa servir de suporte para uma análise crítica, primeiramente foi verificado o histórico do STIC, e considerado os seus principais atores (*big players*). Em seguida foram identificadas as principais questões do STIC sob a ótica dos países em desenvolvimento, quais sejam: a) concorrência tributária internacional prejudicial; b) paraísos fiscais; c) preços de transferência; d) normas sobre companhias controladas no exterior (CFC); e) uso abusivo de tratados internacionais de dupla tributação; f) subcapitalização distorcida (*thin capitalization*); g) transações via internet (economia digital); e h) ganhos de capital em transferência indireta de participação. Esses aspectos foram analisados de maneira a se dar um claro entendimento de sua relevância. Na sequência, e partir da perspectiva histórica, verifica-se os principais instrumentos de atuação da comunidade internacional no sentido de remodelar (*reshape*) o atual o STIC, especificamente a OCDE, o Projeto BEPS, o G-20, a ONU e outras organizações, intergovernamentais e privadas.

Feitas essas considerações, e adotando-se a ótica dos países em desenvolvimento são analisadas suas necessidades e como os seus sistemas tributários, inseridos no contorno do STIC, podem atuar de forma a estimular seu desenvolvimento, colocando-se também a questão da competição tributária internacional. Após, verifica-se o enlace dos sistemas tributários dos países em desenvolvimento com o STIC e suas consequências, destacando os aspectos positivos e os negativos dessa interação, e também seus principais aspectos críticos, especialmente o fato de que a ideologia normativa que permeia a formação do *mainstream* do STIC é dada preponderantemente pelos países desenvolvidos, com participação menos efetiva dos países em desenvolvimento, em virtude de diversos fatores.

Por fim, com base nos estudos colocados anteriormente e nas premissas que daí decorrem apresenta-se um rol de considerações e sugestões voltadas para os principais aspectos do STIC anteriormente verificados.

Embora não haja espaço para o aprofundamento de cada tópico, conforme indicado, as indicações básicas ficam estabelecidas, devendo-se buscar o detalhamento e estudos individualizados para cada situação apresentada. Espera-se que o estudo contribua para uma visão, a partir ótica dos países em desenvolvimento, em um ambiente povoado por visões decorrentes dos países desenvolvidos, e que possa servir, do ponto de vista prático, para o para aperfeiçoamento dos sistemas tributários dos países em desenvolvimento face do estado atual do STIC.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL ATUAL

Todos os países têm seus próprios sistemas tributários, como se pode constatar, em consequência da evolução para o moderno estado fiscal, com diversas responsabilidades. Salvo poucas exceções os sistemas tributários são baseados nas três fontes clássicas, isto é, nas três bases tradicionais de incidência tributária: patrimônio, renda e consumo (tributado, em geral, como circulação), sendo que historicamente o sistema evoluiu da tributação de patrimônio e consumo (com forte concentração nos tributos aduaneiros) para consumo (interno) e renda (incluindo a extraterritorial).

Nota-se que a partir do início do século XX as economias, considerando cada país individualmente, passaram a se tornar cada vez mais inter-relacionadas, de início por meio de comércio, depois por meio de relações econômico-financeiras num crescendo que atravessou duas guerras de alcance global e que se acirrou pós a segunda, atingindo seu ápice evolutivo nas décadas de 1980 e 1990 (quando o chamado fenômeno da globalização mostrou seu impacto na modernidade e despertou interesse de todos)¹, mas que segue em contínua e acelerada evolução.² Este aspecto implicou o surgimento do que se

¹ Não é objeto de análise deste artigo essas causas e suas interações, mas cumpre destacar que o barateamento do custo de transporte e a facilidade e baixo custo das redes de comunicação foram determinantes neste processo. Ver, por exemplo, BARRIOS, Salvador; HUIZINGA, Harry; LAEVEN, Luc; NICODÈME, Gaëtan. International Taxation and Multinational Firm Location decisions. *Taxation Papers*/European Commission. Luxembourg: EC, 2009, p. 2. TURLEY, Conrad; PETRICCIONE, Mario; CHAMBERLAIN, David. *A New Dawn for the International Tax System: Evolution from past to future and what role will China play?* Editor (s): Yuesheng Jiang, Khoonming Ho. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 3-88.

² A globalização afeta diretamente os sistemas tributários. Este aspecto tem sido objeto de preocupação, e.g., OWENS, Jeffrey. Globalisation: The Implications for Tax Policies. *The Journal of Applied Public Economics*. p. 21-44, v. 114 n. 3, aug/1993; AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 7, p. 1573-1676, 2000; TANZI, Vito. Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites. IMF Working Paper 00/181. Washington: IMF, 2000. Disponível em: <<https://>

pode denominar sistema tributário internacional (STI), que no seu momento atual, considerando a evolução das últimas décadas, neste trabalho é denominado de STIC (sistema tributário internacional contemporâneo, adotando-se a sigla por praticidade).

Nesta parte do artigo far-se-á uma análise da evolução do surgimento do STIC e seus atores principais, para então analisar seus aspectos mais relevantes e perspectivas futuras.

2.1. Perspectiva Histórica e Contextualização

A evolução econômica do concerto dos países, especialmente a partir do final do séc. XIX, fez nascer um tecido de estruturas tributárias que estão cada vez mais interconectadas. O desenvolvimento do comércio internacional e das trocas econômicas, que tem subjacentes sistemas tributários dos diversos países, tem também direcionado a uma interconectividade dos sistemas tributários.³ O sistema evoluiu passando por duas guerras mundiais, sobrevindo a ONU, e as instituições de Bretton Woods (1947), o FMI, o Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD)⁴ e o GATT, que depois se tornou a OMC, e OCDE, no âmbito dos países europeus, que em 1961 se tornou OCDE (mais adiante se expandiu especialmente para outras economias desenvolvidas), e essas instituições foram assumindo papéis importantes ao longo do desenvolvimento do sistema econômico mundial, com reflexos nos sistemas tributários dos diversos países (observe-se se que mesmo os tratados comerciais geram efeitos tributários internos). A OCDE desenvolveu uma pesada estrutura de coordenação tributária (*Centre for Tax Policy and Administration - CPTA*) e um modelo de tratado de dupla tributação (ainda que calcado no modelo derivado de estudos dos tempos da Liga das Nações, que

www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00181.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Globalization Effects on The Brazilian Tax System. In: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; BORGES, Antônio de Moura. (Orgs.). Brazil, Russia, India, China (BRIC): **Tax System Structures and the Effects on Development and Foreign Trade Performance Lessons and Solutions**. p. 10-35. 1a ed. Brasília, DF, 2011.

³ A passagem a partir do início do século XX de sistemas tributários baseados mais na tributação da renda e do consumo interno (em detrimento dos tributos aduaneiros) e a interpretação das economias começou a gerar questões internacionais que suscitaram a necessidade de equacionar esses problemas (com novas abordagens legais e por via de tratados). Cf. HEWITT, Paul; LYMER, Andrew; OATS, Lynne. History of International Business taxation. In: LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. **The international Taxation System**. Norwell, MA: Kluwer, 2002, p. 48-54.

⁴ Que evoluiu para diversas instituições (chamado Grupo Banco Mundial): a Corporação Financeira Internacional — IFC (1956); a Associação Internacional para o Desenvolvimento — IDA (1960); o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos — ICSID (1966); e a Agência Multilateral de Garantias ao Investimento — MIGA (1988).

antecedeu a ONU), posteriormente a ONU criou um Comitê de peritos e também um modelo de tratado.⁵ Com o acirramento do processo de globalização, o desenvolvimento e barateamento das comunicações, permitindo as trocas financeiras em níveis praticamente ilimitados, os sistemas tributários passaram também a ter “vazamentos” e a adotar medidas de proteção das suas bases tributárias. Novamente os países desenvolvidos, a partir da base da OCDE (CPTA), ainda que sob a coordenação do G-20, passam a adotar medidas que se propõem harmonizadoras, o denominado BEPS⁶, visando estancar a sangria das bases tributárias. O impacto dessas medidas, se adotadas conforme preconizadas pelos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, pode ter diversos efeitos indesejados para essas economias, inclusive o aumento do custo da máquina da administração tributária para que seja compatível com as novas necessidades, além das possíveis incompatibilidades legais ou constitucionais.

Para se perceber a importância dessa evolução e de como os paradigmas evoluíram em um século, no início do século XX, as principais fontes de rendas em termos de bases tributárias eram os tributos aduaneiros, i. e., incidentes na importação e exportação. Com a ampliação e liberação do comércio, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, a tributação passa a se concentrar na renda e no consumo interno (a tributação do consumo internacional é cada vez mais no destino — não se tributa a exportação e se impõe uma desoneração via acordos GATT/OMC dos tributos aduaneiros, embora se conserve fortemente a tributação do consumo, inclusive dos produtos importados).⁷ Nesse ponto, aparecem diversos indícios de políticas do tipo “faça o que eu digo, mas não o que eu faço”, em virtude de que as economias mais desenvolvidas pregavam práticas de liberdade comercial, especialmente para produtos industrializados, mas mantinham a proteção tarifária de sua agricultura e atuavam contra políticas de proteção das indústrias emergentes, o que ocorre continuamente até hoje.⁸ Sob este aspecto é relevante examinar também visões fora

⁵ Para a evolução histórica dos modelos da ONU e da OCDE ver: UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2011, p. vi-ix; OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**: Condensed Version 2014,. Paris: OECD, 2014, p. 7-9.

⁶ Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), ou seja, erosão da base tributável e deslocamento de lucros — trata-se de iniciativa da OCDE, endossada e estimulada pelo G-20 que visa, como o nome diz, conter a elisão e a evasão tributária internacional. Conforme o site da iniciativa: BEPS “refers to tax avoidance strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to artificially shift profits to low or no-tax locations. Under the inclusive framework, over 100 countries and jurisdictions are collaborating to implement the BEPS measures and tackle BEPS. “Ver BEPS Webpage em www.oecd.org/tax/beps.

⁷ A exceção é os EUA, cuja base tributária, com elevada preponderância sobre as outras, é a renda.

⁸ Como um exemplo do conflito entre a política fiscal e ambiente econômico global, pode-se mencionar a OMC e as políticas fiscais internacionais, tem-se por exemplo a notícia de que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, em 17 de Dezembro de 2014, estabeleceu um painel para

do *mainstream*, como é o caso de Ha-Joon Chang, que sustenta que os países desenvolvidos se utilizaram de diversas políticas para se desenvolverem e depois tentam impedir que os outros países não as pratiquem.⁹ Esse aspecto tem evidências que podem ser constatadas no âmbito do sistema tributário internacional.

A expansão do comércio de bens e direitos e intangíveis, inclusive *online*, impõe desafios adicionais ao sistema tributário internacional, inclusive em relação à questão da tributação ser efetivada na origem ou no destino.¹⁰ A questão que se coloca é que, considerando as diversas forças que influenciam a moldagem dos sistemas tributários, inclusive as organizações internacionais, como ONU, OCDE e outras de caráter regional, a forma como os países desenvolvidos influenciam o sistema tributário internacional, de maneira não só a proteger suas bases tributárias em detrimento das base tributárias dos outros países, i. e., os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos, mas que também podem resultar em incapacidades, terminam por provocar outras externalidades como a concentração de renda¹¹ e impactos na própria capacidade de promover o desenvolvimento via atração de investimentos, desenvolvimento tecnológico, inovação etc. Além desses aspectos, convém mencionar que as distorções são enormes, veja-se que o volume de capitais que operam a partir de economias minúsculas (paraísos fiscais)¹², como é o caso das Bermudas, que em 2014 registrou um volume de lucros de investimento externo próximo de 800 vezes o valor do seu PIB, e Luxemburgo 115 vezes — aspecto comum a esse tipo de jurisdição.¹³

examinar uma queixa por parte da União Europeia que vários programas brasileiros no automóvel, tecnologias de informação e comunicação e setores de automação confere vantagens fiscais para produtos nacionais (DS472), e que em Dec de 2013 a União Europeia notificou o Secretariado da OMC de um pedido de consultas com o Brasil sobre alegadas vantagens fiscais discriminatórias dadas pelo Brasil no setor automotivo; o sistema eletrônico e sectores conexos; no que diz respeito aos bens produzidos em Manaus e outros Zonas Francas, e vantagens fiscais para os exportadores. Informação disponível no sítio eletrônico da OMC. Cf. WTO. Dispute WTO. Settlement: Dispute Ds472 Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2016.

⁹ Cf. CHANG, Ha-Joon. *Chutando a Escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad. Luis Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

¹⁰ Ver, e.g., GASSEN, Valcir. *Tributação na origem e no destino: tributos sobre o consumo e processo de integração econômica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹ A respeito da concentração da renda da equidade do sistema tributário, para o caso brasileiro, ver.: GASSEN, Valcir. *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012.

¹² Ver PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Chistian. *Tax Havens: How Globalization Really Works*. Ithaca: Cornell, 2010.

¹³ UNITED NATIONS - UNCTAD. Global Investment Trends Monitor. Investment Flows Through Offshore Financial Hubs Declined But Remain At High Level Un-Untad. New York, N. 33, 3 May, 2016, P. 5. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaoaeia2016d2_en.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

Os incentivos fiscais oferecidos para atrair investimento e também promover investimentos em inovação sofrem ataques e restrições por parte dos países mais desenvolvidos. Porém, aqueles países têm aportes de benéficos fiscais (*tax expenditures*) nessas áreas há muito tempo. Mais recentemente o próprio FMI reconheceu a necessidade dessas políticas no setor de inovação.¹⁴ É certo que alguns incentivos são, em princípio, desnecessários, como os incentivos a empresas estrangeiras para a exploração de recursos naturais minerais escassos. E há sempre necessidade de se verificar quais dessas políticas podem impactar positivamente a economia que se dispõe a implementá-las, sem causar danos às demais. A exacerbão dessas políticas de redução da tributação, a ponto de formar os chamados *financial centers*, resulta na chamada guerra fiscal internacional (*international tax competition*), o que é também constante objeto de crítica.¹⁵

Uma importante questão que se coloca é se existe uma distinção entre a concorrência tributária justa e a injusta, e qual seria o ponto de inflexão. Na verdade, a distinção entre concorrência ou competição fiscal internacional justa e injusta não está clara. No entanto, há uma espécie de consenso de que alguns tipos de incentivos fiscais para atrair investimentos podem provocar uma espécie de ruptura nos sistemas fiscais que pode gerar efeitos mais negativos do que positivos. Competição fiscal desleal é diferente da concorrência desleal no mercado interno. Este exemplo não é bom porque em nível internacional não há nenhuma autoridade fiscal internacional para corrigir a distorção do mercado, e o efeito é a perda de receitas para os países.¹⁶ Isto porque, a soberania tributária não pode ser restringida por outros países, a menos que haja um tratado internacional. Em geral, é a competição é chamada injusta porque força ou induz outros países a também reduzirem suas alíquotas do

¹⁴ O próprio FMI reconheceu a necessidade de gastos tributários em pesquisa e desenvolvimento (R&R), que é suma, inovação, em um recente relatório onde afirma:

Addressing the underinvestment in private R&D will require a comprehensive mix of policies, including well-designed fiscal incentives. Two key corrective incentives that reduce the private cost of R&D are direct R&D subsidies and R&D tax incentives, such as tax credits, enhanced allowances, accelerated depreciation, and special deductions for labor taxes or social security contributions. In 2013, advanced economies spent approximately 0.15 percent of GDP on these forms of fiscal R&D support. A little more than half this amount was in the form of direct subsidies, although the mix varies by country. INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Fiscal Monitor: Acting Now, Acting Together.** Washington: IMF, 2016, p. 34. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2016/01/pdf/fm1601.pdf>>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

¹⁵ Ver OCDE. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue.** Paris: OECD, 1998. Embora se encontrem posições contrárias, e.g. EDWARDS, Chris; MITCHELL, Daniel J. **Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend It.** Washington: Cato, 2008; BISWAS, Rajiv (Edit.). **International Tax Competition: Globalization and Fiscal Sovereignty.** London: Commonwealth Secretariat, 2002.

¹⁶ De lembrar que há regras no âmbito dos acordos da OMC que restringem a soberania tributária e que afetam a concorrência em nível mundial (a exemplo dos subsídios proibidos).

imposto, provocando o que a literatura chama de *race to the bottom* — em que todos perdem, incluindo o país que iniciou a concorrência desleal.

Na verdade, a competição é por investimentos, sendo que os incentivos fiscais são apenas ferramentas, que devem ser utilizadas com cuidado considerando os efeitos colaterais que causam. Às vezes, o incentivo fiscal é redundante e desnecessário. Cite-se como exemplo um país que concede incentivos fiscais para a indústria de mineração — em geral, não há necessidade para isso porque a mina não pode ser “transportada”, e o investimento estrangeiro iria acontecer de qualquer maneira, basta que haja demanda. Por outro lado, há algumas formas de concorrência fiscal que podem ser extremamente prejudiciais, a depender da legislação fiscal do país afetado, como é o caso de estruturas *offshore*, que possibilitam que sejam realizadas operações internacionais pagando apenas pequena quantidade de impostos ou taxas para o país de residência (*offshore*) da empresa sem substância econômica, prejudicando a base de cálculo dos países onde a renda é, de fato, gerada e, portanto, pagando menos ou nenhum imposto em relação ao todo. A reação a essas estruturas está sendo colocada em prática há um certo tempo, por exemplo, legislação sobre preços de transferência, a legislação CFC, limitação de subcapitalização, a denominada norma geral antielisiva. Esses tipos de práticas tributárias são o foco da iniciativa da OCDE/G20 BEPS. A concorrência tributária mais agressiva, comum a países muito pequenos, com baixa ou nenhuma tributação da renda, também é considerada abusiva, mas deve ser levado em consideração que esses países não têm muitas alternativas, vez que eles praticamente não possuem base tributária interna.

Em algumas situações, os incentivos fiscais têm um alcance muito limitado para afetar outros países. Por exemplo, quando ele está conectado à construção de infraestrutura, em que o país não tem o recurso para investir, mas o investimento é rentável se não estiver sujeito a tributação. Portanto, o país concede os incentivos fiscais e os direitos de exploração da infraestrutura (por exemplo, uma estrada de ferro) durante o tempo do retorno do investimento. Em princípio, não há problemas com este tipo de incentivo fiscal, não pode ser considerado injusto e pode ser eficiente. Assim, o significado para a concorrência tributária é, na verdade, a concorrência para atrair investimento e a competição por receita tributária, e é considerada injusta (*unfair*, na literatura internacional) quando afeta outros países de forma negativa.

Há que se ressaltar também que os Estados soberanos têm o direito de definir os seus próprios regimes fiscais, seja através da redução de impostos ou oferecendo regimes preferenciais, porém essas estratégias podem minar as receitas fiscais de outro estado. Há que se buscar um equilíbrio, e o equilíbrio aqui é uma questão de coordenação. Em uma pesquisa sobre a guerra fiscal no Brasil, que guarda semelhanças com o cenário internacional neste aspecto, a

conclusão foi de que não basta esquemas que imponham penas a quem des-cumpre as normas, mas também incentivo para quem as cumpre. Porém, no nível internacional, tal solução é quase impossível de ser implementada, porque, como já dito, não há uma autoridade fiscal internacional e não há nenhum tributo internacional para financiar estas ações de incentivo e promoção. Assim, deve ser buscada a coordenação, e em alguns casos ajuda financeira por meio de organizações internacionais multilaterais. Na verdade, devido a uma combinação de fatores, há uma área que tem um consenso internacional sendo construído com algum sucesso, qual seja, a transparência fiscal, no sentido de troca de informações, destacando-se que neste aspecto o sistema internacional evoluiu muito nos últimos quinze anos.¹⁷ A falta de transparência é altamente nociva, até mesmo porque há uma enorme quantidade de capital em relação ao qual se desconhece, literalmente, a sua propriedade, o que ocorre também em função do grande volume de recursos que são objeto das operações de “lavagem de dinheiro”, sendo os recursos de origem ilícita, não apenas de sonegação tributária.¹⁸

Por outro lado, a cooperação fiscal não significa que os sistemas fiscais devem tornar-se semelhantes, porque se sabe que existem diferenças significativas nas estruturas fiscais, níveis de especialização e desenvolvimento da administração fiscal, sistemas de contabilidade etc., que variam de país para país. Além disso, as legislações fiscais devem apresentar as regras adequadas para evitar os efeitos nocivos da concorrência tributária, sem perder investimento estrangeiro direto por razões tributárias.

Todos esses aspectos de busca por receita tributária e desenvolvimento econômico foram sensivelmente afetados pela recente crise econômica global, que impacta de maneira mais severa os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos, os quais levarão mais tempo para se recobrar¹⁹, especialmente se seguirem as mesmas políticas dos países desenvolvidos, e isto atinge fortemente o sistema tributário, responsável pelo lado das receitas no balanço fiscal dos estados.

Por outro lado, a evolução das estratégias de desenvolvimento econômico a partir da visão de que os países desenvolvidos impõem ou tentam impor estratégias que podem ser prejudiciais para a atual montagem do que se identifica como sistema internacional tributário, tendo a harmonização como

¹⁷ Ver, e.g., OWENS, Jeffrey. Transparency, trade and tax: a G8 action plan. **International Tax Review**. June, 2013; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Troca de informações com base em tratados internacionais: uma necessidade e uma tendência irreversível. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**, v. 4, n. 2, p. 261-282, 2009.

¹⁸ Cf. GRAHAM, Toby; BELL, Evan; ELLIOTT, Nicholas. **Money Laundering**. London: Butterworths, 2003.

¹⁹ Ver SOUTH CENTRE. **The Impact of The Global Economic Crisis on Industrial Development of Least Developed Countries**: report of the South Centre. Geneve: South Centre, 2010. p. 7-10.

paradigma, pode impor riscos para os países em desenvolvimento e para os países menos desenvolvidos. Jane Kelsey aborda esta posição sob o ponto de vista dos acordos de cooperação econômica, identificando os riscos legais que esses acordos oferecem para os países em desenvolvimento e para os países menos desenvolvidos. A autora aponta riscos legais nesses processos, que se aplicam, em larga média, também à matéria tributária.²⁰

Outro aspecto do atual modelo de tributação internacional é que por facilitar a realocação de recursos internacionalmente na busca de evitar a tributação, acaba-se por facilitar, também, a concentração de renda, que pode chegar a níveis completamente fora do aceitável. Thomas Piketty identificou essas distorções e propôs mudanças na tributação em escala global de forma a amenizar o problema²¹ Assim, a crescente concentração de renda, aumentando a desigualdade, tanto internamente quanto em nível internacional, em um ambiente que tende a ter seus detentores finais nas economias mais desenvolvidas, provoca uma acumulação de forças que pode comprometer o equilíbrio internacional e, internamente, comprometer até as mais sólidas democracias.²² Em função dessas questões, diversas organizações não governamentais têm, também, tentado influenciar nos rumos da tributação internacional.

2.2. O STIC e seus “Big Players”

O sistema tributário internacional atual evoluiu a partir da perspectiva dos países capitalistas que ganharam a II Guerra Mundial, que depois foram atraindo as outras economias como o Japão e, após a queda do muro de Berlim, a China se inseriu de maneira altamente eficiente no ambiente internacional do comércio a partir de um processo iniciado na década de 1980, adaptando-se, de forma eficiente, a seus consequentes efeitos tributários (também obtendo vantagens daí).²³

²⁰ Jane Kelsey aponta os seguintes riscos: “The analysis reveals five principal categories of legal risk: (i) asymmetry in favour of the EU; (ii) the unpredictable and unlimited multiplier effect of most-favoured nation and ‘regional preference’ obligations; (iii) an externally imposed regional integration model; (iv) closure of policy space; (v) complexity, uncertainty and a heightened risk of errors with no structured opportunity to correct them.” KELSEY, Jane. **Legal Analysis of Services and Investments in the CAROCCFORUM-EC EPA: Lessons for the Other Developing Countries**. Geneve: South Centre, 2010. Disponível em: <http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/05/RP31_Lessons-for-other-developing-countries_EN.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

²¹ Cf. PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

²² STIGLITZ, Joseph. E. **The Price of Inequality: How today's divided society endangers our future**. New York: Norton & Company, 2013, p. 164-182.

²³ Embora nenhum país do BRICS seja membro da OCDE, a China e a África do Sul (com um PIB menor) se inseriram no ambiente de negociações tributárias da OCDE mais que a Rússia, Índia e Brasil. Especialmente China e Rússia fizeram reestruturações em seus sistemas tributários a partir das décadas de 1980 e 1990, ver e.g., VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; BORGES, A. M. (Orgs.). **Brazil, Russia, India, China (BRIC): Tax system structures and the effects on development and foreign trade performance lessons and solutions**. 1. ed. Brasília: ABDI, 2011. Mais

Assim dada a evolução no âmbito da OCDE do Centro de Política e Administração Tributária (CPTA) e de diversas divisões de trabalho (*working parties*) e da histórica iniciativa em relação à Convenção Modelo, às iniciativas europeias de coordenação tributária (como as diretrizes do IVA comunitário), a OECD assumiu a liderança em termos de coordenação do sistema tributário internacional, seguido pelo Comitê de peritos da ONU, e por organizações como South Centre (estabelecida em 1995, voltado ao diálogo sul-sul, que tem preocupações mais fortes com os países menos desenvolvidos, e ultimamente tem se voltado também para temas tributários).

Ocorreu também a criação de centros e de associações de administrações tributárias em âmbito regional. Destaca-se o CIAT (Centro Interamericano de Administrações Tributárias, criado em 1967), que tem como membros a maioria dos países das Américas e também países associados da Europa, África e Ásia. Na África existe o Fórum Africano de Administração Tributária (ATAF, criado em 2009) que tem desempenhado um papel cada vez mais relevante no âmbito das administrações tributárias africanas. Na Ásia tem-se ao Grupo de Estudos sobre Administração e Pesquisa Tributárias Asiático (SGATAR, criado em 1970). Devendo-se mencionar também a Associação de Administradores Tributários da *Commonwealth* (CATA, estabelecida em 1978). Essas instituições são instituições governamentais que funcionam como extensões das administrações tributárias dos seus países associados e produzem um volume razoável de material, especialmente na promoção de *capacity building*.

Deve ser desatacado que a partir do início da década de 1990, com exacerbação da competição tributária e como consequência do crescimento das facilidades das grandes corporações multinacionais promoverem a elisão e evasão tributária internacional, organizações não governamentais, ou seja, organizações da sociedade civil começaram a atuar buscando interferir no ambiente da tributação internacional de forma a promover justiça tributária (*tax fairness*), especialmente em relação aos países em desenvolvimento que tem suas bases tributárias solapadas, e mesmo um uso ineficiente de suas bases tributárias em favor de um pequeno grupo de companhias ou pessoas que atuam nesses países. Dentre outras, estacam-se dentre essas organizações: *Tax Justice Network*, OXFAM, *New Rules for Global Finance*, *Global Financial Integrity*, *Christian Aid*, *ActionAid*, e mais recentemente *Red de Justicia Fiscal América Latina y el Caribe* (Latindadd), *Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation* (ICRITC) e *Academics Stand Against Poverty* (ASAP),

recentemente China e Índia implementaram novas e importantes modificações nos seus sistemas tributários (especialmente na tributação indireta) e o Brasil anunciou sua entrada na OCDE.

sendo algumas destas e outras organizações formaram recentemente a *Global Alliance for Tax Justice*²⁴.

Assim, o cenário atual tem como principais interessados os países, que tentam preservar suas bases tributárias (e aqui se inclui tanto as economias desenvolvidas, quanto dos países em desenvolvimento), as organizações internacionais formadas e mantidas pelos diversos países (às vezes com redundância de atuação) e sociedade civil a partir das ONGs.

Porém, os personagens do sistema tributário internacional objeto de toda essa concertação são as companhias transacionais (se cada companhia atuasse unicamente em um país, grande parte questões de natureza tributária não existiriam, e os problemas estariam mais afetados ao fluxo ilícito de capital em si). Assim as companhias transnacionais são os “*big players*” (ou “*big gamblers*”), que atuam em um ambiente altamente complexo, mas manipulado pelas próprias companhias (que permeiam todas as atividades, desde a básica extração mineral até a sofisticada produção de softwares de navegação espacial), com os países às voltas com a necessidade de receita tributária, as entidades multilaterais numa contínua tentativa de coordenação, e os ONGs com o seu trabalho em busca de justiça tributária.²⁵

Ocorre que mesmo neste ambiente há também a questão de interesse dos próprios estados, que usam o sistema tributário, para atrair capital para beneficiar empresas nacionais que atuam em outros países, ou mesmo as vendas e atuação de empresas nacionais em outros Países, etc. Porém, a principal organização internacional que de certa forma baliza as normas e busca de padrões na tributação internacional é a OCDE, que é controlada pelos países ricos, i. e., as economias desenvolvidas. Assim, esses países por meio da OCDE tentam preservar suas bases tributárias, mas pela ótica dos países desenvolvidos, e não pela ótica dos países em desenvolvimento. Como se sabe, a perspectiva dos países em desenvolvimento é calcada na proteção da base tributária da fonte do rendimento em contraposição aos países exportadores de capi-

²⁴ Para maiores detalhes ver o website da SAP: <http://www.globaltaxjustice.org/en/about> Cabe citar também a coalizão *Publish What You Pay* (<http://www.publishwhatyoupay.org/>), voltada para a questão das indústrias extrativas.

²⁵ David Spencer destacou que: “CSOs [ONGs] have campaigned aggressively for an upgrade of the U. N. Tax Committee into an intergovernmental organization, arguing that the OECD is a ‘rich man’s club’ and does not represent the interests of developing countries. The CSOs most active in this campaign have been Tax Justice Network, the Global Alliance for Tax Justice, Action Aid, Christian Aid, Eurodad, and Latindad. A broad coalition of CSOs campaigned aggressively on this issue prior to, and at, the Third U. N. FFD Conference.” E adiante, comentando a tentativa frustrada do *upgrade* em 2015: “The United States and the United Kingdom were among the developed countries pressuring to ensure that the ‘the rich countries club’ of the OECD remains the only intergovernmental body that sets global tax standards for all.” SPENCER, David. The U. N. Tax Committee, Developing Countries, and Civil Society Organizations (Part 1). *Journal of International Taxation*, n. 26, p. 42-51, Dec. 2015, p. 44-47.

tal (que privilegiam o critério do domicílio). O Comité da ONU poderia funcionar como um contraponto, mas sofre também forte influência dos representantes dos países desenvolvidos, seja no âmbito do próprio Comitê, seja por pressões políticas na atuação do Comitê, como questões relacionadas ao financiamento de suas atividades, ou o *update* para se tornar um órgão intergovernamental.

Há que destacar duas ações de iniciativa da OCDE, com respaldo do G20, e que impactou a comunidade internacional de maneira mais ou menos maneira generalizada, envolvendo países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos: o Fórum Global da Transparéncia Fiscal e Troca de Informações para Fins Tributários (Fórum Global) e o Projeto BEPS.

Não há dúvidas sobre a importância da troca de informações entre administrações tributárias, sendo este um consenso bastante forte. O Fórum Global teve início no âmbito da OCDE (inicialmente como Fórum Global sobre Tributação), e evoluiu no seu âmbito interno, mesmo como decorrência das estratégias de combater a competição tributária prejudicial, porém, a partir da necessidade de se identificar os verdadeiros proprietários (*beneficial owner*) dos fluxos financeiros internacionais, por motivos de segurança, a partir de 2001 e por motivos de transparéncia também financeira, a partir da crise de 2007/2008. Com a interveniência do G20, o Fórum Global mudou de *status* em 2009, passando a ter acesso aos outros países que também teriam direito a voz e voto no âmbito do Fórum (com financiamento por contribuições dos membros, hoje em número de 139 entre países e jurisdições autônomas). Assim o Fórum Global, a partir da experiência da OCDE, desenvolveu padrões de transparéncia fiscal e troca de informações, tornando-se uma espécie de autoridade internacional sobre o tema, promovendo a revisão e o monitoramento das estruturas de troca de informações de todos países, e usando critérios de classificação como mecanismo de pressão sobre as jurisdições que não se comprometem com os padrões²⁶.

O Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), que visa coibir a prática da elisão tributária internacional, também surgido no âmbito da OCDE e endossado pelo G20, passando a ter, portanto, uma abrangência global, desenvolveu-se a partir de 2013, com a constatação de que medidas deveriam ser tomadas de forma conjunta para coibir a perda de bases tributárias, um problema comum a todos os países, baseado em um plano de ação com 15 pontos. Em 2015 o projeto BEPS editou a plataforma com as 15 ações, que correspondem ao núcleo de atuação do projeto e que foi desenvolvido com a participação de mais de cem países, além de outras organizações regionais, ou seja, muitos além dos pertencentes à OCDE e ao G20, ou seja, muitos países não

²⁶ Para maiores detalhes ver o website do Global Fórum em www.oecd.org/tax/transparency

membros que participam, ou pelo menos estão presentes, quando as decisões sobre as diretrizes a serem adotadas são tomadas²⁷. O trabalho atual é de implementar as diretrizes e discutir aperfeiçoamentos. Embora pareça conduzir a alguma harmonização do STIC por conta de que as quinze ações envolvem as principais questões problemáticas da tributação, ainda há muitas controvérsias sobre alguns pontos.

Além disso, as instituições financeiras internacionais fazem forte pressão em questões tributárias (no bojo do tratamento das questões fiscais que envolvem receitas e despesas orçamentárias), e em questões relativas ao desenvolvimento, especialmente a atração de investimento, como é o caso do Banco Mundial e seus satélites, o FMI, bem assim a OMC, instituições também controladas, na prática, pelos países desenvolvidos. Há, portanto, um viés em relação a quais países controlam o processo. Neste sentido, um estudo publicado em 2013, considerando a governança financeira global e seu impacto em relação ao G-20, FMI, FSB (*Financial Stability Board*), Banco Mundial e a Tributação (levando em conta seus agentes globais principais — organizações que influenciam as legislações tributárias dos diversos países: OCDE, Comitê de Tributação da ONU, FMI), em seus diversos aspectos de transparência, *accountability*, inclusão e responsabilidade, e, no que diz respeito à tributação, concluiu que:

The international tax rule-making bodies that are either controlled by status quo powers (OECD, IMF) or deliberately weakened by them (UN Tax Committee), plus the network of secrecy jurisdictions, combine to:

- 1) damage global financial stability;
- 2) erode political stability by worsening social inequalities;
- 3) undermine the legitimacy of national governments, even long-standing democracies; and
- 4) reduce the quality of lives of a majority of the world's population, while cutting short the lives of the most vulnerable.²⁸

Adiante serão verificados os principais aspectos do STIC para, posteriormente, analisar seu impacto nos países em desenvolvimento, de forma a

²⁷ Para maiores detalhes ver website do Projeto BEPS em www.oecd.org/tax/beps. Para maiores detalhes da evolução do Global Fórum e da inserção brasileira ver VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Transparência Fiscal Internacional: Situação Atual e a Posição do Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. (Org.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**. v. 6 São Paulo: Quartier Latin, 2011.

²⁸ GRIESGRABER, Joe Marie. *Tax Impact*. In NEW RULES FOR GLOBAL FINANCE. **Global Financial Governance and Impact Report**. 2013. Washington: NRGF, 2013, p. 60. Disponível em: <http://www.new-rules.org/storage/documents/global_financial_governance__impact%20report_2013%20.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

considerar alternativas para contornar a agressão tributária que sofrem (uma espécie de *tax bullying*?).

2.3. Principais aspectos atuais do STIC

Neste ambiente de trocas comerciais que foram se avolumando até chegar a cenário atual do STIC, alguns aspectos foram se consolidando como problemáticos no que diz respeito ao controle por parte dos países em desenvolvimento.

2.3.1. Concorrência Tributária Internacional Prejudicial

Entende-se por concorrência tributária internacional prejudicial (*harmful tax competition*) o fenômeno que recrudesceu a partir do início dos 1990 que resultou numa redução das alíquotas do imposto de renda ou concessão de benefícios fiscais no âmbito do imposto de renda que buscam atrair investimentos²⁹, ou que visam puramente criar uma jurisdição de baixa ou nenhuma tributação de forma a estabelecer um centro financeiro (que é também denominado paraíso fiscal).³⁰ A iniciativa da OCDE³¹ inicialmente voltada à questão da baixa ou nenhuma tributação e da falta de transparéncia (direcionada basicamente aos paraísos fiscais, ver item adiante)³², no seu seguimento voltou-se

²⁹ A atração de investimento estrangeiro por meio de benefícios tributários (que podem ser gerais, específicos ou temporários, etc.) e seus efeitos no decorrer do tempo, o que também depende da mobilidade do investimento e do nível da economia que o implementa, é controversa na literatura. Ver, e.g., GOOD SPEED, Timothy. Taxation and FDI in Developing and Developing Countries. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.). *The Challenges of Tax Reform in a Global Economy*. p. 137-154. New York: Springer, 2006; and GUGH, Elizabeth; ZODROW, George R. International Tax Competition and Tax incentives in Developing Countries. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.). *The Challenges of Tax Reform in a Global Economy*. p. 167-192. New York: Springer, 2006. Evidentemente que a competição poderia ser eficiente se o único fator que alterasse a decisão de alocação de investimento, considerando diversos países, fosse o nível de tributação do empreendimento, o que, obviamente, é muito raro de ocorrer dadas as diferenças que existem entre os países e os tipos de investimento.

³⁰ A redução da tributação com tributos indiretos (sobre o consumo) afeta preponderantemente o mercado interno e está diretamente relacionada a esses mercados, assim tem pouco impacto na atração de investimento global, sendo mais impactante quando afeta os custos de produção. Contudo, nos casos em que há livre trânsito entre fronteiras em um conglomerado regional de países tal situação pode gerar preocupações. Ver https://www.cesifo-group.de/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=1023956.PDF Por outro lado, a devolução de tributos internos em volume maior do que o efetivamente pago internamente de tributos indiretos (impostos sobre o valor adicionado) pode também ter um efeito comercial de concorrência prejudicial (afetando o acordo da OMC), e mesmo algumas estratégias das áreas de livre comércio.

³¹ O documento base da OCDE, sempre referido nessas discussões, é o relatório OECD. **Harmful Tax Competition — An Emerging Global Issue**. Paris: OECD Publishing, 1998.

³² Há a controvérsia em relação à abordagem da OCDE e seus efeitos em relação à soberania tributária, ver e.g., SHARMAN, Jason Campbell. **Havens in a storm: the struggle for global tax**

apenas à questão da falta de transparência, deixando a questão tributária (baixa tributação, regimes fiscais privilegiados, etc.) de lado.³³

Como consequência da concorrência tributária internacional, as alíquotas do imposto de renda nas últimas décadas caíram, salvo algumas exceções.³⁴ Assim, os países tem que lidar com este ambiente, com o agravante para os países em desenvolvimento que são eles, em geral se utilizam destas estratégias para atrair investimento³⁵, porém a diminuição das alíquotas se tornou

regulation. Ithaca: Cornell Univ. press, 2006; BISWAS Rajiv (Edit.) **International Tax Competition: Globalisation and Fiscal Sovereignty**. London: Commonwealth Sec., 2002.

³³ Basta observar a pequena atividade da iniciativa tributária da OCDE em termos do combate às práticas tributárias prejudiciais no âmbito da OCDE (ver e.g. <http://www.oecd.org/ctp/harmful-committeeonfiscalaffairsreleasesoutcomeofreviewofpreferential-taxregimesinoecdcountries.htm>). As atenções têm se voltado expressivamente à questão da transparência e acesso ás informações, conforme espelhada na Ação 5 do BEPS.

³⁴ A queda ocorreu com alíquotas nominais e também com alíquotas efetivas. Em relação às alíquotas nominais ver INTERNATIONAL MONETARY FUND. IMF Policy Paper: Spillovers in International Corporate Taxation, . 2014, p. 21-22. Disponível em: <www.imf.org/external/np/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 04/05/2017. Sobre a queda das alíquotas efetivas ao longo dos últimos em virtude de esquemas de elisão tributária ver ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens**. Transl. Teresa Lavender Fagan. Chicago: UCP, 2015, p. 107-110. Contudo, é interessante notar que pelo menos nos países da OCDE, embora tenha havido diminuição das alíquotas nominais, o percentual da participação da receita do imposto de renda das pessoas jurídicas, ao invés de diminuir teve aumento (ainda que pequeno, em virtude do alargamento da base). As alíquotas nominais do imposto de renda das pessoas físicas também caíram ao longo das últimas décadas (havendo exceções), com queda também na arrecadação, sendo que as contribuições sobre a folha (seguridade social) tiveram crescimento. Por outro lado, a tributação geral do consumo, via IVA, aumentou sua participação no percentual da receita arrecadada. Ver e.g., LORETTZ, Simon. Corporate Taxation in the OECD in a Wider Context. Oxford University Centre For Business Taxation. WP 08/21, 2008. Disponível em: <<http://eureka.sbs.ox.ac.uk/3353/1/WP0821.pdf>>. Acesso em: 07/05/2017; OECD. **Consumption Tax Trends 2016: VAT/CST and Excise Rates, Trends and Policy Issues**. Paris: OECD Publs., 2016, p. 18. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/consumption/consumption-tax-trends-19990979.htm>>. Acesso em: 04 maio 2017.

³⁵ Como bem colocado por Simon James: "Not all the effects of tax competition are negative. Tax competition is designed to provide an incentive for incoming investment and it might generate new as well diverted investment. It has also been argued by those who wish to control public expenditure that tax competition might have a further beneficial effect in encouraging governments generally to keep tax rates down in order to avoid the loss of economic resources. However, there is a general presumption that artificial flows of economic resources encouraged only by the potential for tax avoidance are not likely to be in the interests of the global community as a whole. The world as a whole cannot make itself better off in this way. Instead it is likely to make itself significantly worse off if industries locate, not where it is economically most advantageous, but where the tax regime is most favorable. One concern of most revenue authorities is that it increases the scope for tax avoidance and possibly tax evasion as well. More immediately, it can cause difficulties for individual countries in maintaining the integrity of their tax systems." JAMES, Simon. The Future of International Tax Environment. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.). **The Challenges of Tax Reform in a Global Economy**, p. 105-117. New York: Springer, 2006, p. 116. De observar que, à parte da questão da competição tributária internacional, o tema dos benefícios fiscais é relevante para o desenvolvimento e depende da forma como é planejado e executado e dos setores afetados. Ver. e.g., especificamente sobre benefícios tributários na área da inovação: INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Fiscal Monitor: Acting Now, Acting Together**. Washington: IMF, 2016, p. 34-37.

uma questão geral, sendo que a desoneração em muitos casos foi utilizada como estratégia de defesa. A soma desses fatores leva à chamada corrida ao fundo do poço (*race to the bottom*), pois, ao final, todos perdem. Por outro lado, com a queda da tributação da renda sobre as empresas, há uma tendência de se recuperar a perda com aumento na tributação sobre a renda do trabalho (e consumo), fator de produção com pouca mobilidade³⁶.

2.3.2. Paraísos Fiscais

Os denominados paraísos fiscais foram aumentando ao longo dos anos, tradicionalmente calcados no sigilo dos proprietários de contas bancárias ou empresas ali constituídas e também na baixa tributação. Inicialmente destacados no âmbito do tema da concorrência tributária internacional, por conta da baixa tributação, com o volume crescente de recursos financeiros em mãos anônimas, a questão da transparência passou a exercer preponderância. Há uma razoável literatura a respeito do tema. A partir do início do século XXI, a questão da transparência foi se tornando mais premente, principalmente por questões de segurança, e o estabelecimento do Fórum Global da Transparência Fiscal e Troca de Informações para Fins Tributários, a partir de 2009 sobre fundamentos mais abrangentes, com a participação aberta a todas jurisdições, conforme já mencionado, assume a preponderância. Depois da crise financeira de 2007/2008 ficou patente o grau de periculosidade e de incerteza que os capitais anônimos representam (além da questão a segurança), consubstanciado especialmente na existência de títulos de créditos ao portador, empresas com ações ao portador (*bearer shares*), contas bancárias sem identificação do titular, dentre outros aspectos típicos.³⁷ O Fórum Global tem participação de 139 países e jurisdições países, embora o Grupo Condutor (*Steering Group*), que determina os encaminhamentos do Fórum Global tenha sempre preponderância dos países da OCDE, os quais estabelecem o *mainstream* da condução dos programas.³⁸ O Fórum Global espalhou globalmente a Convenção Multilateral de

Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2016/01/pdf/fm1601.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2017.

³⁶ Cf. SORENSEN, Peter Birch. International Tax Competition: A New Framework for analysis. 2002. Disponível em: <<http://www.econ.ku.dk/pbs/diversefile/WIFO-flet-060202.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017.

³⁷ O volume de recursos (ativos financeiros) nos paraísos fiscais, dados de 2014, é da ordem de 7,6 trilhões de dólares, (sendo 80% não declarados), e resultam em sonegação aproximada da ordem de 200 bilhões de dólares por ano (estimativa conservadora). ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens**. Transl. Teresa Lavender Fagan. Chicago: UCP, 2015, p. 35-52. Contudo, há diversas estimativas recentes que indicam números bem maiores.

³⁸ Outro aspecto importante em relação à troca de informações foi o alinhamento do art. 26 (que trata da troca e informações) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU (atual. 2011), deixando clara a inoponibilidade do sigilo bancário ao fisco, já indicando a possibilidade de troca automática, como evolução da tradicional troca de informações por solicitação.

Assistência Administrativa Mútua em Matéria de Assuntos Fiscais (um tratado multilateral de troca de informações, padrão OCDE/CE, além de outras matérias)³⁹, e em 2013 adotou também como padrão a troca de automática de informações, em processo de implementação contínua. Posteriormente com o Projeto BEPS da OCDE/G20, a Ação 5 (Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância) tem foco expressivo na questão do acesso a informações e a Ação 13 (Documentação de Preços de Transferência e Relatório País a País), que diz respeito a troca de informações no âmbito dos preços de transferência, expressamente remete ao trabalho do Global Fórum, como padrão a ser seguido, adaptando-se aos padrões de troca de informações especificamente para serem utilizadas na questão de preços de transferência.⁴⁰ Essas medidas dificultam a ação dos paraísos fiscais no que diz respeito à falta de transparência, mas está longe de solucionar o problema.

Trata-se, talvez do único dos grandes temas do atual STIC em que há algum consenso, isto é, que a falta de transparência é extremamente danosa para administrações tributárias que cuidam para que todos os tributos devidos sejam pagos, e os paraísos fiscais são instrumentos de facilitação dessas práticas.⁴¹ Cabe observar que mesmo nos países desenvolvidos encontram-se práticas que se aproximam daquelas típicas dos paraísos fiscais (especialmente no que diz respeito ao sigilo em relação aos proprietários verdadeiros dos ativos), sendo que há paraísos fiscais encrustados nos países desenvolvidos (e.g., Delaware, nos EUA) e outros que concernem ao próprio país (e.g., Suíça, Mônaco e Luxemburgo). Há que se reconhecer que há diversos tipos de paraísos fiscais, que não podem ser considerados de maneira uniforme, há países ricos que se comportam como paraísos fiscais e há países em desenvolvimento e menos desenvolvidos que fazem o mesmo, embora as motivações para essas ações (ainda que equivocadas) possam ser diferentes, mas no caso da falta de transparência o efeito danoso é o mesmo.

³⁹ No bojo do Fórum Global, atualmente cerca de 110 países e jurisdições autônomas, incluindo paraísos fiscais, aderiram à Convenção (ver em http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information>Status_of_convention.pdf).

⁴⁰ Há, também, disposições especiais nos documentos do BEPS, para os países que não passaram pelo processo de *peer review* pelo Global Forum. Cf. OECD. BEPS Actions 13 on Country-by-Country Reporting — Peer Review Documents, OECD/G20 Base erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2017, p. 28 (note 2). Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-13-on-country-by-country-reporting-peer-review-documents.pdf>>. Acesso em: 07/05/2017.

⁴¹ Bastante apropriado o conceito cunhado por Ronen Palan, Richard Murphy e Christian Chavagneux: "We define tax havens as jurisdictions that deliberately create legislation to ease transactions undertaken by people who are not resident in their domains, with a view of avoiding taxation and/or regulations, which they facilitate by providing a legally backed veil of secrecy to make it hard to determine beneficiaries". PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax Havens: How Globalization Really Works**. Ithaca: Cornell Univ. Press, 2010, p. 236:

2.3.3. Preços de Transferência

O tema dos preços de transferência é talvez o tema mais importante, individualmente considerado, entre os temas da tributação internacional atual.⁴² De longa data as companhias multinacionais começaram a usar as transações intra-grupo para transferir para outras jurisdições a base tributável. Os países onde essas empresas operam, passaram então a adotar normas de forma a coibir essas práticas. O consenso de longa data é de que deve fazer os ajustes da correção da base considerando o que seria o preço praticado em condições semelhantes numa operação entre partes não relacionadas (princípios *arm's length*), que é refletido nos arts. 7º e 9º das Convenções Modelo da ONU e da OCDE. Nota-se a relevância do tema e seu imbricamento com outros aspectos da tributação internacional pelas ações BEPS, sendo que das 4 entre as quinze ações são diretamente relacionadas ao tema dos preços de transferência (ações 8, 9, 10 e 13).

Dada a importância do tema, a OCDE desenvolveu um manual denominado *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, destinado em princípio aos países membros da OCDE, com sua primeira edição em 1995⁴³, e posteriormente o Comitê de Peritos em Tributação da ONU, com vistas a subsidiar os países em desenvolvimento, instituiu um Subcomitê de Preços de Transferência em 2011 e publicou em 2013 o *United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, já atualizado, devendo ser republicado em 2017.⁴⁴ Os Guidelines da OCDE sofreram impacto do Projeto BEPS que implicou alterações em seu texto, já contemplados na atualização do Manual da ONU.

O tema de preços de transferência é extremamente complexo, e sua resolução pela aplicação do princípio *arm's length* depende dos chamados comparáveis, e aqui um problema crucial para a metodologia tradicional, onde estão os comparáveis? Estima-se que cerca de 60% das transações internacionais

⁴² Assim que a expansão de filiais e subsidiárias pelo mundo se começou a se exacerbar o tema apareceu, e já foi referido no início da década de trinta em relatórios da Liga das Nações. Cf. HEWITT, Paul; LYMER, Andrew; OATS, Lynne. History of International Business taxation. In: LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. **The international Taxation System**. Norwell, MA: Kluwer, 2002, p. 48. A questão também aparece em matéria aduaneira, em decorrência da manipulação de preços para evitar os tributos aduaneiros, sendo as operações submetidas ao acordo de Valoração Aduaneira (GATT/OMC).

⁴³ O início dos trabalhos da OCDE sobre o tema remonta a 1979 (*Report Transfer Pricing and Multinational Enterprises*), que vem sofrendo diversas atualizações e suplementações (a mais atual publicada é de 2010), há também um Global Fórum sobre o tema, ver <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/global-forum-transfer-pricing.htm>. O Manual da ONU (versão 2013) está disponível em http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf

⁴⁴ Uma versão prévia da atualização de 2017, já está disponível no site: <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>

são feitas entre companhias de alguma forma relacionadas⁴⁵ (podendo ser mais ou menos dependendo do setor econômico analisado), assim os ajustes se aproximam cada vez mais de uma metodologia econômica e estatística de cálculo para se apurar o que seria uma transação independente do que efetivamente uma transação independente efetivamente é.⁴⁶

De toda sorte, alguns aspectos de *transfer pricing* afetam de maneira diferenciada os países em desenvolvimento, podendo se mencionar:

- Indústrias extractivas, sendo potencialmente exportadores de matérias primas, os países em desenvolvimento são substancialmente expostos quando suas reservas são exploradas por companhias estrangeiras (o que geralmente ocorre);
- Para os países populosos, a ausência de reconhecimento do valor do mercado consumidor para a alocação da formação de valor, e também nos casos de outsourcing para países com mão-de-obra mais barata (*location savings*);
- Complexidade excessiva das regras de preços de transferência correspondentes ao padrão da OCDE (reproduzidas em grande parte no Manual de PT da ONU), que depende de grande *expertise*, que impõe grande dificuldade de cumprimento e geram excessiva litigância, com grande insegurança jurídica, muito onerosa (para os contribuintes e para a administração tributária) e que termina por adiar o pagamento dos tributos devidos;

⁴⁵ Ver, e.g., United Nations. **World Investment Report Global Value Chains: Investment and Trade For Development 2013**: Global Value Chains: Investment and Trade For Development. New York: UN, 2013., p. 134-137. Onde se lê: A significant share of this trade is intra-firm trade, the international flows of goods and services between parent companies and their affiliates or among these affiliates, as opposed to arm's-length trade between unrelated parties (inter-firm trade). For example, the share of exports by United States affiliates abroad directed to other affiliated firms, including parent firms, remained high at about 60 per cent over the past decade. Similarly, nearly half of the exports of goods by foreign affiliates located in the United States are shipped to the foreign parent group and as much as 70 per cent of their imports arrive from the foreign parent group. Japanese TNCs export 40 per cent of their goods and services to their own affiliates abroad. Although further evidence on intra-firm trade is patchy, the general consensus is that intra-firm trade accounts on average for about 30 per cent of a country's exports, with large variations across countries. " (Ibid, p. 136); e LANZ, Rainer; MIROUDOT, Sébastien. Intra-Firm Trade: Patterns, Determinants and Policy Implications, OECD Trade Policy Papers No. 114, OECD Publishing, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9p39lrwnnen>>. Acesso em: 07 maio 2017.

⁴⁶ Não é por outro motivo que um relatório de 2013, uma das grandes companhias mundiais de contabilidade e auditoria, traz a seguinte afirmação: "As well as disagreement over the practical application of the arm's-length principle, mature transfer pricing jurisdictions are grappling with the sheer volume of intercompany trade and the necessity of reconciling the transfer pricing standards of a larger number of tax jurisdictions." E&Y. 2013 Global Transfer Pricing Survey: Navigating the choppy waters of international tax. " E&Y, 2013, p. 11. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2013_Global_Transfer_Pricing_Survey/\\$FILE/EY-2013-GTP-Survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2013_Global_Transfer_Pricing_Survey/$FILE/EY-2013-GTP-Survey.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2014.

- Precificação pelo pagamento de direitos relativos a intangíveis (royalties, patentes etc.), em relação aos quais os países em desenvolvimento são, em geral, país da fonte (*source country*).

2.3.4. Normas sobre companhias controladas no exterior (CFC)

A questão das companhias controladas no exterior, em um sistema que tributa a renda mundial, como fazem a maioria dos países atualmente, é basicamente uma questão de diferimento da tributação, em princípio.⁴⁷ Tradicionalmente é um problema das economias desenvolvidas que têm companhias multinacionais atuando em outros países⁴⁸, mas com a expansão das economias dos países em desenvolvimento e das chamadas economias emergentes tal prática tributária passou a afetar também os outros países. Assim, o uso de normas CFC passou a ser um mecanismo usual de evitar que os lucros auferidos no exterior sejam reconhecidos no país do domicílio e tributados devidamente, independentemente da distribuição e repatriação efetiva dos lucros obtidos no exterior (em geral via distribuição de dividendos). A par disto, diversos esquemas de expatriação da sede da companhia, ou uso de mecanismos híbridos tem dificultado a aplicação ao dessas normas.

A legislação CFC varia de país para país, sendo relevante a definição legal do que é controle para efeito de aplicação da norma, a quais rendimentos se aplica (distinção entre rendimentos passivos e ativos) se a atuação da controlada se dá partir de jurisdição com baixa tributação, etc. Contudo, as tecnicalidades que envolvem a matéria vão se tornando cada vez mais complexas e fazendo com que essa matéria se torne controversa, especialmente em virtude de esquemas de reorganização societária que podem modificar a natureza dos rendimentos e escamotear também a natureza do controle.

2.3.5. Uso abusivo de tratados internacionais de dupla tributação

Os países ao firmarem tratados de dupla tributação (TDT) seguem, em princípio, dois modelos, o da OCDE, que privilegia a tributação no domicílio e, portanto, interessa os exportadores de capital, e de outro lado o modelo da

⁴⁷ Reporte-se que a primeira notícia deste tipo de legislação é relativa aos EUA, que introduziu a chamada Subpart F ao seu IRC em 1962. À medida que o problema evoluiu, mais e mais países forma introduzindo legislações semelhantes. Sobre o tema, numa perspectiva de combate à competição tributária prejudicial, ver MARIKA, Toumi. Anti-Avoidance and Harmful Tax Competition: From Unilateral to Multilateral Strategies. In: LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. *The international Taxation System*. Norwell, MA: Kluwer, 2002, p. 89-91.

⁴⁸ Em 2009, 90% das companhias multinacionais tinham sede nos países da OCDE. Cf. AVI-YONAH, Reuven S. The OECD Harmful Tax Competition Report: A Tenth Anniversary Retrospective. *Brooklin Journal of International Law*, v; 34, n. 3, p. 783-795, 2009, p. 793.

ONU, que privilegia o país da fonte, e portanto interessa aos países não desenvolvidos, que são tomadores de capital e remetem renda aos países mais ricos. No mais os modelos são, atualmente, parecidos (considerando também que o Modelo de Convenção da ONU dá meios alternativos). Na década de 1990 houve uma expansão do número de tratados de dupla tributação, sendo que em 1990 havia 1.193 TDTs e em 2010 somavam 2.976, houve, portanto, um crescimento expressivo no período⁴⁹.

A questão do uso abusivo de TDTs é uma questão relevante, mas que, obviamente, só atinge quem tem tratados de dupla tributação. A doutrina do direito internacional tributário e a econômica sustentam que os tratados são importantes para a atração de investimentos, por diversos motivos, notadamente por eliminar ou diminuir a dupla tributação, e por estabilizar as relações jurídico-tributárias (*certainty, predictability*), é esta a corrente predominante no pensamento mundial⁵⁰. Há, porém, estudos recentes que mostram que a atração de investimento pode não ocorrer, e em sentido contrário, fragilizar a tributação dos países em desenvolvimento que faz acordo com economias desenvolvidas, além do que resultam em uma perda da tributação na fonte (cujas alíquotas em regra são reduzidas em decorrência do acordo)⁵¹. Há diversos es-

⁴⁹ BAKER, Paul. L. An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. *International Journal of the Economics of Business*. p. 341-377, v. 212, n. 2, 2014, p. 366 (Ap.).

⁵⁰ Neste sentido a ONU desenvolveu um manual de negociações de tratados de dupla tributação para países em desenvolvimento com países desenvolvidos. O manual está disponível em www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UNPAN008579.pdf

⁵¹ BAKER, Paul. L. An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. *International Journal of the Economics of Business*. p. 341-377, v. 212, n. 2, 2014. Paul L. Baker afirma que: "A key motivation for entering into DTTs is the elimination of double taxation so as to increase FDI flows. LDCs are both in need of and actively seeking FDI, but as net importers of it, they are also exposed to significant costs from the tax concessions that are made by entering into DTTs. Previous literature conclusions on the impact of DTTs on FDI span the range of there being a negative effect, no effect, and a positive effect, leaving the policymaker with a puzzle. This paper resolves this puzzle by quantitatively and qualitatively analysing the effects of DTTs on FDI.

A propensity score-matched difference-in-differences estimation strategy shows empirically that DTTs do not have any effect on FDI. [...]

DTTs are also qualitatively analysed in conjunction with the related domestic tax provisions. This analysis shows that home countries unilaterally eliminate double taxation. This removes the key economic benefit of DTTs as it relates to the MNE decision-making process for FDI location. From the host countries' perspective, the analysis also indicates the trend for them to reduce their non-treaty withholding tax rates unilaterally. This removes the other potential benefit that a DTT would have in attracting FDI. The qualitative analysis also shows that DTTs should not have a disincentive effect on an MNE's FDI location. The DTT's inclusion of transfer pricing and exchange of information clauses is already provided for at the domestic level and applies regardless of any DTT. Furthermore, anti-treaty shopping clauses only restrict access to the benefits of a DTT which makes it irrelevant to the MNE that cannot take advantage of it. This qualitative analysis shows that neither the key economic benefits nor risks of DTTs as they relate to an MNE's FDI location decision are present. This substantiates the empirical evidence of there being no effect of DTTs on FDI.

tudos sobre o tema, não havendo consenso se efetivamente os TDT são eficientes na atração de investimento direto estrangeiro (FDI) *vis a vis* as questões apresentadas. Há estudos que indicam que os resultados para países médios podem ser efetivos, mas não o seriam para países de mais baixa renda (LIC).⁵² Na verdade, como os estudos econométricos são baseados em dados de diversos países, tratam-se de valores médios, assim, a depender da situação do país em desenvolvimento poder ser interessante enquanto para outros pode não ser. De qualquer forma, é temeroso afirmar que sempre é interessante para qualquer país não desenvolvido firmar TDTs com países desenvolvidos. Por outro lado, pode ser dito que possuir uma rede de tratados pode ser interessante para um país de renda média em desenvolvimento, embora não necessariamente determinado acordo implique aumento de FDI diretamente de determinado país acordante, mesmo porque considerando a rede de tratados, há uma espécie de efeito de vasos comunicantes entre os tratados.

Por outro lado, os acordos são sujeitos a uso abusivo, facilitando a fuga das bases tributárias (resultando numa dupla não tributação). Os próprios tratados, e os modelos ONU e OCDE, inclusive com alterações a partir do Projeto BEPS, tendem a trazer cláusulas antiabuso, o que, em tese, podem afastar prováveis interessados nos investimentos, pois essas cláusulas diminuem a segurança jurídica na aplicação do tratado (no caso segurança para praticar abusos). Mas de qualquer forma, os tratados, se firmados, devem conter cláusulas antiabuso, sejam específicas, para determinados rendimentos, sejam cláusula gerais antiabuso (tipo *limitation of benefits* ou *principal purpose test*).

Outro efeito dos tratados de dupla tributação é que afetam todos os aspectos importantes da tributação internacional, impondo, portanto, limites à competência tributária dos países acordantes, devendo ser considerado pelo país em desenvolvimento que sua legislação, ainda que não adaptada, deverá ser condicionada pela normativa do TDT, que pode impactar sobremaneira, pela aplicação de conceitos que podem não ser os utilizados pela legislação interna. Daí que convém aos países em desenvolvimento, ressaltar e ressalvar, se for o caso, os aspectos mais particulares.

This evidence is relevant to the LDC policymaker when weighing the potential costs and benefits of entering into a DTT with a developed country. The key economic benefit of attracting FDI is not present. If the LDC has or will be decreasing its non-treaty withholding tax rates, then that potential cost of the DTT is also not present. Therefore, the policymaker needs to consider carefully what benefits the LDC is seeking from the DTT (personal tax-related benefits, information sharing, signalling of a foreign investment-friendly environment, etc.) and whether they are worth the costs of negotiating and effecting a DTT. If not, the evidence suggests that the resources may be better spent on other FDI enhancing activities.”. (Grifou-se). (Ibid., p. 25).

⁵² Cf. NEUMAYER, ERIC. Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, v. 43, n. 8, p. 1501-1519, 2007.

2.3.6. Subcapitalização distorcida

A chamada *thin capitalization* é problema de tributação internacional decorrente da substituição de financiamento das companhias por empréstimos em substituição à participação direta no capital (*equity*), quando a operação de financiamento se dá entre partes relacionadas (vinculadas).⁵³ Esse procedimento gera o pagamento de juros no lugar de dividendos. Como os juros são despesas e os dividendos não, a base tributável diminui. Assim, os contribuintes tendem a rearranjar a estrutura de financiamento de forma a usufruir benefícios tributários em relação ao que seria normalmente capital, mas de forma distorcida, com o único objetivo de economia tributária. De observar que se houver vantagens tributárias na remessa de juros para outros países onde está o credor, mais estímulo existe para a distorção. Todas as jurisdições com empresas operativas podem ser objeto deste tipo de procedimento, mas os países em desenvolvimento podem ser particularmente afetados, pois naturalmente são tomadores de capital, que podem vir como capital direito (*equity*), ou na forma de empréstimos. Os países têm implementado legislação de combate ao abuso da capitalização fina de forma a coibir tal prática, usualmente limitando o volume de capital que pode ser utilizado como passivo, em detrimento de capital (*equity*); assim, quando as operações se dão entre partes relacionadas, caso o endividamento com parte relacionada ultrapasse o limite fixado na lei, os juros pagos, com base no “excesso do empréstimo” são considerados indevidutíveis. Outra abordagem legal é limitar o endividamento ao que seria factível em uma operação normal de empréstimo que o credor estaria disposto a fazer (princípio *arm's length*), acima disto os juros decorrentes do empréstimo não mais seriam dedutíveis, esta metodologia envolve julgamento subjetivo de comparabilidade, com os mesmos problemas das regras de preços de transferência e, pelos mesmos motivos já considerados acima, é desaconselhável para países em desenvolvimento sem *expertise* neste tema. Outra forma é limitar o montante de juros pagos por empréstimos a partes vinculadas a um montante correspondente a um percentual de um valor, conforme previsto em lei, como, por exemplo, os lucros antes dos juros, depreciação e tributos (EBITDA), ou do ativo circulante.⁵⁴ Pode também ser utilizada uma combinação dessas abordagens.

⁵³ Ver interessante pesquisa sobre a produção acadêmica acerca do tema em ALVES, Denis Lima; RICCIO, Edson Luiz. Bibliometric Study on Thin-Capitalization. 12º CONTECSI, FEA/SUP, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.contecsi. fea. usp.br/envio/index.php/contecsi/12CONTECSI/paper/view/2857/2421>>. Acesso em: 09 maio 2017.

⁵⁴ Para uma visão comparativa, embora focada mais em países desenvolvidos, ver, e.g., WEBBER, Stuart. Thin Capitalization and Interest Deduction Regulations. CORIT Discussion Paper No. 8. Copenhagen, 2010. Disponível em: <<http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/CORIT-8-Thin-Capitalization-and-Earnings-Stripping-Regulations-2-1.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

A questão é mais grave quando a companhia relacionada (*related party*) que concede o empréstimo está localizada em paraíso fiscal, pois havendo sigilo em relação às controladoras das companhias estabelecida no paraíso fiscal, fica complicado se estabelecer se há relação societária suficiente para aplicar a norma de *thin capitalization*. Uma alternativa é limitar a dedutibilidade de juros pagos a credores estabelecidos em paraísos fiscais independentemente da caracterização de ser parte relacionada com a empresa tomadora dos empréstimos. Deve ser observado que dado um valor de empréstimo dentro dos limites normais, sem sujeição às regras de subcapitalização, ainda subsiste a questão sobrevalorização dos juros, que remete ao controle dos preços de transferência. Ou seja, os problemas relacionados a financiamentos entre companhias vinculadas podem conter mais de um aspecto que prejudiquem a base tributável do país que paga os juros. Assim, em tese, pode haver uma subcapitalização e, no pagamento dos juros, se esses forem acima do que seria uma operação normal entre partes não relacionadas, se aplicariam também as normas de preços de transferências. Isto indica que essas operações devem ser objeto de alto escrutínio pelas administrações tributárias dos países em desenvolvimento que, em geral, são tomadores de capital (via empréstimo ou *equity*), devendo serem consideradas as normas que definem conceito de partes relacionadas, que devem ter em conta também os arranjos societários (*structured arrangements*).

2.3.7. Transações via internet

As transações pela e com a internet tem crescido consistentemente e vão continuar crescendo. Portanto, trata-se de um tema que tem ser enfrentado com urgência, pois tem reflexos efetivos na tributação, consideradas as particularidades dessa modalidade de comércio *vis a vis* as metodologias tradicionais. Estima-se que mais de 40% da população mundial usa e tem acesso à internet — é este o tamanho do mercado com essas transações, denominadas como *e-commerce*. Embora haja concentração desse número nos países mais ricos, a tendência é de popularização do uso em virtude do barateamento dos custos de equipamento e de comunicação. Importante destacar, conforme transcrito abaixo, trecho do Relatório da OMC, de 2015, sobre o assunto:

- In 2013, business-to-business e-commerce was valued at about US\$ 15 trillion and business-to-consumer e-commerce at more than US\$ 1 trillion, with the latter growing faster in the last few years, according to estimates from the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). These figures cover both domestic and international transactions, with the latter being at a marginal albeit growing level. Small and medium-sized enterprises lag behind multinational enterprises in developing this kind of trade.

- An indicator of increasing cross-border trade — partly resulting from e-commerce — is the volume of small parcels passing through Customs. Trade volume in this area increased by 48 per cent between 2011 and 2014 according to the Universal Postal Union.
- The WTO established a work programme on e-commerce in 1998. This programme defines e-commerce as “the production, distribution, marketing, sale or delivery of goods and services by electronic means”. Merchandise trade statistics reflect e-commerce orders through the number of parcels crossing the border while statistics on trade in services record charges for downloaded products (for example, e-books) in their respective service categories.⁵⁵

As transações via internet podem ser feitas, em muitos casos, sem controle das jurisdições tributantes e sem o pagamento dos tributos correspondentes, inclusive tributos indiretos. Trata-se de uma série de novos problemas que afetam a tributação internacional e cuja solução está ainda em construção. Primeiramente deve-se separar situações em que a internet funciona como mecanismo de facilitação da transação, como as transações internacionais com bens tangíveis, os quais terão que passar por um controle aduaneiro. Outra situação é o comércio de intangíveis pela internet, que não tem controle aduaneiro e que pode ser feito totalmente com recursos e meios de pagamentos e bens intangíveis negociáveis de diversas origens, de diversos pagamentos, que pode envolver em uma simples operação de compra e venda quatro ou mais países, sem nenhum registro físico. No caso das transações com bens tangíveis uma questão que se destaca é a possibilidade de se evidenciar a presença do exportador no país importador de tal forma que se caracterize a existência de estabelecimento permanente, ainda que virtual. No segundo caso, este aspecto do estabelecimento permanente também é importante, mas a circunstância relacionada ao controle e verificação dos preços e das transações praticadas só é possível *a posteriori*, sendo viável nos casos de duas pessoas jurídicas envolvidas (por conta dos controles contábeis), mas praticamente impossível se for pessoa física, considerando os instrumentos legais e convencionais atuais. Neste aspecto pode ser considerado que os países em desenvolvimento sejam mais afetados que os países ricos que, em geral, são os fornecedores de intangíveis.

Os países vêm tentando equacionar e controlar essas modalidades de operações, tanto internamente quanto no que afeta as transações internacionais⁵⁶. Especialmente no que diz respeito à constituição de estabelecimento

⁵⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. **International Trade Statistics 2015**. Geneva: WTO, 2015, p. 31. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2015_e/its2015_e.pdf>. Acesso em: 10/05/2017.

⁵⁶ No que diz respeito à tributação do consumo da operações comerciais, sejam com tangíveis seja com intangíveis (serviços, etc) a tendência é de se tributar no destino (como ocorreu com as

permanente, a Convenção Modelo da OCDE foi alterada para contemplar comentários a respeito do comércio eletrônico, alteração que foi adotada na Convenção Modelo da ONU (2011)⁵⁷, mas subsistem diversas dúvidas, mesmo porque as formas de comércio eletrônico não param de evoluir ou de se criar novas formas, como é o caso da tendência da computação em nuvem, colocando mais problemas a serem resolvidos.

As moedas virtuais consistentes no denominados *bitcoins* e outras formas (pontos de cartões fidelidade, etc.), também se colocam como um desafio, talvez mais complexo, visto que nesses casos as operações sem identificação das partes que estão transacionando são mais facilmente realizadas, o que faz surgir novos desafios para a transparência fiscal.

2.3.8. Ganhos de Capital em Transferência Indireta de Participação

Casos em que a transferência de ativos localizados em determinado país é feita por empresa estrangeira que detém o ativo (via subsidiária, empresa controlada, ou mera participação), podem ocorrer sendo a transação feita toda fora do país em que está localizado o ativo, mas de maneira indireta. O ativo pode ser um bem tangível ou intangível, ou mesmo direitos sobre companhias que detém esses bens. Embora seja uma questão que dependa da definição da competência tributária onde está o ativo, caso se entenda que deva ser tributado, há possibilidade de que a transferência do controle seja feita por via de cadeia de empresas, de maneira indireta, que dificultam ou, virtualmente, impossibilitam que a tributação do ganho de capital ocorra no país onde estão localizados os ativos ou participações. Há diversos casos deste tipo envol-

operações interestaduais no Brasil). Para um resumo conciso do histórico e da evolução do tema ver INTERNATIONAL MONETARY FUND. IMF Policy Paper: Spillovers in International Corporate Taxation, 2014, p. 48-50. Disponível em: <www.imf.org/external/np/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017.

⁵⁷ UNITED NATIONS. **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2011, p. 133-136. Cabe observar que convenção Modelo da ONU em seus comentários finaliza o assunto com o seguinte alerta: “37. The Committee of Experts notes that the OECD Commentary, in paragraph 42. 3, draws a distinction between a contract with an Internet Service Provider and one with a place of business at the disposal of the enterprise. In this regard, the Committee recognizes that some businesses could seek to avoid creating a permanent establishment by managing the contractual terms in cases where the circumstances would justify the conclusion that a permanent establishment exists. Such abuses may fall under the application of legislative or judicial anti-avoidance rules.” (Ibid, p. 136, par. 37). Observe-se que há uma referência a contratos privados (que trata das transações internacionais via internet) que irá interferir diretamente na qualificação do contribuinte como tendo ou não um estabelecimento permanente. Obviamente trata-se de perda de soberania tributária (*giving up taxing rights*), que os próprios comentários recomendam serem resolvidas estas questões via aplicação normas antielisivas — o que é sempre forte de controvérsias (discussão de substância sobre a forma).

vendo especialmente países em desenvolvimento (e.g., Mauritânia, Moçambique e Índia)⁵⁸. A facilidade de reorganizações societárias e constituição de firmas sem substância econômica em diversas jurisdições faz com que este tipo de prática, que omite da tributação o ganho de capital decorrente da alienação do ativo, não seja pago na jurisdição onde está localizado o ativo. Trata-se de planejamento tributário agressivo, mas que depende de definição legal da competência tributária onde estão localizados os ativos e as participações⁵⁹. Observe-se que as Convenções Modelos da ONU e da OCDE tratam do tema dos ganhos de capital no art. 6 (para bens imóveis) e art. 13 e podem se aplicar, no sentido de permitir a tributação da transferência indireta, dependendo do caso, embora o dispositivo “residual” (último parágrafo do art. 13 das Convenções Modelo) privilegie o domicílio.⁶⁰

2.4. Perspectivas: BEPS, STIC e os Países em Desenvolvimento

Como já foi dito o Projeto BEPS surgido no âmbito da OCDE/G20, e que conta com a participação de diversos países, tendo assim, uma abrangência global, visa coibir a prática da elisão e da evasão tributárias em âmbito internacional. Também, como já foi dito, o projeto foi erigido a partir da visão dos países desenvolvidos às vistas com problemas financeiros, embora conte atualmente com a participação de muitos países (destaque-se que as propostas foram objeto de ampla debate, sendo os relatórios formatados preponderantemente por países da OCDE e que, após o início da implementação de algumas ações já existe uma farta literatura a respeito). O plano de ação tem 15 pontos⁶¹, cujos

⁵⁸ Ver INTERNATIONAL MONETARY FUND. IMF Policy Paper: Spillovers in International Corporate Taxation, 2014, p 28-30 e 70 Disponível em: <www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017; ver tb. BURNS, Lee; LE LEUCH, Honoré; SUNLEY, Emil. Transfer of an interest in a mining or petroleum right. In DANIEL, Philip et. al (edts.) **International Taxation and the Extractive Industries: Resources without Borders**. Washington: IMF/Routledge, 2017.

⁵⁹ Cf. SPENCER, David. BEPS: The Allocation of Taxing Rights. **Journal of International Taxation**. Abril 2017, p. 43.

⁶⁰ Ver, e.g., DÉ GOEDE, Jan J. P. Direitos sobre receitas tributárias na venda de ações: Caso Vodafone. In BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo (Coords.) **Direito Internacional Tributário: Teoria e Prática**. São Paulo: RT, 2014p. 813-842.

⁶¹ São: 1) Enfrentar os desafios fiscais da economia digital; 2) neutralizar os efeitos dos arranjos de societários híbridos; 3) Reforçar as regras do CFC; 4) limitar a erosão da base através de deduções de juros e outros pagamentos financeiros; 5) combater de práticas tributárias prejudiciais (concorrência tributária) de forma mais eficaz, tendo em conta a transparência e a substância; 6) prevenir abuso de tratados em circunstâncias não apropriadas; 7) prevenir a fuga artificial do *estatus* de PE; as ações 8 a 10 correspondem a ações se referem a alinhar os preços de transferência à criação do valor (sendo: 8 — intangíveis; 9 — Riscos e capital, e 10 - outras transações de alto risco (nas quais geralmente partes independentes não participariam); 11) coleta e análise de dados sobre o BEPS; 12) regras que obriguem os contribuintes a informar seus planos de planejamento tributário agressivo; 13) documentação de preços de transferência e relatório país a país; 14) tornar os mecanismos de resolução de litígios mais eficazes; e 15) desenvolver um instrumento multilateral que torne mais efetiva as medidas BEPS baseadas em tratados.

relatórios vieram a lume em 2015 e continuam sendo atualizados⁶². O objetivo deste item não é fazer uma análise das ações BEPS, mas apenas traçar o inter-relacionamento das ações propostas com os destaques acima dos temas do STIC que mais impactam os países em desenvolvimento.

No que diz respeito à concorrência tributária internacional prejudicial, a Ação 5 do BEPS se aproxima de uma abordagem direta ao tema, porém centrado na questão dos regimes fiscais preferenciais (especialmente aqueles sem substância econômica) e a falta de transparência que envolve essas práticas, também com foco nas informações sobre elas.

O tema dos paraísos fiscais permeia diretamente algumas medidas, pois são práticas que são potencializadas pelo uso dos paraísos fiscais. Mas não há nenhuma ação especificamente direcionada a eles per se. Isto se deve ao fato de que o trabalho e os objetivos do Fórum Global Sobre Troca de Informações e Transparência Fiscal, em pleno funcionamento, lida justamente com a matéria da transparência das jurisdições, foco atual em relação aos paraísos fiscais.

Como já dito, o assunto dos preços de transferência talvez seja o tema mais importante no atual STIC pois é modalidade mais praticada de evadir tributos internacionalmente, praticada por todos os setores econômicos, da venda de minérios em bruto à indústria de softwares para satélites. Isto é evidenciado no BEPS, considerando que quatro das Ações são voltadas à questão dos preços de transferência (Ações 8, 9, 10 e 13 do BEPS).

Tema também relevante, as normas sobre companhias controladas no exterior (*CFC rules*) são tratadas na Ação 3 do BEPS, que visa reforçar, no sentido de aperfeiçoar e tornar mais efetivas essas normas. Um ponto importante é deixar claro que os TDT não impedem a aplicação de normas CFC ainda que sejam bastante restritivas, pois não é objetivo do tratado modificar a substância da soberania tributária (especialmente no que diz respeito ao art. 7º)⁶³.

Embora haja alguma discussão sobre a efetividade dos tratados quando se trata de atração de FDI, não há dúvidas que a utilização das convenções com fim de evasão é frequente (*treaty shopping* — uso abusivo de tratados internacionais de dupla tributação), e a Ação 6 do BEPS contempla esse aspecto, especialmente com o reforço na aplicação de normas gerais antielisivas.

⁶² Disponíveis em <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>

⁶³ Interessante notar que o *report* da Ação 3 sobre normas CFC remete somente aos arts. 23-A e 23-B, que se referem à eliminação da dupla tributação, mas não ao art. 7º que algumas vezes é usado como argumento na tentativa de afastar a aplicação de normas CFC. OECD. **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules**, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 68-69 (itens 136-135).

O tema da subcapitalização, para os países em desenvolvimento na posição de recebedores de investimentos é relevante, sendo o assunto contemplado na Ação 4 do BEPS. Já as questões concernentes às transações no domínio da economia digital, que é, na verdade, a mais genérica das questões, é tratada na Ação 1 do BEPS.

Contudo, observe-se que matéria relativa aos Ganhos de Capital em Transferência Indireta de Participação não foi objeto de análise específica em nenhuma das ações do BEPS.⁶⁴

Constatase, portanto que as Ações 2, 11, 12, 14 e 15 não estariam diretamente ligadas aos temas mais relevantes para os países em desenvolvimento, conforme apontado acima. Porém, em relação às Ações 2 (neutralizar os efeitos dos arranjos de societários híbridos) e 12 (regras que obriguem os contribuintes a informar seus planos de planejamento tributário agressivo), essas são ligadas aos outros temas, muitas vezes de maneira direta, sendo a Ação 12 um tema de elisão tributária, em geral, presente em casos que envolvem discussão de substância sobre a forma, frequente na aplicação de tratados e reorganizações societárias. Já as Ações 11 (coleta e análise de dados sobre o BEPS), 14 (tornar os mecanismos de resolução de litígios mais eficazes); e 15 (desenvolvimento de um instrumento multilateral que torne mais efetivo as medidas BEPS baseadas em tratados), são instrumentais, mas sua implementação traz o inerente risco de que são instrumentos desenvolvidos sob a ótica dos países desenvolvidos, o que, em regra, torna mais difícil de cumprimento pelos países em desenvolvimento (em função de diversos fatores como custos, *expertise* e adequação de seus próprios sistemas tributários).

Por outro lado, a aparente harmonização do STIC conduzida no âmbito das Ações do BEPS, embora teoricamente desejável, não evoluirá da forma que parece ser esperada, porque em se tratando de sistemas tributários e de soluções que se apliquem eficientemente a eles, considerando os problemas apontados acima, não existem soluções únicas (*tipo one size fits all*), daí que devem ser consideradas as peculiaridades de cada jurisdição.

3. A PERSPECTIVA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

3.1. Necessidades dos Países em Desenvolvimento

As necessidades dos países em desenvolvimento em geral dizem respeito à melhoria em todos os indicadores que formam o índice do IDH da ONU (a saúde da população, medido pela expectativa de vida; educação, medida pelo acesso à escola, e o padrão de vida, pelo PIB per capita). Ou seja, não

⁶⁴ É bem provável que não tenha sido objeto de ação específica por se um tema que afeta bem mais os países em desenvolvimento que os países ricos.

basta se levar em conta, comparativamente, apenas o PIB per capita, o foco não é o puro e simples crescimento econômico, mas crescimento sustentado e inclusivo. Na verdade, o Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU de 2016⁶⁵ (Relatório da ONU de 2016) considera outros fatores, como desigualdade (IDH ajustado pela desigualdade), gênero (inclusão da mulher) e também a medição de um índice multidimensional da pobreza levando em conta os fatores aludidos e também acesso indicadores de padrão de vida (como meio de preparo de alimento, toaletes, água, eletricidade, moradia digna e bens relacionados à informação, transporte, moradia e subsistência). No Relatório da ONU de 2016, ressalta também a crescente desigualdade da renda mundial (medida pelo índice de Gini)⁶⁶.

Sem dúvida, as necessidades dos países em geral passam por ter população vivendo em padrões compatíveis com a modernidade, se distanciando cada vez mais da pobreza, considerando os aspectos do Relatório da ONU de 2016, mas também pela existência de liberdade de locomoção, pensamento e opinião⁶⁷, buscando ir além das Metas de Desenvolvimento Humano (*Millennium Development Goals*). Para prover, ou administrar a sociedade e o mercado de forma que esses aspectos sejam satisfeitos os governos têm que ter receita suficiente, e em geral, receita de tributos.

Há que se considerar que existem grandes variações entre os países em desenvolvimento, considerando tamanho da economia (PIB), população, área ocupada, recursos naturais disponíveis, sistema político, sistema jurídico, nível estabilidade institucional e política. Esses diversos fatores devem ser considerados, pois quando se analisa a necessidade de mudança, elas devem ser pensadas também em relação às especificidades dos diversos países em desenvolvimento, inclusive os aspectos culturais. Não se deve esquecer que o direito ao desenvolvimento é reconhecido pela humanidade como um direito humano inalienável e universal, conforme a declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU (1986)⁶⁸, que diz em seu art. 1º:

Artigo 1º

§ 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e **todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político**, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos

⁶⁵ Ver em UNITED NATIONS. **Human de Human Development Report 2016: Human Development for Everyone**. New York: UNDP, 2016.

⁶⁶ Ibid., p. 31.

⁶⁷ Sobre a relação efetiva as liberdades e desenvolvimento ver a obra de Amartya Sen (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010).

⁶⁸ Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§ 2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, **o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.** (Grifou-se).

Os economistas e as várias organizações internacionais classificam os países em categorias, usando diferentes critérios e classificações, e muitas vezes dividem os países em desenvolvimento em subgrupos mais homogêneos de forma a facilitar a análise e, mesmo no caso de algumas organizações, elas desenvolvem políticas para blocos de países na mesma classificação.⁶⁹ Porém, mesmo em grupos de países aparentemente homogêneos (determinado pelos fatores de classificação) pode haver grandes discrepâncias.

Em termos de necessidades, pode-se classificar em necessidade imperiosa de desenvolvimento socioeconômico que são os países cuja produção econômica é insuficiente para dar subsistência à população acima da linha de pobreza, e aqueles que embora tenham produção econômica, têm problemas sociais endêmicos (com a grande maioria da população vivendo abaixo da linha de pobreza), sendo os outros com grau de necessidade decrescente, que diminui com a evolução do IDH e do PIB per capita (considerado isoladamente). Em geral, o primeiro tipo de país só evoluirá com ajuda externa.

Adiante serão analisadas essas circunstâncias e como sistema tributário internacional pode impactar a necessidade de desenvolvimento. Evidentemente, serão referenciados também os sistemas tributário em si, mas o foco é o relacionamento com o STIC.

3.1.1. Desenvolvimento Socioeconômico

Os países que aspiram a maior desenvolvimento e que, ou são classificados como emergentes ou não tem mais problemas sociais graves, tem mais conforto em termos de política tributária, por que, em geral, tem mercado interno que suporta tributação indireta, podendo promover um *mix* de tributação mais adequado.

É consenso que os países precisam se desenvolver e manter sistemas tributários, de forma a ter arrecadação, para que possa promover desenvolvimento econômico e social sustentado (sem deixar de lado as preocupações am-

⁶⁹ Para a classificação da ONU (utilizada em outras produções, além dos estudos da ONU) ver http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification.pdf

bientais), também sem olvidar que a própria sistemática de imposição tributária pode trazer efeitos redistributivos positivos, concomitantemente com as inversões sociais pelo lado da despesa estatal.

Neste sentido a atração de investimentos estrangeiros é relevante, devendo serem canalizados para áreas prioritárias ao desenvolvimento (como infraestrutura, e não dedicados a auferir rendas passivas de títulos públicos) bem como o estímulo à inovação e à atração e assimilação de novas tecnologias e procedimentos, o que só se faz com inserção no mercado internacional desses fatores, com consequente e inevitável incidência do STIC.

Novamente no que diz respeito à concessão de incentivos, e sua relação com o desenvolvimento econômico, não há solução única, ou resultado geral aplicável a todos. A despeito das críticas, especialmente em razão da captura política dos incentivos tributários (com efeitos negativos), cabe trazer a conclusão dos autores em relação a alguns desses aspectos, em estudo publicado ainda em 1978:

To explain the ubiquity and inefficacy of incentive schemes as the results of a competition in tax liberality has the unpleasant ring of truth. This explanation is most convincing with respect to developing countries which are very small and/or very poor. Among the ultra-generous of the 28 developing countries surveyed in Section I was a group of island or quasi-island economies. This group, consisting of five Caribbean economies plus Malaysia, Singapore, Fiji and Ecuador is, with possible addition of Senegal and Sierra Leone, Bangladesh and Sri Lanka, that for which the competitive hypothesis is more likely to apply.

But the competitive hypothesis is not *prima facie* appropriate to economies like those of Indonesia and Nigeria or, in South Asia, India and Pakistan which have substantial natural resource endowment and a large internal market. Here the potential for industrialization based on home resources, skills and market is substantial, and indeed already partly realized. If such countries compete for foreign investment by forgoing tax revenues to no purpose, they do not do so as a result of external pressures. For them, such policies must result either from gullibility or from internal political pressure. It is rather hard to maintain that developing countries have been insufficiently warned of the disadvantages of fiscal incentive schemes. Even supporters of private

sector development have come forward to warn of the doubtfulness of most alleged advantages of these schemes and of the likelihood of most of the drawbacks.⁷⁰

Por outro lado, pesquisas mais recentes apontam em sentido parecido, porém com foco mais estreito em atividades que podem resultar mais efetivos e mensuráveis, como direcionamento dos benefícios fiscais para inovação e aumento de produtividade, mas que devem ser cuidadosamente planejados e implementados⁷¹.

3.1.2. Problemas Sociais Endêmicos e Desorganização Política

Países com problemas sociais endêmicos, muitas vezes provocados por sucessivas crises políticas, tem maior dificuldade de estabelecer um sistema tributário efetivo. Nesses casos, consideradas as bases tributárias clássicas (consumo, patrimônio e renda), o baixo nível de renda e de consumo, a opção pela tributação do patrimônio encontra obstáculo político, justamente por que os detentores do poder político são também os detentores do patrimônio tributável. Por outro lado, se empresas multinacionais exploram recursos não renováveis do país (indústria extrativa), a tributação a renda fica sujeita às facilidades de elisão fiscal do STIC. Assim, talvez a melhor forma seja abdicar da tributação em si e auferir a receita da exploração dos recursos não renováveis por meio da cobrança de direitos (royalties), que devem ser proporcionais (*ad valorem*) em relação ao valor da produção conforme a cotação do mercado internacional independentemente do preço praticado (desta forma se evita a fuga da base tributária). Esta solução, de limite, só se presta para casos em que a tessitura social e de governo seja instável a ponto de não permitir a estruturação de um sistema tributário relativamente isolado das questões sociais e políticas, mas em que há necessidade premente de receita. A partir de um nível de estabilização razoável, o sistema tributário deve ser recomposto, considerando os aspectos do STIC já mencionados, seus custos e riscos.

⁷⁰ SHAH, S. M. S.; TOYE, J. F. J. Fiscal Incentives for Firms in Some Developing Countries: Survey and Critique. In TOYE, S. F. J. (Ed.). **Taxation and Economic Development**: Twelve Critical Studies. London: Fran Cass, 1978.

⁷¹ E.g., INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Fiscal Monitor: Acting Now, Acting Together**. Washington: IMF, 2016. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2016/01/pdf/fm1601.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2017.

3.2. Sistema Tributário Nacional e Desenvolvimento

A relação entre sistema tributário e desenvolvimento é tema que vem sendo objeto de considerações há bastante tempo⁷², mas o assunto tem despertado cada vez mais interesse. Há diversos estudos que demonstram que determinado *mix* de tributos pode ser mais eficiente que outro em termos de promoção do investimento⁷³. Um aspecto que deve ser considerado com certa relevância é o sistema de controle aduaneiro e os tributos incidentes sobre o comércio exterior (tributos sobre a exportação e sobre a importação) — esses tributos, em regra, não devem sustentar orçamentos, devendo ser manobrados apenas com fins regulatórios.

Contudo, em países com pouca base tributária (baixo PIB e baixo PIB per capita, alto nível de evasão tributária), há um sério risco de dependência de tributos sobre o comércio exterior, o que pode gerar um ciclo vicioso, de não desenvolvimento, de não ampliação das bases tributárias, que se retroalimenta⁷⁴. De observar que a opção de endividamento para promover desenvolvimento deve ser vista com cautela em razão da dependência que esses empréstimos colocam o país e os riscos à própria soberania; por outro lado, o financiamento do desenvolvimento com recursos próprios é praticamente impossível, a não ser por curtos períodos de tempo à custa de surtos inflacionários que terminam por desarrumar mais ainda o ambiente econômico, impondo mais custos sociais, inviabilizando um desenvolvimento sustentável. Nesta situação é crucial a ajuda externa, por agências internacionais, com empréstimos de longo prazo, com carência também longa, paralelamente a uma eficiente aplicação dos recursos emprestados.

A relação do sistema tributário nacional (de cada país especificamente considerado) e a forma como os gastos tributários são concebidos (benefícios fiscais) e de como são efetivadas as despesas públicas tem implicação direta com o desenvolvimento, o que é relativamente óbvio, se considerado o lado da despesa. Mas há fortes implicações pelo lado da própria arrecadação tributária (gastos públicos mal feitos ou mal alocados não darão resultados positivos). O foco neste trabalho não é a despesa pública (*public expenditure*) em si, mas o sistema tributário (arrecadatório) e as chamadas despesas tributárias que

⁷² Embora os economistas clássicos tratem de tributação em diversas obras, remete-se aqui, à seminal obra de David Ricardo, publicada em 1817 (ver RICARDO, David. *The Principles of Political Economy and Taxation*. Mineola, NY: Dover, 2004).

⁷³ Cf., e.g., interessante grupo de estudos direcionado à América Latina e Caribe. CARBACHO, Ana; CIBILIS, Vicente Fretes; LORA, Eduardo. (Eds). *Recaudar No Basta: Los Impuestos Como Instrumento de Desarrollo*. Washington: BID, 2013. Para uma visão mais geral ver OECD. *Tax Policy Reform and Economic Growth*. Paris: OECD Pub., 2010.

⁷⁴ Ver, e.g., CACERES, Luis Rene. Exports, Taxes and Economic Growth: the case of El Salvador. TOYE, S. F. J. (Ed.). *Taxation and Economic Development: Twelve Critical Studies*. London: Fran Cass, 1978.

sãos os benefícios fiscais de maneira geral, seu impacto no desenvolvimento econômico e social e sua interação com o STIC.

3.3. O Enlace do Sistema Tributário Nacional com o STIC e Suas Consequências

Considerando os sistemas tributários dos diversos países, eles se relacionam com o denominado STIC, conforme já comentado acima. Desse inter-relacionamento podem resultar efeitos negativos e positivos, dependendo de como é formatado o sistema e das ferramentas e adaptações que cada país utilizar, considerando sempre que há uma assimetria de informações que potencialmente prejudica a ação dos países em desenvolvimento em face do STIC e suas evoluções.

3.3.1. Aspectos Positivos

Dentre os aspectos positivos, considerando-se também outros aspectos, como estabilidade institucional, em um ambiente tributário onde predomine a previsibilidade, pode ser eficiente para a atração de investimentos, ainda que não sejam utilizados mecanismos tributários típicos com este objetivo (benefícios físicos, zonas especiais, etc.). De qualquer forma, como já salientado, o uso de benefícios fiscais pode também ser feito de forma eficiente, mas isto só possível no caso de haver um sistema tributário organizado, sob o risco dos aspectos negativos superarem os positivos. Assim, a inserção no mercado internacional de países com um sistema tributário que “converse” com o *mainstream* da tributação internacional, notadamente comandado pela OCDE, FMI e Banco Mundial pode trazer vantagens como maior facilidade que um sistema que tenha normas incompatíveis com sistema internacional.

Se há alguma coisa sobre a qual há consenso é que estabilidade normativa e instituições sólidas promovem segurança na atração de investimento de modo continuado, independentemente de haver estímulos extras. Contudo, esses estímulos extras podem haver e podem ser eficientes se usados com as devidas cautelas, devendo sempre ser lembrado que as concessões de benefícios fiscais como estímulos ao desenvolvimento devem sempre ter prazo fixo para serem restruturados ou extintas.

3.3.2. Aspectos Negativos

Embora dotado de eficiência em muitos aspectos, nem todos os países em desenvolvimento e tem estrutura administrativa, ou mesmo condições técnicas para lidar com temas complexos, e a interação desses sistemas tributários com o STIC resulta em forte erosão de base tributárias para paraísos fiscais, ou mesmo para as economias mais desenvolvidas.

A inserção, do sistema tributário de determinado país, pode atrair a infestação, ou contágio, do que Vito Tanzi, em trabalho publicado em 2000, chama de *tax termites*, que atingem todos os países maneira geral, que são, resumidamente: "1) o crescimento do comércio eletrônico e transações eletrônicas em geral; 2) Crescente substituição do dinheiro real por dinheiro eletrônico; 3) volume crescente de transações intra-firma pelas multinacionais (problema dos preços de transferência); 4) importância crescente do uso, como *conduits* de investimentos financeiros, dos centro financeiros *off-shore* e de paraísos fiscais; 5) uso crescente de instrumentos financeiros como derivativos e *hedge funds*; 6) crescente incapacidade (e, frequente, falta de vontade) de tributar o capital financeiro; 7) aumento de atividades conduzidas por indivíduos fora dos próprios países; 8) aumento das viagens por indivíduos permitindo compras no exterior por preços inferiores aos domésticos⁷⁵.

Assim, os países em desenvolvimento estariam mais expostos a esses problemas que os países desenvolvidos, por diversos aspectos, entre eles legislação tributária deficiente, falta de pessoal e de *expertise* para tratar de temas tributários complexos. Ainda, deve-se acrescentar mais um *tax térmite*, que é a expatriação "pura" de capitais (um pouco mais extensiva que a mencionada no *termite* sete). Um aspecto importante é que esses capitais que são expatriados, muitas vezes retornam como investimento externo para utilizar-se de benefícios fiscais só acessíveis para ao investidor externo (o que claramente causa distorções na alocação de capital, e tem diversos aspectos negativos). Assim, os efeitos negativos, em geral, correspondem à fuga de capitais próprios que se transmutam em capital estrangeiro (o volume de recursos financeiros das economias em desenvolvimento que está ancorado em jurisdições de baixa tributação, i. e., paraísos fiscais, é muito alto)⁷⁶ e também na fuga da base tributável em virtude de que as empresas multinacionais que operam no país terminam por pagar muito pouco tributo, manobrando para transferir essas bases para outras jurisdições com menor tributação, ou que possa diferir a tributação (no caso de multinacionais locais).

Um aspecto importante, é que por mais eficiente que determinadas metodologias possam ser (do ponto de vista dos princípios que estão sendo aplicados, como o *arm's length*), muitos países em desenvolvimento simplesmente não tem condições de aplicar e não vão ter essas condições em horizonte temporal mais ou menos longo. Ou seja, a inserção no ambiente atual do STIC,

⁷⁵ Cf. TANZI, Vito. Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites. IMF Working Paper 00/181. Washington: IMF, 2000. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00181.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁷⁶ Em estimativa conservadora é da ordem de 7,6 trilhões de dólares, o que corresponde a 8% da riqueza financeira mundial, mas com crescente participação de fontes de países em desenvolvimento. Cf. ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens**. Transl. Teresa Lavender Fagan. Chicago: UCP, 2015, p. 35-52.

segundo todas as suas “regras”, pode trazer prejuízos à arrecadação decorrentes de medidas adotadas pela própria legislação tributária adaptativa do país e de sua administração tributária.

Além disto, sistemas de controles frouxos facilitam o fluxo de recursos financeiros ilícitos e os crimes transnacionais, tendendo a agravar a situação dos países em desenvolvimento. A prática desses crimes e o fluxo ilegal de recursos financeiros é intimamente ligada a ilícitos tributários (superfaturamento ou subfaturamento de transações internacionais, esquemas fraudulentos de financiamento, etc.). Assim, um sistema tributário estruturado e com auditoria eficiente é fundamental também no controle desses ilícitos.

3.4. Aspectos Críticos

Um aspecto relevante é que as propostas que são colocadas para atacar problemas do STIC, que afetam todas as economias, mas afetam com mais intensidade e com maior exposição os países em desenvolvimento, são colocadas justamente pelos países mais ricos, sob a ótica das políticas das economias desenvolvidas, isto é um fato⁷⁷. Adicionalmente, a formação da base do STIC por via de mecanismos internacionais (OCDE, G-20, ONU, FMI, OMC, etc.) que geram normas e orientações de início criadas e acatadas pelos países mais ricos, a partir de determinado momento acabam sendo, na prática, de seguimento obrigatório por todo o conjunto de países, trazem intrinsecamente um déficit democrático⁷⁸.

Mesmo as alternativas que estão sendo colocadas pela OCDE/G20 são objeto de contestação, muitas vezes em face da ineficácia para equacionar os problemas apresentados. Em relação ao que pode ser considerado o principal problema do STIC, que são os preços de transferência, as ações indicadas pela OCDE, constantes da *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* e no Projeto BEPS são bastante criticadas. Conforme colocado por Gabriel Zucman:

What is to be done? The current approach of the OECD and G20 countries consists of trying to reform the existing system by strengthening transfer-pricing regulations. The first efforts began in the second half of the 1990s, and yet the trend toward more widespread use of tax havens by US multinational companies has

⁷⁷ Há razoável critismo em relação a esse aspecto. See, e.g., Irma Johanna Mosquera Valderrama sustenta que a limitada participação dos países em desenvolvimento no estabelecimento da agenda e na elaboração do conteúdo dos instrumentos multilaterais de intercâmbio de informações e do Plano de Ação BEPS reduzem a legitimidade destes instrumentos face aos países em desenvolvimento. VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism. *World Tax Journal*, v. 7. n. 3, 2015.

⁷⁸ Cf. BATISTA JÚNIOR. Onofre Alves. *O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 387-395.

shown no particular sign of slowing down since then. The current approach, therefore, does not seem very promising. When it comes to manipulating transfer prices, companies will always be far ahead of the controllers, because their means are greater: the tax department of General Electric alone employs close to a thousand individuals. More resources granted to tax authorities might help curb tax avoidance. But in the United States, IRS funding is actually on a downward trend, and, besides, there is a real risk that increased spending by tax authorities would trigger even bigger corporate expenses, leading to no extra revenue and a true loss for the collectivity.

We need a radical reform of corporate taxation. [. .]⁷⁹

Aspecto agravante é que dada uma situação crítica, os países em desenvolvimento tem menos condições de lidar com o problema e normalmente se socorrem da *expertise* dos causadores do problema que são os países ricos, onde estão sediadas as principais companhias multinacionais. Muitas vezes é como se usassem o remédio receitado pelo médico da bactéria que está atacando o doente, ou seja, tende a piorar o problema.

A globalização, conforme já visto, traz diversos efeitos, entre eles a concentração de renda.⁸⁰ Esta concentração de renda é pior nos países em desenvolvimento, que historicamente sofrem com problemas de iniquidade na distribuição de renda e apropriação da riqueza. Este aspecto negativo tem efeitos que podem ser desastrosos, como o comprometimento da democracia⁸¹, também muitas vezes já frágil nos países em desenvolvimento. Assim, o aspecto da reversão do atual processo de acumulação por uma pequena minoria da população é vital para grande parte dos países em desenvolvimento.

4 RECOMENDAÇÕES E CONCLUSÕES

Considerando o que foi discutido em respeito ao STIC e aos temas relevantes para os países em desenvolvimento seguem conclusões e recomendações. Após, seguem considerações adicionais sobre outros aspectos do STIC e economias em desenvolvimento considerando que as bases de incidência tributária são intercambiáveis.

⁷⁹ ZUCMAN, Gabriel. *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens*. Transl. Teresa Lavender Fagan. Chicago: UCP, 2015, p. 110.

⁸⁰ Ver ATKINSON, Anthony. *Desigualdade: O que pode ser feito?* Trad. Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015.

⁸¹ Cf. STIGLITZ, Joseph. E. *The Price of Inequality: How today's divided society endangers our future*. New York: Norton & Company, 2013, p. 148-182.

Normas de preços de transferência

No caso dos preços de transferência, os países em desenvolvimento devem focar em metodologias que simplifiquem as metodologias complexas de satisfação do princípio arm's length. No que diz respeito às commodities (da agricultura e extrativas), a adoção do chamado sexto método (baseado nos preços das bolsas internacionais de mercadorias), é a melhor solução, considerando a praticidade do método, e também a razoável aceitabilidade que hoje apresenta⁸². A adoção do sexto método vale também para a importação de commodities. Para os métodos *cost plus* e *resail price*, o uso de margens fixas pré-determinadas pela legislação é uma solução perfeitamente viável e simplificadora⁸³. Ainda em referência aos preços de transferência, no que diz respeito aos intangíveis, especialmente na importação e aquisição desses fatores no mercado internacional, a solução brasileira de limitação das deduções a um percentual do faturamento obtido com o uso dos intangíveis é uma solução plausível, embora, em geral, não siga o princípio *arm's length*, se adotados índices adequados que limitem a dedutibilidade, pode haver também uma aproximação aceitável do que teria ocorrido numa situação *arm's length* — neste caso não se aplica ajuste de preços de transferência mas tão somente a limitação de dedutibilidade conforme explicado acima, independentemente da operação ocorrer entre partes relacionadas. Ainda no que diz respeito aos preços de transferência o uso de *safe harbours* pode trazer vantagens de simplificação⁸⁴, mas deve ser usado com cautela para não ser utilizado como mecanismo de elisão.

Para cada país em desenvolvimento, com economias diferentes umas das outras, há que se verificar onde o problema da perda de receita se encontra. Assim, um país com dependências extrema da exploração de recursos naturais, que pode ser mineração, ou mesmo exploração agrícola, deve ter um extremo cuidado com os preços de transferência na exportação, devendo este

⁸² Diversos países em desenvolvimento já adotam esta metodologia, que consta também das alterações propostas aos *TP Guidelines* da OCDE, cf. OECD. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports**. Paris: OECD, 2015, p. 51-54. Na atualização do Manual da ONU sobre Preços de Transferência, haverá também referências. Ver Também VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; LOPES, Rodrigo Moreira. Transfer Pricing In Brazil And The Traditional OECD Approach. **International Taxation** (INDIA), v. 9, p. 57-67, 2013, p. 29.

⁸³ Esta metodologia é usada no Brasil. Ver United Nations. **United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries**. New York: UN, 2013, p. 358-370. Sobre o uso de margens fixas ver também DURST, Michael C. Self-Help and Altruism: Protecting Developing Countries' Tax revenues. In: POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen. (Edts.) **Global tax Fairness**. p. 316-338. Oxford: Oxford Univ. Press, 2016, p. 325; DURST, Michael C. Making Transfer Pricing Work for Developing Countries. Viewpoints. **Tax Analysts**, p. 851-854, Dec 13, 2010, p. 852.

⁸⁴ Ver. e.g., referindo à prática brasileira, VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; LOPES, Rodrigo Moreira. Transfer Pricing In Brazil And The Traditional OECD Approach. **International Taxation** (INDIA), v. 9, p. 57-67, 2013, p. 62.

setor ter uma tributação do lucro das empresas compatível, sem benefícios fiscais (é um caso em quem não é possível mover a indústria). Por outro lado, caso seja um país com o mercado interno explorado por companhias estrangeiras, ou mesmo coligado com companhias estrangeiras, que atuam explorando o mercado interno, sejam no mercado de varejo ou atacado, o foco deve ser no controle das importações, via preços de transferência (neste caso, uso do método *resale price* com margens pré-determinadas é apropriado).

No que diz respeito aos acordos avançados de preços (*Advance Pricing Agreement - APA*), se a sistemática adotada for semelhante à proposta neste trabalho, haverá pouco espaço para APAs. Porém, em situações com intangíveis envolvendo prestação de serviços *intra-company*, com acordos de *cost-sharing*, pode ser que um APA seja eficiente, porém, o APA deve ser negociado entre as administrações tributárias dos países envolvidos, evitando-se a conclusão de APAs diretamente com o contribuinte, em virtude dos riscos inerentes a esse tipo de ação. O APA bilateral traz mais segurança jurídica que o APA comum, em virtude da participação de duas autoridades competentes (também denominado BAPA — *Bilateral Advance Pricing Agreement*).

Um aspecto importante no que diz respeito a preços de transferência é a conexão entre a fiscalização interna e dos tributos sobre o comércio exterior. É recomendável que a autoridade fiscal para os tributos internos seja a mesma que a autoridade dos tributos sobre o comércio exterior. Neste caso a existência de uma mesma base de dados e a interação entre as duas atividades, melhora a eficiência do controle de preços de transferência, especialmente no que diz respeito às transações envolvendo bens tangíveis (sujeitos a controle aduaneiro).

Normas sobre companhias controladas no exterior (CFC)

As normas CFC aplicam-se às companhias com sede no país em relação aos lucros de suas subsidiárias e controladas no exterior, nos casos que a jurisdição adota a tributação com bases universais (*worldwide taxation*). Em geral, os países em desenvolvimento não têm muitas companhias multinacionais nesta condição. Porém, esta situação tem se alterado, e por outro lado, um país sem normas CFC atrai estrutura de outras companhias que podem se estabelecer nesses países apenas para se aproveitar da ausência de normas CFC, utilizando o país como trampolim de operações. Assim, é recomendável que mesmo que o país não tenha muitas companhias multinacionais sediadas no país, tenha efetivamente uma norma CFC. As normas CFC têm evoluído para contemplar também rendas ativas, evitando o adiamento da tributação indefinidamente, devendo o país sede contrabalançar a necessidade de receitas com

efeito concorrencial negativo da tributação antes da efetiva repatriação dos lucros⁸⁵.

Tratados de dupla tributação

Cuidado especial deve ser tomado na negociação de tratados de dupla tributação, que só devem ser negociados com países que tenham potencial de investimento, devendo ter cláusulas antiabuso específicas e gerais⁸⁶. Os países em desenvolvimento devem dar privilégio à tributação da fonte (modelo da ONU), resolvendo a questão da neutralidade da tributação via crédito tributário, inclusive para royalties. Entende-se que os países em desenvolvimento devem manter as cláusulas de *tax sparing* nos tratados com os países ricos, pois sem esta cláusula uma política defensável de benefícios fiscais, para atração de investimentos, pode ser anulada pela tributação no domicílio, restringindo a soberania tributária do país em desenvolvimento.

Remessas de juros e subcapitalização distorcida (*thin capitalization*)

Atenção especial deve ser dada às remessas e ao pagamento de juros ao estrangeiro. Isto se aplica tanto no que diz respeito à adoção de regras de capitalização distorcida (*thin capitalization*) quanto às remessas em pagamentos normais. As regras baseadas no percentual do endividamento em relação ao patrimônio líquido são mais eficientes, pois em princípio estimulam o aumento da participação no patrimônio. Mas há também que se controlar o percentual dos juros pagos per se, o que se pode fazer com regras de preços de transferência. Neste caso, a adoção de um padrão de mercado para feito da dedutibilidade de juros, à semelhança do sexto método para commodities, pode ser adotado também para os juros, admitindo-se como juros de mercado os juros praticados em para determinados títulos em determinadas praças (e.g., a taxa Libor para depósito em dólar para seis meses), com um ajuste (margem de *spread*) fixado na norma (que pode variar a depender das condições de mercado).

⁸⁵ O Relatório da Ação 5 do BEPS traz posição semelhante. Ver OECD, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015, esp. p. 43-44 (item 75). Sugestão em mesmo sentido parecido já foi dada para países desenvolvidos. Cf. AVI-YONAH, Reuven S. . The OECD Harmful Tax Competition Report: A Tenth Anniversary Retrospective. **Brooklyn Journal of International Law**, v; 34, n. 3, p. 783-795, 2009, p. 793.

⁸⁶ Ver ação BEPS e as modificações em curso no Modelo da Tratado de Dupla Tributação da ONU. Ver OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 — 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, PARIS: OECD, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm>>. Acesso em: 12 maio 2017.

Transações via internet (economia digital)

No que diz respeito às transações com intangíveis (sem circulação física do bem objeto da transação) pela internet, ou em sentido mais amplo, a economia digital e todas as suas alternativas negociais, considerados os diversos mercados, a melhor possibilidade de solução seria uma acordo internacional multilateral, com tributação no local do consumo (semelhante às soluções dos EUA com o *use tax*, e à brasileira com a tributação de operações não interestaduais não presenciais, onde o Estado de origem cobra o tributo e repassa ao Estado de consumo). Essa proposta captura a tributação indireta que é hoje muitas vezes perdida nessas transações. O fornecimento de intangíveis a partir de um país não signatário do acordo poderia ser considerado um ilícito (semelhante ao contrabando). Em relação às transações com bens tangíveis sujeitas a controle aduaneiro, a internet não apresenta os mesmos problemas, contudo, no futuro poderá se submeter ao mesmo tratamento, se houver o tratado mencionado. Com relação à tributação da renda das empresas envolvidas nessas transações, remete-se às alternativas já mencionadas para preços de transferência.

Ganhos de Capital em Transferência Indireta de Participação

Tema que merece especial atenção, mas que depende da opção tributária do país, pois corresponde ao exercício extraterritorial da competência tributária. O que se deve questionar é: se a transação fosse feita internamente haveria ganho de capital tributável. Se a resposta é positiva, a razão de se expatriar a transferência foi somente para evitar a tributação? Ou seja, se esta estratégia tributária permite que empresas e indivíduos ganhem com transações de ativos de determinado país, sem que a jurisdição de origem do ganho tribute adequadamente a transação, é conveniente que seja tributada no país em que os ativos são localizados. Assim, é importante que as legislações dos países em desenvolvimento contemplam a tributação dessas operações de maneira adequada, lembrando que em muitos casos a eficácia na aplicação da norma depende de acesso a informações sobre a transação ocorrida no exterior. Por outro lado, é importante que os ativos (*assets*) objeto de da transação possam ser usados no pagamento dos créditos tributários decorrentes da aplicação da norma (*enforcement of tax debts*), sob pena de ineficácia das normas.

Tratamento diferenciado nas transações com paraísos fiscais.

As transações feitas com paraísos fiscais devem ser sempre tratadas como transações com partes vinculadas. Adicionalmente, as alíquotas de retenção na fonte podem ser majoradas nesses casos (*royalties*, juros, serviços em geral, dividendos). De forma a evitar a erosão das bases tributárias convém dar

tratamento específico para transações com jurisdições com baixa tributação (paraísos fiscais)⁸⁷ com as seguintes medidas: 1) identificar um critério legal e estabelecer uma lista de países que se enquadram no critério (preserva a segurança jurídica) — assim, no sentido de praticidade e previsibilidade, a legislação deve trazer a lista das jurisdições consideradas paraísos fiscais para efeito de aplicação das normas mais rígidas; 2) todas as transações com paraísos fiscais devem estar sujeitas ao controle de preços de transferência, independentemente do residente no paraíso fiscal ser identificado como parte relacionada; 3) não permitir a aplicação de normas de *safe harbour* disponíveis para preços de transferência nas transações com paraísos fiscais; 4) além da aplicação nesses casos as regras de preços transferência específicas para pagamento de juros de empréstimos, devem ser consideradas também como sujeitas às normas de *thin capitalization*, independentemente do residente no paraíso fiscal que receber os juros ser identificado como parte relacionada, de forma a limitar a dedução de juros pagos a essas jurisdições, aplicando-se normas de subcapitalização fina mais estritas sempre que o credor for residente em paraíso fiscal; 5) as alíquotas de tributação na fonte devem ser majoradas em pelo menos em 10% em relação à alíquota padrão na remessa de juros, royalties, serviços em geral, e dividendos (se o outro país quer abrir mão da tributação, por que não ficar com ela?); 6) só permitir deduções da base de cálculo do imposto de renda se os pagamentos feitos a paraísos fiscais tiverem seu beneficiário efetivo identificado; 7) impor regras de expatriação de capitais para paraísos fiscais com a imposição de *exit tax* (ou *departure tax*) (tributação sobre a expatriação de capitais, ou mudança de domicílio fiscal) com alíquotas maiores de que as incidentes para outros países (ou sua imposição em relação aos paraísos fiscais mesmo que não exista *exit tax/departure tax* para outros países); 8) aplicar as normas CFC para as controladas ou coligadas em paraísos fiscais para todos os rendimentos (ativos e passivos), podendo mesmo ser admitido uma participação menor no capital da empresa sediada no paraíso fiscal, para efeito de consideração a aplicação da norma CFC.

Sob o ponto de vista dos próprios paraísos fiscais, enquanto países em desenvolvimento. Em um sistema de competição tributária internacional, onde pequenos países têm poucas alternativas de promoção de desenvolvimento, eles não desistirão de ser paraísos fiscais (regiões de baixa tributação com alto nível sigilo) a não ser que tenham estímulos externos monetários para isto; somente punições, ou ameaça de sanções não resolvem o problema⁸⁸. Por-

⁸⁷ Muitas das medidas constantes da legislação brasileira, neste aspecto, podem ser consideradas uma boa prática.

⁸⁸ No âmbito do Global Fórum foram discutidas sanções como proibição de efetuar transações bancárias (com o determinado país que impõe a sanção), mas como há uma enorme capilaridade, ações unilaterais não tem nenhum impacto. Há outras propostas de sanções, com foco no

tanto, para os pequenos paraísos fiscais, só haverá solução se concomitantemente com as medidas atuais houver estímulo financeiro, de forma que pelo menos parte considerável das perdas com eliminação das vantagens efetivamente obtidas em ser um *offshore financial center* seja contrabalançada⁸⁹.

Outras considerações

A tributação sobre o consumo deve ser utilizada, considerando o *mix* de bases tributárias, mas alguns aspectos devem ser levados em consideração. A tributação sobre o consumo é regressiva, gerando acumulação de renda, que se constitui atualmente, uma questão de alta relevância. Assim o uso de *excise tax* para alguns setores e produtos (e.g., combustíveis, bebidas e tabaco) é recomendado. Por outro lado, na tributação geral do consumo, pode ser dada isenção tributária para o consumo básico, de forma a se diminuir, pelo menos em parte, a regressividade do sistema (e.g., menor tributação para bens de consumo básicos como água, alimentos medicamentos). Na tributação do consumo é aconselhável a utilização de tributo tipo IVA, que embora tenha complexidade maior que a tributação na última fase do consumo (*retail sales tax*), tem outras vantagens que superam (*outscore*) a tributação somente na fase final do consumo, além disso, um tributo tipo IVA permite a desoneração das exportações da carga tributária indireta interna, melhorando a competitividade internacional da produção local e em consonância com as normas da OMC.

Outro aspecto é que os países em desenvolvimento devem evitar regimes tributários diferenciados que diminuam a tributação de empresas multinacionais estrangeiras operando no país, sem que os mesmos benefícios sejam concedidos às empresas locais.

Um problema frequente enfrentado pelos países em desenvolvimento refere-se às indústrias extractivas. A tributação do lucro dessas empresas, que muitas vezes somente extraem e exportam os produtos, pode ser problemática. Uma alternativa é a tributação sobre o valor dos ativos (não o patrimônio

tema da evasão tributária facilitada pelos paraísos fiscais, a partir de uma abordagem pigouviana, ver e.g., ZUCMAN, Gabriel. *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens*. Transl. Teresa Lavender Fagan. Chicago: UCP, 2015, p. 75-92.

⁸⁹ Trata-se de abordagem feita a partir da teoria dos jogos, que chegou a estes resultados a partir da análise da guerra fiscal na federação brasileira. Em muitos aspectos com similaridade à guerra fiscal internacional, resultando numa *race to the bottom*. Ver VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira, ET. AL. *Guerra Fiscal Em Operações Interestaduais Com Bens e Mercadorias Importadas: Análise e Propostas de Solução*. In. ESAF. *Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros: Programa de Estudos 2011*. p. 111-289. Brasília-DF: EASF, 2012. Tal perspectiva, em nível internacional, é reforçada pelo fato de que as alegadas implicações positivas (*spillover effects*) na montagem e manutenção de centros financeiros offshore, especialmente para pequenas jurisdições, não são uma garantia, cf. PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. *Tax Havens: How Globalization Really Works*. Ithaca: Cornell, 2010, p. 183-184.

líquido), baseado no valor de mercado da reserva; outra é a cobrança de direito de extração (*royalties*) em valores correspondentes ao valor do produto exportado, porém com valor tomado partir das bolsas de mercadoria (base do sexto método de preços de transferência), evitando a manipulação de preços por parte da empresa; ou uma combinação das duas sistemáticas (o que diminui a sazonalidade). O tributo pode ser calibrado de forma que seria o valor do imposto de renda caso as operações fossem conduzidas *arm's length*. A vantagem é que não seria necessário aplicar regras de preços de transferência, *thin capitalization* etc., pois seria uma tributação direta independente do lucro apresentado pela companhia (que pode ser nacional ou multinacional). Ademais, este tipo de indústria não deve ser agraciado com benefícios fiscais.

Se há um aspecto que os países em desenvolvimento e grande parte dos países desenvolvidos deveriam se alinhar e impor políticas internacionais comuns de forma a equacionar o problema é a exagerada concentração de renda em nível global que o mundo hoje experimenta. Este consenso pode viabilizar um tributo internacional, sobre ativos⁹⁰ e sobre transações via internet, e pode viabilizar também uma autoridade tributária internacional⁹¹ com autoridade sobre esse tributo que seria repartido entre as nações do globo em função das necessidades de cada país levando em conta o estado de necessidade de sua população, com supervisão também sobre a qualidade dos gastos com esses recursos, e também poder equacionar a questão dos paraísos fiscais não só pelo lado da pressão, mas também pelo lado do estímulo financeiro de forma que abandonem práticas pouco transparentes (conforme sugerido acima).

Evidencia-se que há uma necessidade de coordenação de política tributária em nível internacional, contudo, os países não têm necessariamente objetivos comuns, se consideramos as diferenças entre países com economias desenvolvidas e países em desenvolvimento. Como tem momentos econômicos diferentes, as estratégias de coordenação para evitar a erosão da base tributária podem não ser factíveis para os países em desenvolvimento e devem ser adaptadas e remodeladas. Uma última palavra. Países em desenvolvimento devem observar o tratamento dos temas do STIC com foco na praticidade e previsibilidade como valores contemplados nas normas tributárias. Isto porque qualquer embate que houver a partir das normas tradicionalmente utilizadas pelos países ricos, existe a maior probabilidade de prevalecer o ponto de vista do contribuinte dos países ricos (países de onde se originaram majoritariamente as regras do STIC).

⁹⁰ Ver PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 501-520.

⁹¹ Sobre a autoridade internacional ver TANZI, Vito. Lakes, Oceans, and Taxes: Why the World Needs a Tax Authority? In POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen. (Edts.) **Global tax Fairness**. Oxford: Oxford Univ. Press, 2016.

REFERÊNCIAS

- ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.) **The Challenges of Tax Reform in a Global Economy**. p. 167-192. New York: Springer, 2006.
- ALVES, Denis Lima; RICCIO, Edson Luiz. Bibliometric Study on Thin-Capitalization. 12º CONTECSI, FEA/SUP, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.contecsi.fea.usp.br/envio/index.php/contecsi/12CONTECSI/paper/view/2857/2421>>. Acesso em: 09 maio 2017.
- AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 7, p. 1573-1676, 2000.
- _____. The OECD Harmful Tax Competition Report: A Tenth Anniversary Retrospective. **Brooklin Journal of International Law**, v. 34, n. 3, p. 783-795, 2009.
- BAKER, Paul. L. An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. **International Journal of the Economics of Business**, p. 341-377. v. 212, n. 2., 2014.
- BARRIOS, Salvador; HUIZINGA, Harry; LAEVEN, Luc; NICODÈME, Gaëtan. International Taxation and Multinational Firm Location decisions. **Taxation Papers**/European Commission. Luxembourg: EC, 2009.
- BEPS Webpage. Em www.oecd.org/tax/beps
- BISWAS Rajiv (Edit.) **International Tax Competition**: Globalisation and Fiscal Sovereignty. London: Commonwealth Sec., 2002.
- BURNS, Lee; LE LEUCH, Honoré; SUNLEY, Emil. Transfer of an interest in a mining or petroleum right. In DANIEL, Philip et. al (edts.) **International Taxation and the Extractive Industries: Resources without Borders**. Washington: IMF/Routledge, 2017.
- CACERES, Luis Rene. Exports, Taxes and Economic Growth: the case of El Salvador. TOYE, S. F. J. (Ed.). **Taxation and Economic Development**: Twelve Critical Studies. London: Fran Cass, 1978.
- CARBACHO, Ana; CIBILIS, Vicente Fretes; LORA, Eduardo. (Eds). **Recaudar No Basta: Los Impuestos Como Instrumento de Desarrollo**. Washington: BID, 2013.
- CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Trad. Luis Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

DE GOEDE, Jan J. P. Direitos sobre receitas tributárias na venda de ações: Caso Vodafone. In BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo (Coords.) **Direito Internacional Tributário: Teoria e Prática**. São Paulo: RT, 2014.

DURST, Michael C. Making Transfer Pricing Work for Developing Countries. Viewpoints. **Tax Analysts**, p. 851-854, Dec 13, 2010.

_____. Self-Help and Altruism: Protecting Developing Countries' Tax revenues. In: POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen. (Edts.) **Global tax Fairness**. p. 316-338. Oxford: Oxford Univ. Press, 2016.

E&Y. 2013 Global Transfer Pricing Survey: Navigating the choppy waters of international tax. E&Y, 2013. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2013_Global_Transfer_Pricing_Survey/\\$FILE/EY-2013-GTP-Survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2013_Global_Transfer_Pricing_Survey/$FILE/EY-2013-GTP-Survey.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2014.

EDWARDS, Chris; MITCHELL, Daniel J. **Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle do Defend It**. Washington: Cato, 2008.

GASSEN, Valcir. **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012

_____. **Tributação na origem e no destino:** tributos sobre o consumo e processo de integração econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOODSPEED, Timothy. Taxation and FDI in Developing and Developing Countries. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.) **The Challenges of Tax Reform in a Global Economy**. p. 137-154. New York: Springer, 2006.

GRAHAM, Toby; BELL, Evan; ELLIOTT, Nicholas. **Money Laundering**. London: Butterworths, 2003.

GRIESGRABER, Joe Marie. Tax Impact. In NEW RULES FOR GLOBAL FINANCE. **Global Financial Governance and Impact Report**. 2013. Washington: NRGF, 2013, p. 60. Disponível em: <http://www.new-rules.org/storage/documents/global_financial_governance_impact%20report_2013%20.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GUGH, Elizabeth; ZODROW, George R. International Tax Competition and Tax incentives in Developing Countries. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.) **The Challenges of Tax Reform in a Global Economy**. p. 167-192. New York: Springer, 2006.

HEWITT, Paul; LYMER, Andrew; OATS, Lynne. History of International Business taxation. In: LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. **The international Taxation System**. Norwell, MA: Kluwer, 2002.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Fiscal Monitor: Acting Now, Acting Together. Washington: IMF, 2016, Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2016/01/pdf/fm1601.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. IMF Policy Paper: Spillovers in International Corporate Taxation, 2014. Disponível em: <www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017.

JAMES, Simon. The Future of International Tax Environment. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUES, Jorge; RIDER, Mark (Eds.) **The Challenges of Tax Reform in a Global Economy.** p. 105-117. New York: Springer, 2006.

KELSEY, Jane. Legal Analysis of Services and Investments in the CAROCFORUM-EC EPA: Lessons for the Other Developing Countries. Geneve: South Centre, 2010. Disponível em: <http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/05/RP31_Lessons-for-other-developing-countries_EN.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

LANZ, Rainer; MIROUDOT, Sébastien. Intra-Firm Trade: Patterns, Determinants and Policy Implications, OECD Trade Policy Papers No. 114, OECD Publishing, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9p39lrwnn-en>>. Acesso em: 07 maio 2017.

LORETZ, Simon. Corporate Taxation in the OECD in a Wider Context. Oxford University Centre For Business Taxation. WP 08/21, 2008. Disponível em: <<http://eureka.sbs.ox.ac.uk/3353/1/WP0821.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2017.

MARIKA, Toumi. Anti-Avoidance and Harmful Tax Competition: From Unilateral to Multilateral Strategies. In: LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. **The international Taxation System.** Norwell, MA: Kluwer, 2002

NEUMAYER, ERIC. Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, v. 43, n. 8, p. 1501-1519, 2007

OECD. Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. Paris: OECD, 1998.

_____, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015

_____. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports.** Paris: OECD, 2015.

_____. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 — 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, PARIS: OECD, 2015. Disponível em: <<http://>

www.oecd.org/tax/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. BEPS Actions13 on Country-by Country Reporting — Peer Review Documents, OECD/G20 Base erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2017, p. 28 (note 2). Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-13-on-country-by-country-reporting-peer-review-documents.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2017.

_____. Consumption Tax Trends 2016: VAT/GST and Excise Rates, Trends and Policy Issues. Paris: OECD Publs., 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/consumption/consumption-tax-trends-19990979.htm>>. Acesso em: 04 maio 2017.

_____. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.

_____. Harmful Tax Competition — An Emerging Global Issue. Paris: OECD Publishing, 1998.

_____. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014. Paris: OECD, 2014.

_____. Tax Policy Reform and Economic Growth. Paris: OECD Pub., 2010.

OWENS, Jeffrey. Transparency, trade and tax: a G8 action plan. **International Tax Review**. June, 2013.

_____. Globalisation: The Implications for Tax Policies. **The Journal of Applied Public Economics**, p. 21-44, v. 114 n. 3, aug./1993

PALAN, Ronen; MURPHY, Richard; CHAVAGNEUX, Christian. **Tax Havens: How Globalization Really Works**. Ithaca: Cornell Univ. Press, 2010.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen. (Edts.) **Global tax Fairness**. Oxford: Oxford Univ. Press, 2016.

RICARDO, David. **The Principles of Political Economy and Taxation**. Mineola, NY: Dover, 2004

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAH, S. M. S.; TOYE, J. F. J. Fiscal Incentives for Firms in Some Developing Countries: Survey and Critique. In TOYE, S. F. J. (Ed.). **Taxation and Economic Development: Twelve Critical Studies**. London: Fran Cass, 1978.

SHARMAN, Jason Campbell. **Havens in a storm**: the struggle for global tax regulation. Ithaca: Cornell Univ. press, 2006.

SORENSEN, Peter Birch. International Tax Competition: A New Framework for analysis. 2002. Disponível em: <<http://www.econ.ku.dk/pbs/diversefiler/WIFO-flet-060202.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017.

SOUTH CENTRE. **The Impact of the Global Economic Crisis on Industrial Development of Least Developed Countries: Report of the South Centre**. Geneve: South Centre, 2010.

SPENCER, David. The U. N. Tax Committee, Developing Countries, and Civil Society Organizations (Part 1). **Journal of International Taxation**, n. 26, p. 42-51, Dec. 2015.

STIGLITZ, Joseph. E. **The Price of Inequality: How today's divided society endangers our future**. New York: Norton & Company, 2013.

TANZI, Vito. Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites. IMF Working Paper 00/181. Washington: IMF, 2000. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00181.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017

_____. Lakes, Oceans, and Taxes: Why the World Needs a Tax Authority?. In POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen. (Edts.) **Global tax Fairness**. Oxford: Oxford Univ. Press, 2016.

TURLEY, Conrad; PETRICCIONE, Mario; CHAMBERLAIN, David. **A New Dawn for the International Tax System: Evolution from past to future and what role will China play?**. Editor (s): Yuesheng Jiang, Khoonming Ho. Amsterdam: IBFD, 2017. ISBN: 978-90-8722-390-8

UNITED NATIONS - UNCTAD. Global Investment Trends Monitor. Investment Flows Through Offshore Financial Hubs Declined But Remain At High Level Un-Untad. New York, N. 33, 3 May, 2016. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2016d2_en.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016

UNITED NATIONS. **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2011.

_____. **United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries**. New York: UN, 2013.

_____. **World Investment Report Global Value Chains: Investment and Trade For Development 2013: Global Value Chains: Investment and Trade For Development**. New York: UN, 2013.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Globalization Effects on The Brazilian Tax System. In: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; BORGES, Antônio de Moura. (Orgs.). Brazil, Russia, India, China (BRIC): **Tax System Structures and the Effects on Development and Foreign Trade Performance Lessons and Solutions**. p. 10-35. 1. ed. Brasília, 2011.

_____. Transparência Fiscal Internacional: Situação Atual e a Posição do Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. (Org.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**. v. 6 São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. Troca de informações com base em tratados internacionais: uma necessidade e uma tendência irreversível. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**, v. 4, n. 2, p. 261-282, 2009.

_____, et al. Guerra Fiscal Em Operações Interestaduais Com Bens e Mercadorias Importadas: Análise e Propostas de Solução. In: ESAF. **Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros: Programa de Estudos 2011**. p. 111-289. Brasília-DF: EASF, 2012.

_____; BORGES, A. M. (Orgs.). **Brazil, Russia, India, China (BRIC): Tax system structures and the effects on development and foreign trade performance lessons and solutions**. 1. ed. Brasilia: ABDI, 2011.

_____; LOPES, Rodrigo Moreira. Transfer Pricing In Brazil And The Traditional OECD Approach. **International Taxation (INDIA)**, v. 9, p. 57-67, 2013.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism. **World Tax Journal**, v. 7. n. 3, 2015.

WEBBER, Stuart. Thin Capitalization and Interest Deduction Regulations. CORIT Discussion Paper No. 8. Copenhagen, 2010. Disponível em: <<http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/CORIT-8-Thin-Capitalization-and-Earnings-Stripping-Regulations-2-1.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **International Trade Statistics 2015**. Geneva: WTO, 2015. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2015_e/its2015_e.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

WTO. Dispute WTO. Settlement: Dispute Ds472 Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.

ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations**: The Scourge of Tax Havens. Transl. Teresa Lavender Fagan. Chicago: UCP, 2015.

* Recebido em 12 maio 2017.



NANOTECNOLOGIA E DIREITO: DA ESTRUTURA JURÍDICA TRADICIONAL AO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO

*Maria Cândida Simon Azevedo Nascimento**

*Wilson Engelmann***

Resumo

As nanotecnologias são o maior e mais recente avanço da ciência. Essa inovação possibilita a criação e a modificação da matéria em escala microscópica. Sua aplicação tem infinitas utilidades em diversos ramos da indústria, como em tecidos, alimentos, medicamentos etc. Por se tratar de uma inovação, não possui qualquer parâmetro anterior. Possíveis riscos imediatos ou futuros ao meio ambiente e ao próprio ser humano parecem ser inevitáveis, pois existem apenas recentes pesquisas sobre sua toxicidade. É dessa forma que as nanotecnologias se tornam um grande desafio para a Ciência do Direito. A estrutura jurídica atual, proposta por Pontes de Miranda, não condiz com as necessidades impostas por essa inovação. Portanto, há uma urgente necessidade em se rever a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, pois esta tem a lei como único suporte fático, no qual os fatos da vida incidem e tornam-se jurídicos. As nanotecnologias são um campo em recente desenvolvimento e, portanto, não possuem uma regulamentação específica pelo Estado. É necessário, através de um diálogo entre as fontes do Direito, buscar o suporte fático no Direito e não apenas na lei. Assim, o diálogo deverá ser atendido de acordo com uma regulamentação e uma regulação, buscadas em Alain Supiot, ou seja, o Estado deve fixar parâmetros e princípios, através dos quais os atores envolvidos diretamente terão que se basear e a partir daí buscar regulações próprias e adequadas.

Palavras-chave

Nanotecnologia. Direito. Teoria do Fato Jurídico. Diálogo entre as fontes do Direito. A regulamentação e a regulação.

* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2015); Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2012); Advogada.

** Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS/RS/Brasil; Professor deste mesmo Programa das atividades: “Transformações Jurídicas das Relações Privadas” (Mestrado) e “Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado” (Doutorado); Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

NANOTECHNOLOGY AND LAW: FROM TRADITIONAL LEGAL FRAMEWORK TO DIALOGUE BETWEEN THE SOURCES OF THE LAW

Abstract

Nanotechnology is the latest and greatest advancement of science. This innovation allows creating and modifying matter on a microscopic scale. Its application is advantageous in various industry areas, such as textile, food, and drugs. Because it is an innovation, it has no previous parameters. Potential immediate and future risks to the environment and to human beings seem to be inevitable as there is only recent research about its toxicity. This is how nanotechnologies have become a major challenge for the Science of Law. The current legal framework, proposed by Pontes de Miranda, does not address the issues imposed by this innovation. Thus, there is an urgent need to review the Legal Fact Theory of Pontes de Miranda as it has the legislation as sole factual support, where the facts of life occur and become legal. Nanotechnology is a field in recent development, having, therefore, no specific regulations by the State. It is paramount, through dialogue between the sources of the law, to seek factual support in the Law as well as in the legislation. Thus, this dialogue should take place according to rules and regulations, as proposed by Alain Supiot. In other words, the State should set principles and parameters by which players directly involved should be guided and from which proper and adequate regulations should be drawn.

Keywords

Nanotechnology. Law. Legal Fact Theory. Dialogue between the sources of the Law. Rules and regulations.

1. INTRODUÇÃO

A partir da possibilidade de se manipular a matéria em escala nanométrica (na bilionésima parte de um metro), o que chamamos de nanotecnologia, o Direito passou a ter um grande desafio. Tendo em vista que ainda sabemos muito pouco sobre os riscos decorrentes dessa nova tecnologia, temos que buscar adequar a ordem jurídica para que esta se comporte de conformidade com as novas necessidades impostas. A nanotecnologia é uma das últimas inovações da ciência. Trata-se de um novo paradigma. O Direito, tendo como uma de suas funções regulamentar a vida em sociedade, não pode deixar essas grandes inovações, como as nanotecnologias, a seu livre arbítrio. Entretanto, uma vez que ainda sabemos muito pouco sobre essa tecnologia, temos que ter muito cuidado para que no futuro não tenhamos problemas. É nesse aspecto que o Direito ingressa, posto que, apesar de, via de regra, não ter como característica principal a regulamentação de fatos futuros, precisa urgentemente desbravar novos rumos, sob pena de ter um futuro sem sua participação.

As teorias positivistas, portanto, não podem mais suprir essas novas necessidades, pois a evolução se tornou tão urgente que fazer com que o Direito positivo a acompanhe é quase que impossível. Os métodos tradicionais de incidência do fato na norma também não condizem com a necessidade atual, eis que acabamos criando aquilo que nem mesmo conhecemos e, consequentemente, não existem regras para regulamentá-lo. Nesse ponto, a Teoria do Fato Jurídico, proposta por Pontes de Miranda, segundo a qual o mundo jurídico divide-se em três planos (plano da existência; da validade; e da eficácia) torna-

se insuficiente para assegurar um futuro sem os possíveis riscos decorrentes das nanotecnologias. Por conseguinte, nesse momento interessante se faz a valoração de princípios através do diálogo entre as fontes do Direito, bem como a busca por uma regulação pelos próprios atores envolvidos diretamente.

O avanço tecnológico, principalmente o decorrente da manipulação da matéria em escala nano, traz e trará muitas mudanças à sociedade. O principal desafio para os operadores do Direito é acompanhar essa mudança, o que não se torna nada fácil em um sistema influenciado pelo positivismo. Surge, assim, o seguinte questionamento: O diálogo entre as fontes do Direito, levando em consideração a regulamentação e a regulação, possibilitará a reanálise da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda e a reorganização das fontes do Direito de forma horizontal e não mais verticalizada, a fim de proporcionar uma desregulamentação tradicional estatal e buscar uma regulação dialogal pelos próprios atores envolvidos diretamente, suprirá as necessidades impostas pelo mundo nanotecnológico?

O encadeamento das ideias ao longo do artigo é estruturado por meio do método sistêmico-construtivista proposto a partir de algumas ideias desenvolvidas Niklas Luhmann, a fim de observar como as bases jurídicas poderão ser desenvolvidas e comunicadas independente da sua conexão direta com o Sistema da Política, fomentando a comunicação inter e intra-sistêmica. Nesta linha, Artur Stamford da Silva (2012, p. 37-38), trabalhando este aspecto da proposta de Luhmann, assenta: “[...] afastar-se da causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista viabiliza uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica. A teoria reflexiva contém a teoria do conhecimento de corte construtivista, como é a teoria dos sistemas que observam, na qual a busca pela origem (racionalismo ou empirismo) e/ou possibilidade (dogmatismo, ceticismo e niilismo) do conhecimento (que resultam em causalidades) são afastadas”.

Este método consegue perceber variados modos de produção do arca-bouço regulatório em relação às nanotecnologias, sem a necessidade de mobilizar o Poder Legislativo (Sistema da Política). Aí o caráter construtivista da metodologia e que serve para a elaboração criativa da resposta ao problema que movimento este artigo. Isso parece ser um movimento importante que precisará ser anotado e compilado, pois a regulação está surgindo com a intervenção de diversos atores, muitos dos quais não-estatais. Para sustentar metodologicamente esta investigação se utilizará também a análise funcional, proposta por Luhmann (1990), considerando que ela relaciona a intenção de compreender o existente como contingencial e o que for diferente como comparável. Em outros termos, problema e solução não são uma relação que seja um

fim em si mesma, mas, antes, serve como fio condutor de perguntas por possibilidades e equivalências funcionais (LUHMANN, 1990). É na perspectiva sistêmico-funcionalista que se pretende estabelecer este elo de ligação entre o problema e uma solução a ser construída, notadamente pela observação dos marcos normativos capazes de dar conta dos desafios trazidos pelas nanotecnologias. Esse método é propício para o desenvolvimento tendente à transdisciplinaridade, não disciplinar da pesquisa, pois ela impõe dinâmica que pretende lidar com ação de vários níveis de realidade, de semânticas diversas. Para que o Direito consiga dar conta dos desafios trazidos pelos avanços das nanotecnologias, deverá abrir-se para dois caminhos: perpassar outras áreas do conhecimento que poderão ajudá-lo a compreender a complexidade das realidades que as nanotecnologias viabilizarão e deixar ingressar as ideias vindas de outras áreas e saberes.

Esse é o caso do fato nanotecnológico, fenômeno que está sendo vivenciado pela sociedade neste momento histórico. Entretanto, os seus efeitos são invisíveis e, em grande parte, ainda indeterminados — quando considerado o conjunto de técnicas, materiais e formas de utilização das nanotecnologias. Alguns testes toxicológicos, realizados com materiais específicos (como a nano prata, nano tubos de carbono e outros), já apontam para existência de riscos. Os referidos resultados, por enquanto, são apenas amostras de um mundo de possibilidades, proporcionado pelas nanotecnologias, mas eles são indicativos de que o debate sobre o tema é necessário e que esta é, sim, uma questão jurídica, a ser estudada e comunicada ao público consumidor e não-especialista.

O presente trabalho abordará inicialmente as nanotecnologias, caracterizando-as e advertindo sobre suas possíveis consequências para a natureza e para o ser humano, demonstrando e exemplificando atuais formas de utilização dessa nova tecnologia. Em seguida será questionada a (in)suficiência da estrutura jurídica tradicional frente aos novos direitos e deveres decorrentes das nanotecnologias. Demonstrar-se-á também a necessária (re)análise da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, através do diálogo *entre* as fontes do Direito proposto por Wilson Engelmann, a fim de possibilitar a abertura do ordenamento jurídico para diversas fontes, suprindo as limitações desse modelo legalista-positivista. Por fim, o diálogo entre as fontes do Direito será analisado levando em consideração os conceitos de regulamentação e regulação, buscados em Alain Supiot, trazendo-se, inclusive, recentes formas de regulação pelos atores diretamente relacionados com produções envolvendo nanotecnologia.

2. NANOTECNOLOGIA: NOVOS DIREITOS E DEVERES

O avanço da ciência já ultrapassou diversas barreiras. A criatividade e a incessante necessidade humana de desbravar novas fronteiras acabaram levando a humanidade a alcançar um novo conceito de tecnologia. Não é que a

nanotecnologia já não tenha sido descoberta a mais tempo, mas somente recentemente a inovação tecnológica passou a permitir o seu manuseio. Consequentemente, essa inovação gera diversos novos direitos e deveres que ainda serão muito debatidos. Entretanto, o que se pode afirmar com certeza, é que nanotecnologias já estão presentes no mundo e isso é inevitável.

Dessa forma, cabe, em primeiro lugar, lançar o seguinte questionamento: o que são nanotecnologias e quais suas consequências? Apesar de a sociedade leiga não ter conhecimento do que se trata, essa tecnologia já se encontra em diversos ramos do mercado mundial. Nanotecnologia é a denominação dada à “[...] alternativa de manipular átomos e moléculas na bilionésima parte do metro”. (ENGELMANN, 2013, p. 301), ou seja, um nanômetro é uma escala de medida que representa o tamanho de um bilionésimo de metro, sendo que um componente em escala nano possui propriedades únicas e distintas da escala macro. (ASSIS, 2012, p. 101). Da mesma forma, “Os nanocompósito são materiais híbridos, nos quais pelo menos um de seus componentes têm dimensões nanométricas” (ASSIS, 2012, p. 101). Diversos são os ramos que já trabalham com partículas em nanoscala, como, por exemplo, celulares, calçados, tecidos, automóveis, cosméticos, medicamentos etc. (ENGELMANN, 2013, p. 302). “Materiais nanotecnológicos — que atuam numa escala de bilionésimos de metro — estão sendo criados para o uso em drogas, alimentos, cosméticos e equipamento médico”. (ONU, 2007).

Da mesma forma, “A tecnologia já é utilizada na fabricação de raquetes de tênis mais resistentes, roupas que não mancham e janelas que se limpam sozinhas”. (ONU, 2007). Engelmann refere que, “Na agricultura, por exemplo, o uso da nanotecnologia poderá aumentar o crescimento e o desenvolvimento dos vegetais; nanossensores poderão melhorar o aproveitamento da aplicação dos pesticidas”. (ENGELMANN, 2013, p. 305). Apesar dos benefícios, há muitos riscos que envolvem esse tipo de produto, pois, com relação ao exemplo acima, “[...] esta aplicação ainda tem as seguintes dúvidas: toxicidade para o ecossistema, o potencial de resíduos que poderão ser carregados para os gêneros alimentícios e a fitotoxicidade dos nanomateriais são algumas das preocupações [...]”. (ENGELMANN, 2013, p. 305). No ano de 2007, a Organização das Nações Unidas (ONU), divulgou um relatório de 87 páginas alertando para os possíveis riscos decorrentes das nanotecnologias e pedindo uma ação rápida e uma regulamentação mais restrita no tocante à nova tecnologia. (ONU, 2007). Entretanto, até o presente ano não há providências concretas a respeito de uma regulamentação no tocante à fabricação e comercialização da nanotecnologia.

Produtos contendo nanotecnologia são comercializados no mercado mundial e acabam sendo consumidos sem qualquer distinção. Há que se considerar que não estamos tratando de um produto comum, ou melhor, temos

que ter a consciência de que produtos contendo material em escala nano podem ser prejudiciais tanto ao meio ambiente quanto à saúde humana. Não existe certeza das reações que determinados produtos podem ter quando em contato com o meio ambiente ou com o ser humano a curto e a longo prazo. “Cabe salientar que nanomateriais, em função de sua área superficial estar aumentada, poderão causar efeito tóxico dentro do organismo, que não será aparente como nos materiais de tamanho macro”. (ASSIS, 2012, p. 106). Por exemplo, Engelmann cita que “[...] o ouro na escala macro é inerte, já na escala nano ele pode ter características prejudiciais à saúde [...]” (ENGELMANN, 2014), da mesma forma, “[...] a prata na escala maior é antibacteriana, já na escala nano poderá causar inflamação e outros problemas à saúde do ser humano”. (ENGELMANN, 2014).

Portanto, “[...] qualquer nova tecnologia, além das possibilidades de avanço e progresso, traz consigo cenário antecipado e incerto, com grandes chances de fracasso”. (ENGELMANN, 2011b, p. 15, tradução nossa). A comercialização de diversos produtos e o manuseio destes materiais contendo nanotecnologia é uma das principais preocupações que o Direito deve ter, eis que dessa inovação decorre o desafio de regulamentar questões futuras, o que é um problema para a estrutura jurídica atual. O certo é que “[...] não há consenso entre os cientistas sobre a metodologia para a aferição dos efeitos toxicológicos e não há um controle sobre o efetivo número de nanopartículas que já existem”. (ENGELMANN, 2014). Em 2007, as nanotecnologias estavam presentes em menos de 0,1% da produção e comercialização de bens industrializados, sendo que a estimativa para 2014 era que esse percentual aumentasse para 14%, ou seja, a expansão é absurda. Note-se que sorrateiramente essa nova tecnologia está expandindo-se mundialmente e muitos estudiosos já a chamam de 5^a revolução industrial. (BARTH, 2006, p. 673).

Assim, respondendo ao segundo questionamento lançado no início desse título, qual seja, *quais as consequências decorrentes das nanotecnologias?*, a resposta é que ainda não se sabe. O que sabemos é que, apesar dos inúmeros benefícios, que aqui não foram citados por não serem o objeto desse estudo, as nanotecnologias têm grande potencial prejudicial. A escassez de estudos sobre seus riscos a torna ainda mais perigosa. “A imprevisibilidade das transformações geradas nas nanopartículas a partir do momento em que elas ingressam no meio ambiente representa uma característica muito forte”. (ENGELMANN, 2013, p. 305).

Portanto, quando estivermos tratando de descarte de nanopartículas, por exemplo, este tem que ser tratado com muito cuidado, pois não sabemos o que pode acontecer quando em contato com a natureza ou com o próprio ser humano. (ARCURI, 2014). Assim, uma das principais questões no tocante às nanotecnologias é a inexistência de dados acerca de impactos na saúde, a

capacidade de toxicidade ambiental, bem como a total incapacidade de monitoramento dos efeitos adversos. (OSHIRO, HOHENDORFF e ENGELMANN, 2013, p. 672). “Embora a nanotecnologia ofereça o potencial de transformar a eletrônica, a medicina e a produção de energia, mais pesquisas são necessárias para identificar riscos ambientais, para a saúde e socioeconômicos [...].” (ONU, 2007). Aqui se tem, portanto, um espaço privilegiado para o estudo sobre o risco e sobre danos futuros. Luhmann adverte: “Tanto para a diferenciação risco/seurança como para a de risco/perigo vale a mesma tese: não há nenhuma conduta isenta de risco” (2011, p. 149, tradução nossa). O ingresso no mundo nanoscópico foi uma decisão humana, advinda da possibilidade de se construir equipamentos que tivessem condições de visualizar a escala nano, ou seja, a bilionésima parte do metro. Sempre quando se tomam decisões, se geram riscos: “O qual significa que quando se tomam decisões os riscos não se podem evitar. E, por conta disso, no mundo moderno o não decidir também é uma decisão” (LUHMANN, 2011, p. 149, tradução nossa). Aqui está uma questão paradoxal: em qualquer um dos movimentos — decidir ou não decidir — se estará gerando riscos. Por conta deste cenário, a melhor opção seja decidir, assumindo os riscos e construir estruturas regulatórias que possam buscar mitigar estes resultados. Aí o aspecto construtivista do artigo, pois como o risco é inevitável, se deverá promover comunicações com outros sistemas, aprendendo com eles a modelar cenários criativos e flexíveis para reduzir a complexidade do mencionado paradoxo.

É nesse sentido que Engelmann argumenta a projeção de novos direitos os quais exigirão respostas inéditas do Direito. (ENGELMANN, 2011a, p. 387). Por exemplo:

[...] a) tudo o que é viabilizado pela técnica deverá ser colocado à disposição pelas leis do mercado sem nenhum controle moral? b) o Direito do Consumidor será suficiente para proteger o consumidor de novos (nano) produtos? c) Todos os consumidores terão acesso a tudo o que é disponibilizado no comércio? Haverá a necessidade de um ‘consumo solidário’? d) ‘Será que o direito a uma herança genética sem manipulação pode ser passível de uma proteção jurídica, ainda que o maior interessado ainda não tenha nascido?’ Surgiria, assim, um novo direito subjetivo? Quem será o seu titular? [...]. (ENGELMANN, 2011b, p. 387).

Portanto, surge a questão: a estrutura jurídica tradicional é suficiente para dar conta desses chamados novos direitos e deveres decorrentes dessa explosão nanotecnológica? Ou como lidar com categorias que não estão normatizadas ainda, considerando uma teoria que possui isso como pressuposto? É o que analisaremos no tópico seguinte.

3. O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO: A SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS POSITIVISTAS TRADICIONAIS

Primeiramente, imperioso se faz uma análise, ainda que breve, acerca do tipo de concepção de ciência que está presente na cultura jurídica brasileira. Pontes de Miranda representou fortes influências de grande importância nessa cultura jurídica a partir do século XX, com a publicação de seus principais pensamentos (obras): *Sistema de Ciência Positiva* (1922) e *Tratado de Direito Privado* (1954-1970), que ilustram a trajetória do pensamento do jurista. No primeiro, o autor demonstra fortes traços de influência do positivismo proposto por Augusto Comte e não aquele positivismo legalista. (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015.) Ao contrário, Pontes defendia que o Direito deveria ser extraído da realidade fática da sociedade e não deveria ser proveniente apenas do próprio Direito, uma vez que esse somente era fruto dos fatos decorrentes na sociedade, ou seja, o Direito, ao almejar uma determinada lei, o faz de acordo com determinados fatos que ocorrem no seio da sociedade, os quais são escolhidos para serem juridicizados, em detrimento de outros, mas por escolha da própria sociedade a que estão inseridos. Ou seja, para Pontes a ciência do Direito é uma ciência empírica. (PONTES DE MIRANDA, 2000).

Já no tocante à chamada segunda fase do pensamento pontesiano, nessa encontra-se vários traços que convergem com a teoria positivista de Hans Kelsen. Entretanto, ainda que se possa encontrar traços do positivismo normativista, Pontes, ao realizar uma análise de sua primeira obra, cinquenta anos após sua publicação, confirma seu pensamento e apresenta duras críticas à teoria kelseniana, em especial no tocante à sua concepção de divisão entre *ser* e *dever ser* e a ideia de coerção — sanção — como o centro do ordenamento jurídico. “Com efeito, em Sistema de Ciência Positiva do Direito, a existência do Direito independe de uma norma fundamental que estabeleça determinadas condutas a partir da coação, pois a regra nasce no meio social e incide independentemente de coação”. (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015, p. 17).

No segundo momento de seu pensamento, Pontes aprofunda seus estudos na explicação de uma análise mais dogmática do Direito, sem se preocupar demasiadamente com outros elementos que antes eram salientes em sua primeira fase, como a sociologia e a política, por exemplo. “Essa análise dogmática, no entanto, dá origem a um paradoxo: a divisão entre o mundo fático e o mundo jurídico, que é a base da Teoria do Fato Jurídico, é incompatível com a unidade da ciência defendida na primeira fase do pensamento de Pontes de Miranda”. (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015, p. 19). Assim sendo, há uma aproximação da teoria pontesiana com o normativismo antes negado, em especial no tocante a dimensão de *ser* e *dever ser* proposta por Kelsen. (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015, p. 19).

O modelo jurídico proposto por Pontes de Miranda em sua segunda fase (Teoria do Fato Jurídico) é considerado a estrutura fundamental da Ciência Jurídica (MELLO, 2014, p. 07), segundo o qual “[...] o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos”. (MELLO, 2014, p. 52).

Conforme Pontes de Miranda (1954, p. 03), “A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida”. De acordo com a lógica da estrutura pontesiana, esta está estruturada em três planos, nos quais os fatos da vida vão ocorrendo (plano da existência), preenchendo o suporte fático (plano da validade) e produzindo os efeitos previamente definidos na norma (plano da eficácia). (ENGELMANN, 2010, p. 291). Portanto, “[...] o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte”. (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 04). Em evidência, há uma similitude entre a teoria pontesiana e aquela proposta por Kelsen, uma vez que Pontes procura, assim como os teóricos positivistas, alcançar a estabilidade e a segurança, através de princípios buscados na lógica, na matemática e na precisão de linguagem. (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015, p. 20). Essa conclusão é notória, na medida em que alguns elementos passam a ser essenciais na teoria pontesiana, tais como:

[...] a logicidade do sistema jurídico; a forma de organização do raciocínio jurídico, projetada no modelo subsuntivo; a semelhança dos projetos, que propõem a divisão entre o fático e o jurídico; a caracterização de planos e do suporte fático, com uma preocupação com o rigor científico no emprego de termos e conceitos, etc. (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015, p. 20).

Assim sendo, não precisa muito para concluirmos que essa estrutura jurídica é fortemente influenciada pelo positivismo jurídico, segundo o qual o Direito é conceituado como um conjunto de regras impostas pelo Estado a partir de critérios rigorosamente formais. (ENGELMANN, 2001, p. 82). Nessa lógica, o Direito tende a buscar fatos que ocorreram no passado para assim regulamentar o futuro, o que, notadamente, mostra-se insuficiente para suprir as necessidades que a sociedade atual impõe.

Consoante vimos anteriormente, o rápido avanço da produção e comercialização de produtos com nanotecnologia é preocupante, posto que esta tem grande potencial para danos futuros, em especial para o meio ambiente e para o próprio ser humano. Engelmann (2013, p. 307) defende que “[...] o Direito sevê confrontado com uma situação de incerteza e complexidade, que preci-

sará ser respondida criativamente e por meio de ferramentas diferentes das quais tradicionalmente fornecidas pelo positivismo jurídico [...]. Conforme bem salienta Assis (2012, p. 106),

As oportunidades de desenvolvimento da nanotecnologia se tornam todos os dias mais vastas e representam um grande potencial de inovação tecnológica. Não está claro, no entanto, quais são os riscos advindos dos produtos articulados em escala nano ao meio ambiente e aos seres vivos. Não é ainda compreensível se tais partículas, por serem extremamente pequenas, podem adentrar na cadeia alimentar, ou ainda como podem afetar as florestas e a qualidade do ar, por exemplo.

Há uma urgente necessidade em se rever a estrutura jurídica utilizada atualmente (ENGELMANN, 2010, p. 289), posto que a partir dela, “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 6), ou seja, tem-se a lei como único meio de caracterização do suporte fático.

Engelmann (2010, p. 295), ao referir-se acerca da teoria de Pontes de Miranda, defende que “Embora essa classificação seja fundamental para o Direito, não se pode deixar de constatar que ela não dá conta da rápida evolução social e da emergência de direitos que não cabem nesta ‘fórmula’”. Portanto, no tocante às nanotecnologias, trata-se de uma estrutura insuficiente, pois não há regulamentação atual sobre sua produção e comercialização. As consequências poderão ser irreversíveis se as nanotecnologias forem utilizadas sem qualquer restrição. Essa preocupação deve ser emergente em todas as áreas do Direito, por exemplo, o Direito do Trabalho deve preocupar-se com a exposição de trabalhadores a materiais contendo nanotecnologia, pois sabemos que existem várias formas de penetração e absorção de nanopartículas no corpo humano, como, por exemplo, pelos pulmões, intestinos e poros. No Direito Ambiental não é diferente, pois a contaminação do solo, ar e água são preocupações muito importantes para o futuro da humanidade. Em razão do exposto, “[...] se exigirá uma nova postura relativa à Teoria do Fato Jurídico”. (ENGELMANN, 2010, p. 295). Assim, “[...] torna-se imperioso (re)visitar as categorias pontesianas, visando realinhá-las ao ‘diálogo entre as fontes do Direito’, além de fertilizá-las pelos pressupostos oriundos da constitucionalização do Direito Privado”. (ENGELMANN, 2010, p. 289). Aqui se deve sublinhar que, quando se aborda o diálogo entre as fontes, se pretende estabelecer uma comunicação construtivista entre as formas de manifestação do Direito, a fim de se propor cenários regulatórios para as questões geradas pelas nanotecnologias.

Atualmente a relação entre ciência e Direito costuma ser abordada segundo limites jurídicos ou morais a serem respeitados no tocante a determinados acontecimentos científicos, razão pela qual Supiot (2007, p. 58) faz o se-

guinte questionamento: “[...] ‘deve-se ou não legislar?’, ou seja, da lei (jurídica) como resposta possível ao mal-estar causado por uma ciência sem consciência”. Segundo Luhmann (1983, p. 07), “Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas”. Entretanto, o século XX representou para o Direito uma certa letargia (CANARIS, 1989, p. IX), na qual não podemos nos ater. Sabemos que o Direito é essencial para a vida em sociedade, visando regulamentar as relações humanas e possibilitar a vida em coletividade. Para tanto, ele precisa, necessariamente, acompanhar a evolução desta e seus diversos desmembramentos. O avanço da ciência, notadamente no tocante às nanotecnologias, está impondo que o Direito se adeque de conformidade com as necessidades emergentes desse rápido e criativo avanço. Assim sendo, se o Direito não se adequar e proporcionar as respostas necessárias, está sujeito a “[...] se erigir um mundo nanotecnológico sem a sua participação” (ENGELMANN, 2010, p. 290). Ou melhor, está sujeito a perder seu posto para outras áreas das Ciências, que buscarão meios de dirimir futuros problemas decorrentes das nanotecnologias.

Desse modo, o Direito tem que buscar outras formas, além da tradicional, de se adequar às novas necessidades. Um exemplo disso é o proposto por Engelmann (2010, p. 295), o qual viu na *teoria do diálogo das fontes* de Erik Jayme uma forma de buscar o suporte fático proposto por Pontes de Miranda em outras fontes que não sejam apenas a lei, ou seja, propõe um alargamento do suporte fático, visando identificar seus elementos no Direito e não somente na lei. A teoria do diálogo das fontes surgiu a partir da ideia de coordenação de fontes, uma vez que o Direito deve se reestruturar a fim de melhor atender as demandas impostas pela sociedade atual, o que implica na reestruturação de suas fontes, buscando sempre aplicar a norma mais adequada ao caso em questão, não havendo a simples imposição de normas estatais sobre outras. Presupõe que no sistema jurídico haja com certa coerência sem contradição, sendo que na ocorrência de duas fontes contrastantes, deve-se buscar coordená-las num diálogo das fontes. (JAYME, 2003, p. 109). Ou seja, propõe “[...] a superação da noção de conflito de leis, substituída pela de coordenação. E a possibilidade de coordenação e aplicação de diferentes leis sobre um mesmo caso, de forma orientada [...]” . (MIRAGEM, 2012, p. 10). Essa teoria, inicialmente proposta por Erik Jayme, no Brasil vem sendo explorada principalmente por Claudia Lima Marques.¹

¹ “Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre Heidelberg, tem

Assim, Engelmann (2010, p. 296), buscando alternativas para solucionar a questão da inatividade do Direito frente às novas necessidades, propõe, a partir da teoria do diálogo *das* fontes, um diálogo *entre* as fontes do Direito, por entender ser mais abrangente. Ao contrário do diálogo das fontes de Erik Jayme, o diálogo entre as fontes do Direito é mais amplo, pois esse ainda tem como objetivo salvar uma das normas em conflito. A solução aqui é ordená-las de forma horizontal (uma ao lado da outra) e não mais verticalizada na forma de um modelo escalonado em pirâmide, proporcionando, assim, a abertura do ordenamento jurídico para uma pluralidade de fontes a fim de que estas incorporem o lugar da lei na caracterização do suporte fático, tendo a Constituição como principal filtro. Ou seja, “[...] propõe um efetivo diálogo, que não exige necessariamente apenas a interlocução de duas (di)fontes, mas uma efectiva reordenação das diversas fontes de onde emergem normas jurídicas”. (ENGELMANN, 2010, p. 298).

“A organização horizontal das fontes do Direito irá permitir um movimento de construção coletiva de respostas legais, destacando as contribuições do Direito (em *lato sensu*) [...]” (ENGELMANN, 2011b, p. 74, tradução nossa), ou seja, a jurisprudência; os costumes; a doutrina; os contratos; as regulamentações de grupos sociais; a mediação e arbitragem a outras alternativas e formas não Estatais de judicialização de fatos sociais e resolução de conflitos; tratados e convenções internacionais (ENGELMANN, 2011b, p. 74, tradução nossa); entre outras fontes, deverão ser analisadas conjuntamente, a fim de que respostas jurídicas adequadas sejam alcançadas. Portanto, devemos analisar o diálogo entre as fontes do Direito levando em consideração a regulamentação e a regulação, consoante será abordado a seguir.

4. A REGULAMENTAÇÃO E A REGULAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DE RESPOSTAS JURÍDICAS APROPRIADAS AOS NOVOS DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DAS NANOTECNOLOGIAS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO

Como vimos no tópico anterior, o Direito precisa, necessariamente, se reinventar e se readequar às novas necessidades que as nanotecnologias lhe estão proporcionando. Não basta esperarmos pelo lento processo legislativo tradicional de criação de leis que regulamentem essas novas peculiaridades da ciência, até por que existem poucos convededores do assunto e menos ainda interessados em propor leis acerca do assunto. Para tanto, o diálogo entre as fontes do Direito, nos moldes acima identificados, proporciona uma nova visão horizontal do ordenamento jurídico, bem como uma reanálise do suporte fático, através de uma pluralidade de fontes. (ENGELMANN, 2013).

campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais”. (MARQUES, 2012, p. 19-20).

Para tanto, podemos distinguir dois tipos de regulação, a regulação tradicional (Estatal) — através de leis —, e a regulação não tradicional, às quais Supiot chama, respectivamente, de regulamentação — regras do exterior — e regulação — regras internas (homeostasia). Supiot (2007) refere que a regulação legal não tem o condão de estabelecer parâmetros ou regular a totalidade da complexa sociedade em que vivemos, muito menos acompanhar a constante mutação desta.

Portanto, está-se a fazer, também, uma crítica ao modelo de normas do sistema positivista, na medida em que esse tem como fundamento buscar fatos que ocorreram no passado, para regulamentar o futuro. Tal modelo mostra-se totalmente insuficiente para suprir as necessidades e constantes mudanças que a sociedade atual está fundamentada. Ou seja, por manifesto que “[...] a evolução das técnicas acarreta transformações do Direito: era preciso que nascesse a informática para que se preocupasse em legislar sobre a informática e as liberdades...” . (SUPIOT, 2007, p. 139). Mas essas transformações ocorrem de forma retardada, posterior ao surgimento da questão a que se regula na sociedade. Ou seja, primeiro deve ocorrer o fato na sociedade para que, posteriormente, o direito passe a regulamentá-lo. Ocorre que as necessidades atuais da sociedade são diferentes, a imediatidade é medida que se impõe, em especial no que toca à saúde e segurança das pessoas. Para Supiot (2007, p. 159), o grande desenvolvimento da sociedade contemporânea é o surgimento da negociação coletiva no direito do trabalho e a contratualização do direito civil.

Dessa forma, o diálogo deverá levar em consideração a regulamentação e a regulação, buscados em Alain Supiot. Segundo Supiot (2007, p. 159), “Regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização”. Ressalta-se que a noção de regulação foi trazida da biologia, segundo a qual homeostasia é a capacidade de “[...] conservar certo número de constantes internas apesar das variações do meio exterior [...]” . (SUPIOT, 2007, p. 159). Há que termos em mente a possibilidade ou a necessidade de as organizações e os atores privados adaptarem-se sozinhos às novas necessidades e variações de seu meio ambiente, na medida em que a rigidez da regulamentação não consegue proteger adequadamente a sociedade. Ou seja, “Segundo a teoria cibernetica, apenas uma regulação adequada, e não uma regulamentação rígida, pode proteger a sociedade da desordem entrópica [...]” . (SUPIOT, 2007, p. 159).

Para Engelmann (2013, p. 308), ao contrário da tradicional regulamentação, na qual o Estado deve necessariamente fazer parte, partiremos para uma regulação, através da qual buscaremos as necessidades internas de cada segmento, possibilitando um ativismo de outros atores, que não o Estado, para produzir as respostas jurídicas esperadas. “Verifica-se, portanto, uma efetiva

mutação no sentido da *desregulamentação* tradicional estatal para a regulação dialogal não estatal”.

Como bem salienta Supiot (2007, p. 159), “O ideal de uma sociedade capaz de regular a si mesma expressa-se, enfim, no grande desenvolvimento contemporâneo da negociação coletiva e, de modo mais geral, na contratualização das relações sociais”. Nesse sentido, salienta-se a “[...] dignidade humana como direito que só pode ser transfigurado se for reconsiderada toda a ordem jurídica, e que transcende a velha oposição entre matéria e espírito, reconhecendo o corpo e suas necessidades físicas como elementos da dignidade a que não se pode renunciar” (VENTURA, 2015, p. 629).

Portanto, levada ao pé da letra, a ideia de regulação expressa um mundo totalmente ausente de conflitos sociais, que, no Direito, tomou forma através do chamado contratualismo, segundo o qual o ser humano não deve ser submetido a certos limites senão aqueles impostos por ele mesmo. (SUPIOT, 2007, p. 161). Entretanto, “Nenhuma sociedade humana poderia evidentemente funcionar sobre uma base assim e temos, portanto, de lembrar que não há regulação sem regulador, seja na ordem da vida profissional ou na da vida privada”. (SUPIOT, 2007, p. 161).

Apesar de haver limitadas pessoas interessadas no assunto, ou melhor, pessoas que tenham conhecimento dessa nova tecnologia, existem diversos atores principalmente internacionais que já estão tratando acerca da regulação da matéria, tais como, por exemplo:

[...] os documentos que são elaborados e revisados pelas agências reguladoras americanas e da Comunidade Europeia, incluindo os espaços asiáticos de discussão sobre o tema, como a NIOSH, FDA, REACH, NIA, Health Canada, Asia Nano Forum, Asia Nano Safe, Fao WHO, Comissão Europeia, European Agency for Safety and Health at Work; OSHA — Occupational Safety and Health Administration; SAICM, as recomendações da GRULAC, entre outras; *standards* e normas técnicas baseadas na *expertise* científica (normas da International Standards for Organisation — ISO e da American Society for Testing and Materials — ASTM), European Committee on Standardization (CEN), Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), British Standards Institution (BSI). (ENGELMANN, 2013, p. 308, grifos do autor).

Os documentos produzidos por estes e outros órgãos trarão, de forma a complementar-se, um novo cenário jurídico, no qual deverá ocorrer a busca pelas respostas necessárias às incertezas e desafios decorrentes das nanotecnologias, as quais precisam, mais do que nunca, da criatividade humana e de sua capacidade de se autorregular. Por meio do acoplamento estrutural destes diversos atores e suas produções normativo-regulatórias que se estará em condições de construir cenários inovadores para a juridicização dos fatos nanotec-

nológicos. Note-se que o Estado, ainda que detentor do poder de regulamentar, não está apto para tanto no tocante às nanotecnologias. A questão é a que já foi discutida no tópico 2 acima, ou seja, pouco sabemos a respeito dessa nova tecnologia. O que temos que ter em mente é que as nanotecnologias têm também grande potencial para danos. Em junho de 2013, a Organização das Nações Unidas, declarou que pretende “[...] explorar o potencial da nanotecnologia para purificar e tratar águas residuais”, com fundamento no cumprimento de objetivos do milênio como o acesso à água potável a todos. “Os peritos alertaram, entretanto, que é preciso que haja uma abordagem equilibrada para aplicar a nanotecnologia na água. Os riscos apontados estão associados com a toxicologia e os impactos sobre o Homem e o meio ambiente”. (ONU, 2013). O mesmo ocorre com as “[...] questões éticas, devido às incertezas relacionadas aos riscos ambientais e de saúde” (ONU, 2013). Ou seja, as possíveis aplicações das nanotecnologias acabam esbarrando nos quesitos: risco e ética.

Voltando à questão da regulamentação pelo Estado, para poder efetivamente colocar em prática sua função legislativa e produzir leis, este tem que ter subsídios para tanto. Sabemos que não há certezas no tocante às nanotecnologias, o que dificulta enormemente a produção de uma lei pelo Estado. “Aí situa-se o ponto inicial de uma ‘teoria da regulação’, que engloba os homens, os animais e as máquinas e que deve conduzir num mesmo ritmo ao progresso das máquinas e ao do Direito”. (SUPIOT, 2007, p. 155).

Assim, os mais habilitados para desempenhar essa função e regular as atividades com nanotecnologias, são os próprios atores envolvidos diretamente. Segundo Supiot (2007, p. 160), “Essa crítica da rigidez da regulamentação e esse apelo a uma regulação que permita às organizações se adaptarem sozinhas às variações de seu meio ambiente [...]” decorre, além da cibernetica e das novas tecnologias da informação e da comunicação, da ideia trazida pelo Direito do Trabalho por sua ascensão em negociar coletivamente. (SUPIOT, 2007, p. 160). Ou seja, “Com o recuo da heteronomia em proveito da auto-regulamentação profissional, deu-se uma nova distribuição dos papéis entre a lei, que fixa princípios e objetivos por atingir, e a negociação coletiva que corre para a definição desses objetivos [...]” (SUPIOT, 2007, p. 160), adaptando esses objetivos aos limites impostos pela lei e pelas necessidades particulares de cada coletividade.

Num primeiro momento, a necessidade normativa está relacionada, de forma genérica, aos riscos à saúde e segurança da sociedade, bem como do meio ambiente. Um dos principais pontos a serem debatidos diz respeito ao dever/direito de informação, ou seja, desde o trabalhador até o consumidor, todos têm o direito de ser informado sobre possíveis riscos decorrentes do produto que está manuseando ou consumindo. (ENGELMANN, 2013, p. 309). Todos temos o direito de escolher se queremos ou não correr o risco de utilizar

um cosmético ou um alimento com nanotecnologia, por exemplo. Para Engelmann (2013, p. 309), “A questão essencial apresentada aos juristas pelas novas tecnologias é, portanto, hoje, identificar os riscos específicos que elas (as nanotecnologias) fazem o ser humano correr”. Assim sendo, voltamos mais uma vez à questão da regulamentação pelo Estado. Esta, no momento, não é a forma mais habilitada para suprir as necessidades dos novos direitos e deveres decorrentes das nanotecnologias, uma vez que não existe apenas um tipo de manipulação em escala nano, a criatividade é ilimitada. Podem existir (como já existem) diversos tipos de nanotecnologias em diversas escalas de medida diferentes, sendo que um material, em determinada medida nano, apresenta uma característica específica, mas em outra medida, apresenta características totalmente diferentes, razão pela qual a preocupação e a dificuldade de se regulamentar esse tipo de tecnologia. Cada tipo de material manipulado tem que receber um tratamento diferenciado, como, a manipulação por trabalhadores, forma de embalagem, a comercialização, o consumo, o descarte, lembrando sempre que se tratam de partículas nanoscópicas. Assim, a busca pela regulação da manipulação da matéria em escala nanoscópica acaba por trazer o (res)surgimento de algumas formas alternativas que visem suprir essa lacuna legislativa. É nesse momento que o quadro teórico proposto por Engelmann apresenta um caminho a seguir, uma solução para os tipos de problemas a serem enfrentados, ou seja, a busca por respostas apropriadas em outros documentos, visando coordená-los em um diálogo *entre* as fontes do Direito. Veja-se quantos momentos distintos de comunicação e de decisão, com a geração de riscos. Abrem-se espaços criativos para lidar com a precaução, como uma forma inédita de lidar com danos futuros, onde a probabilidade de mitigação dos riscos se tornam cada vez mais escassos. Por conta disso, esclarece Luhmann (2011, p. 150, tradução nossa): “[...] convém abandonar a esperança de quem um maior número de investigações e estudos sobre o risco, podem neutralizá-lo em favor de uma nível maior de segurança”. O curioso disso é que “[...] conforme mais racionalmente se calcula e mais complexo se faz o processo do cálculo, maior é o número de facetas onde reina a incerteza do futuro e, por isso, do risco”. Aqui se observa que uma regulação fechada e positiva não dará conta da redução da complexidade e dos riscos. Por isso, a comunicação entre as fontes do Direito, com a possibilidade de se criar cenários flexíveis e adaptáveis seja uma possibilidade para se lidar com a sociedade do risco nanotecnológico, sem a pretensão de fechar o sistema com um texto de lei.

Um exemplo é o que ocorre no Direito do Trabalho. O Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Plásticas, de Explosivos, Abrasivos, Fertilizantes e Lubrificantes de Osasco e Cotia, também do Estado de São Paulo, incluíram em suas negociações coletivas a questão relativa

ao manuseio, pelos trabalhadores, de produtos contendo nanotecnologia, que, no ano de 2012, resultou na seguinte cláusula:

Saúde e Segurança do Trabalhador

Condições de Ambiente de Trabalho

CLÁUSULA OITAVA — NANOTECNOLOGIA

A empresa garantirá que os membros da CIPA e do SESMT sejam informados quando da utilização de nanotecnologia no processo industrial. A CIPA, o SESMT e os trabalhadores terão ainda acesso a informações sobre riscos existentes à sua saúde e as medidas de proteção a adotar. (SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO (SINDUSFARMA); SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS QUÍMICAS, FARMACÉUTICAS, PLÁSTICAS, DE EXPLOSIVOS, ABRASIVOS, FERILIZANTES E LUBRIFICANTES DE OSASCO E COTIA, 2012, grifo do autor).

Ressalte-se que nos anos seguintes o teor da presente cláusula continua em vigor.

No mesmo sentido, em decisão da Sessão Especializada em Dissídios Coletivos, o Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região (Campinas/SP), ao julgar o dissídio coletivo de n. 0006151-86.2013.5.15.0000 (DC), no qual foi suscitante o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Fabricação do Álcool, Etanol, Bietanol, Biocombustível, Químicas e Farmacêuticas de Rio Preto e Região e suscitada a empresa LDC SERV BIOSEV BIOENERGIA S. A., proferiu a seguinte decisão acerca do uso das nanotecnologias pela empresa suscitada:

CLÁUSULA 84^a - NANOTECNOLOGIA As empresas são obrigadas a informar a entidade sindical sobre o uso de nanotecnologia no processo industrial e no ambiente de trabalho. No uso de nanotecnologia serão tomadas as devidas providencias de proteção e monitoramento da saúde dos trabalhadores. Iniciar processo de informação ampla sobre os conceitos básicos de nanotecnologias: o que é, a importância, os possíveis usos e as incertezas; Utilizar os espaços de comunicação nas SIPATs, encontros anuais, comunicação visual e virtual sobre o tema; Transmitir informações específicas quanto do início do uso de nanocompósitos na fabricação de fármacos, respeitando o Direito de Saber. Divulgar aos trabalhadores informações sobre as substâncias e suas particularidades quando em escala nanométrica, medidas de verificação de vazamentos e/ou contaminações, medidas de primeiros socorros, estratégias de prevenção e monitoramento da saúde; As empresas que optarem por utilizar nanotecnologias destinarão recursos para pesquisa sobre as consequências e medidas de proteção ao

trabalhador equiparadas aos recursos destinados a pesquisa de produtos; Obedecer ao princípio da precaução: adoção de medidas que devem ser implantadas visando prevenir danos à saúde dos trabalhadores, mesmo na ausência da certeza científica formal da existência do risco grave ou irreversível e de suas consequências à saúde; Estabelecer sistema de proteção coletiva eficaz; Estabelecer medidas específicas no PPRA e PCMSO para os trabalhadores expostos a nanocompósitos; A empresa garantirá que os membros da CIPA e do SESMT, sejam informados quando da utilização de nanotecnologia no processo industrial. A CIPA, o SESMT e os trabalhadores terão ainda acesso a informações sobre riscos existentes à sua saúde e as medidas de proteção a adotar. (BRASIL, 2014).

Nota-se que há extrema incerteza na utilização das nanotecnologias, atentando-se para questões como a saúde e segurança dos trabalhadores envolvidos. Ainda, sendo recente essa preocupação, há que se ponderar que a simples exigência de precaução contra possíveis riscos decorrentes dessa nanotecnologia, a partir da utilização do princípio da precaução, já é um grande avanço para o Direito, uma vez que inexiste regulamentação acerca da matéria. A preocupação da inserção de nanotecnologias no ambiente de trabalho, como são os casos acima, trouxe novas preocupações aos atores envolvidos diretamente, que, buscaram suprir essa lacuna, ainda que aparentemente de forma tímida, mas que demonstra, explicitamente, como pode ser desenhado o modelo teórico visado por Engelmann. Podemos dizer que se trata de uma nova forma de pensar o Direito, ou uma nova forma de pensar em sociedade, que exige uma participação ativa de diversos atores que não mais esperam pela lei para suprir necessidades específicas.

Esse avanço é inevitável e não pode/deve ser impedido de progredir, mas sim deve ser mostrado um caminho a seguir, através de certos limites, pois, como bem salienta Supiot (2007, p. 163), ao referir-se acerca das tecnologias da informação e da comunicação, “A questão essencial apresentada aos juristas [...] é, portanto, hoje, identificar os riscos específicos que elas fazem o ser humano correr”.

A pretensão aqui exposta não objetiva alcançar uma política de retorno ao Estado mínimo, mas sim “Traduzem-se mais por uma política de ‘governo por objetivos’ cuja eficácia depende da qualidade das comunicações [...]” (SUPIOT, 2007, p. 163) entre as partes envolvidas. O Estado deverá regulamentar diretrizes e caminhos a serem seguidos, a partir dos quais os atores diretamente envolvidos deverão continuar por meio da sua regulação. É dessa forma que o Direito deverá ser guiado por um diálogo entre suas fontes, pois o desafio está lançado e a busca por soluções e alternativas adequadas é necessário para a sobrevivência da Ciência do Direito.

5. CONCLUSÃO

O avanço nanotecnológico é inevitável. Seus inúmeros recursos são almejados pelo ser humano a décadas. As nanotecnologias estão sendo consideradas a 5^a revolução industrial e, apesar de não serem amplamente conhecidas pela sociedade, já possuem grande utilização em diversas áreas e produtos, como, por exemplo, cosméticos, tecidos, calçados, medicamentos etc. Este, portanto, é um dos grandes problemas dessa tecnologia, ou seja, muitos nem sabem que estão mantendo contato com partículas nano ao comprar determinado produto, por exemplo. Ademais, a inexistência de pesquisas mais aprofundadas acerca dos malefícios que essa nova tecnologia pode trazer à saúde humana e ao meio ambiente como um todo também é uma das principais preocupações em pauta. Da mesma forma, não há respostas concretas a respeito de danos futuros e possíveis toxidades.

Na mesma esteira, a estrutura jurídica tradicional é insuficiente para se adequar aos novos direitos e deveres decorrentes dessa tecnologia. A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda dá conta de uma estrutura jurídica influenciada por pressupostos positivistas, ou seja, visa, essencialmente, positivar fatos que aconteceram no passado, para então regulamentá-los no futuro através dos seus três planos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia, nos quais os fatos da vida devem incidir para tornarem-se jurídicos. Como vimos, tal estrutura é ultrapassada no tocante às nanotecnologias, pois, tendo em vista que estas têm grande potencial para danos futuros e incertos, não podemos deixar um fato ocorrer para somente após regulamentá-lo, pois possíveis contaminações tanto de seres humanos, quanto de animais e do meio ambiente como um todo, são a principal preocupação. Os estudos a respeito de riscos envolvendo essa nova tecnologia são muito poucos e recentes, mas há a certeza de que essa nova tecnologia tem grande potencial para danos, tendo em vista que partículas em escala nanométrica comportam-se diferente de quando estão em sua forma macro.

Nesse sentido, o Direito deve buscar outras formas para se adequar às novas necessidades da sociedade. Para tanto, o diálogo *entre* as fontes do Direito proposto por Wilson Engelmann mostra-se adequado a esse novo quadro, pois visa, a partir de uma reanálise da Teoria do Fato Jurídico, possibilitar a busca do suporte fático no *Direito* e não apenas na *lei*. Ou seja, propõe uma visão horizontal das fontes do Direito, de forma que todas possam contribuir para a criativa comunicação de cenários jurídicos adequados às novas necessidades e questionamentos que as nanotecnologias estão impondo.

É a partir do diálogo *entre* as fontes do Direito que podemos buscar uma desregulamentação estatal e uma regulação dialógica, ou seja, o Estado deve fixar princípios a serem observados e os atores envolvidos devem se regular

adequadamente, adaptando-se às necessidades emergentes. É preciso promover um diálogo entre as fontes do Direito, com a valorização das contribuições dadas por outros atores, que não unicamente o Estado, como, por exemplo, as negociações coletivas promovidas pelo Direito do Trabalho elencadas no presente artigo. Há que se observar que os atores envolvidos diretamente têm mais aptidão para propor regulamentos adequados às necessidades.

Assim, podemos concluir que o diálogo *entre* as fontes do Direito, levando em consideração a regulamentação e a regulação, possibilitará a reanálise da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda e a reorganização das fontes do Direito de forma horizontal e não mais verticalizada, a fim de buscar uma desregulamentação tradicional estatal, para uma regulação comunicacional pelos próprios atores envolvidos, suprindo as necessidades e questionamentos impostos pelo mundo nanotecnológico. Há que se trazer para o contexto de uma nova teoria do fato jurídico elementos que escapam da certeza e segurança de um suporte fático previamente desenhado. Com as novas tecnologias, isso se revela inadequado. A comunicação horizontal entre as fontes do Direito, com a valorização ampla e flexível de contribuições, observadas paralelamente à estruturação do próprio fato a receber os efeitos da juridicização é o movimento que se apresenta como resposta ao problema anunciado na Introdução. Por conta deste panorama, o apontado positivismo que orientou Pontes de Miranda na estruturação da Teoria do Fato Jurídico se mostra inadequado para dar conta das expectativas normativas que são trazidas pelas variadas faces viabilizadas pelas nanotecnologias. O contingente, o provável, o incerto e o futuro farão parte das decisões que o sistema do Direito deverá tomar, assumindo os riscos decorrentes, como uma alternativa para continuar vivo e operante num mundo onde as novidades nanotecnológicas são produzidas em uma velocidade cada vez maior. Assim, ao invés de se desenhar previamente os elementos do suporte fático, se busca, por meio da comunicação entre as fontes, um conjunto de irritações renováveis a cada momento, que se desenharão paralelamente aos contextos trazidas pelo sistema social. A provisoriadade, ladeada pela probabilidade e pela magnitude, expressões utilizadas por Luhmann (2011), forma o nexo entre os quadros teóricos abordados neste artigo. A conclusão ainda não fecha a questão. Aqui se tem, neste momento, também ainda algo incipiente, mas um necessário início de construção do conhecimento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado — um percurso com várias matizes teóricas. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/>>

uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a. 4. n. 2.20151.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017.

ARCURI, Arline. Nanotecnologia e segurança do trabalho: impactos toxicológicos e psicológicos. [22 out. 2014]. **IHU On-Line**, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/nanotecnologia-e-seguranca-do-trabalho-impactos-toxicologicos-e-psicologicos-entrevista-especial-com-arline-arcuri/536582-nanotecnologia-e-seguranca-do-trabalho-impactos-toxicologicos-e-psicologicos-entrevista-especial-com-arline-arcuri>>. Acesso em: 06 jul. 2017. Entrevista concedida ao IHU Online.

ASSIS, Letícia Marques de et al. Revisão: características de nanopartículas e potenciais aplicações em alimentos. **Brazilian Journal of food technology**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 99-109, abr. /jun. 2012. Disponível em: <<http://bjft.ital.sp.gov.br/artigos/html/busca/PDF/v15n2488a.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

BARTH, Wilmar Luiz. Nanotecnologia: “há muito espaço lá embaixo!”. **Revistas eletrônicas da PUCRS**. Porto Alegre, v. 36, n. 153, set. 2006. p. 669-695. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/view/1754/1287>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região. **Dissídio Coletivo de Natureza Econômica nº 0006151-86.2013.5.15.0000**, Seção de Dissídios Coletivos. Suscitante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Fabricação do Álcool, Etanol, Bioetanol, Biocombustível, Químicas E Farmacêuticas de Ribeirão Preto e Região. Suscitado: Ldc Serv Biosev Bioenergia S. A. Relator Desembargador: Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. Campinas, 12 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://busca.trt15.jus.br/>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ENGELMANN, Wilson. A (re) leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 289-308.

_____. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. **Anuario de derecho constitucional**

latinoamericano. Montevideo, ano XVII, p. 383-396, 2011a. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

_____. **Crítica ao positivismo jurídico:** princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

_____. Fique atento à nanotecnologia: entrevista 3. [17 mar. 2014]. **Confederação Nacional do Ramo Químico da CUT**, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://cnq.org.br/noticias/fique-atento-a-nanotecnologia-entrevista-3/>>. Acesso em: 29 jun. 2016. Entrevista concedida à Confederação Nacional do Ramo Químico da CUT.

_____. **Nanotechnology, law and innovation.** Deutschland: LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG, 2011b.

_____. O direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 301-312.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do programa de Pós-Graduação em Direito — PPGDir. /UFRGS.** v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociología do direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociedad y sistema:** la ambición de la teoría. Tradução de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.

_____. El concepto de riesgo. BERIAIN, Josexo (compil.). **Las consecuencias perversas de la modernidad:** modernidad, contingencia y riesgo. 3. ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2011, p. 123-153.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____ (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111-124.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 09-12.

ONU estuda uso de nanotecnologia para purificar e tratar água: Agências das Nações Unidas querem explorar o potencial da nanotecnologia para purificar

e tratar águas residuais. **África 21 Digital**, Brasília, ano 7, 2 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.africa21digital.com/conhecimento/ver/20032485-onu-estuda-uso-de-nanotecnologia-para-purificar-e-tratar-agua>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

ONU pede mais regras e controles sobre a nanotecnologia. Pernambuco, 06 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.renorbio.org.br/portal/noticias/onu-pede-mais-regras-e-controles-sobre-a-nanotecnologia.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

OSHIRO, Maria de Lourdes; HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias no meio ambiente do trabalho: a precaução para equacionar os riscos do trabalhador. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**: Anais do III congresso ibero-americano de direito sanitário / II congresso brasileiro de direito sanitário. v. 2, n. 2, p. 668-683, jul. /dez., 2013. Disponível em: <<http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/114/156>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I.

SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 29-58.

SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO (SINDUSFARMA); SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS QUÍMICAS, FARMACÊUTICAS, PLÁSTICAS, DE EXPLOSIVOS, ABRASIVOS, FERITILIZANTES E LUBRIFICANTES DE OSASCO E COTIA. **Termo aditivo a convenção coletiva de trabalho**. São Paulo, 19 abr. 2012. Disponível em: <http://www.sindusfarma.org.br/informativos/Aditivo_Osasco2012_2013.pdf>. Acesso: 06 jul. 2017.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VENTURA, Deisy. O espírito de filadélfia — a justiça social diante do mercado total. **Direito & práxis**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 688-694, 2015.

* Recebido em 29 jun. 2016.



ANIMAL CRUELTY AND INFORMATION SOCIETY

*Maria Auxiliadora Minahim**

*Heron José de Santana Gordilho***

*Daniela Carvalho Portugal****

Abstract

It investigates the possibility of using videos of people mistreating animals spread in the internet in lawsuits, due to the development of the information society. The criminalization of animal cruelty constitutes an implicit recognition by criminal law of the intrinsic value of animals. As a result, it concludes that the available audiovisual material can be used in lawsuits, although it is necessary to carry out the expertise to assure the accuracy of the footage.

Keywords

Animal cruelty. Criminal proceedings. Proof. Videos on the internet. Information society.

CRUELDADE ANIMAL E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Resumo

Investiga-se a possibilidade de utilização de vídeos de pessoas maltratando animais divulgados na rede mundial de computadores em processos judiciais, em virtude do desenvolvimento da sociedade da informação. A criminalização dos maus-tratos a animais configura-se como um reconhecimento implícito, pelo Direito Penal, do valor intrínseco de animais. Em virtude disso, conclui-se pela plena capacidade de utilização desse material audiovisual disponível, embora seja necessária a realização de perícia para asseverar a veracidade da filmagem.

* Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Doutora Titular de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia. Membro do Quadro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Presidente Nacional da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais.

** Pós-Doutor pela Pace University Law School, New York (EU), onde integra a diretoria do Brazil-American Institute for Law and Environment (BAILE). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Associado das Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Professor do Mestrado em Direito Animal e Sociedade da Universidade Autônoma de Barcelona (ESP). Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA). Promotor de Justiça do Meio Ambiente na comarca de Salvador (MP/BA).

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) Professora Adjunta de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia . Professora da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Advogada criminalista.

Palavras-chave

Maus-tratos com animais. Processo Penal. Prova. Vídeos na internet. Sociedade da informação.

1. INTRODUCTION

This chapter aims to demonstrate that videos shared on the Internet showing people perpetrating cruel acts against animals can be used as proof in lawsuits.

As a result of the easy access to video cameras, especially the ones available in cell phones, plenty of people are filmed — when they are not making their own videos — doing cruel deeds against animals. Those videos are then shared on social networks.

It so happens that both the Police and the Public Prosecution Department often face difficulty in identifying the author of cruelty and prove the materiality of those felonies. Moreover, it is not easy to establish the competence for judging such crimes, since the fact, as a general rule, takes place in uncertain or unrecognizable locations either in Brazil or abroad.

Since there is no need for identification or any kind of control in the access to the Internet, any citizen can deliberately access it, many times using pseudonyms, thus turning the crimes broadcasted in the digital environment difficult to prove, either for the establishment of the legal jurisdiction, or for the identification of the authorship and proof of materiality.

Notwithstanding, due to the lack of a specific type and a law the establishes the competence and the means of proof for this kind of crime, resorting to the Criminal Code, to the extravagant criminal laws, and to the Lawsuit Code become the only alternatives for the punishment of cyber-criminals.

This article investigates how the information society allows the proliferation of digital crimes against the environment, among which are the crimes of cruelty against animals.

Then an analysis of the crimes against animals committed in the digital environment will be carried out, identifying their characteristics, and the violated legal asset.

Finally, the article will demonstrate that the images shared on the Internet may serve as proof for the conviction of crimes of cruelty against animals.

2. THE INFORMATION SOCIETY AND THE EMERGENCE OF NEW CRIMES COMMITTED IN THE CYBER-SPACE

The post-modern society, according to Bauman (2013, p. 16), seeks to dissolve all that is solid, liquefying the old social forms without substituting them with new forms, thus perpetuating a state of constant inconstancy.

According to some theorists, including Sérgio Rouanet (1987), the modern world is already old fashioned because there is a new social structure: post-modernity¹, which replaces the machine with information, and the personal contact with the virtual one whose limits reach the fascination of commodities in the digital environment.

The issue is not an easy one, once authors such as Gaudêncio Frigotto (1992), suggest that there may be at most a state of neo-modernity, that is, modernity characterized by exclusion and alienation, since there was neither an economic rupture with the productive model, nor a revolution, one cannot refer to it as a "new era".²

In any case, this new paradigm gave birth to a new kind of society: the information society, or knowledge society, based on figures, calculations, flow of communication, and information speed. It is important to point out that in this new kind of society, the privileged individuals have a broader access to sources of knowledge, data, information and commercial transactions, which, according to many theorists, take away from this new paradigm the ethic, formative, historical and emancipative senses.

Indeed, the technical, organizational, and administrative transformations, based on input resulting of technological advances of microelectronics and telecommunication turn information into raw material, and make it rule over the logics of the networks based on the flexibility and on the convergence of technologies (computers, biology), and give birth to a new kind of environment: the digital environment, that changes the classic concepts of territory and borders.³

As for the environment, we paraphrase Marco Aurélio de Castro Jr. when he says that the ethic challenge due to the overcoming of the human (*pós-humanis*), the devirtualization of the necessary media is proportional to

¹ For a more complete analysis of the term, see *Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da informação* (BARRA & MORAES, 2007).

² FRIGOTTO, Gaudêncio. **Cidadania, tecnologia e trabalho:** desafios de uma escala renovada. *Tecnologia Educacional*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 107, p. 04-10, jul/ago, 1992.

³ According to Celso Fiorillo "The concept of territory is closely related to a new idea, the Web, which, like the territory, is characterized by the location of information. Therefore, the information on the Web becomes an element that identifies the territory on cyberspace." (2013, p. 15).

the virtualization of life, the deterritorialization and dematerialization of the relations and instruments (CASTRO JR., 2013, p. 107), as well as the substitution of cheap energy supplies with information.

The Internet, for instance, was created by the *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) funded by the United States Department of Defense in the decade of 1960, during the days of the Cold War. By the end of the project, they managed to connect the college centers of the Universities of California, in Los Angeles and Santa Barbara, as well as the University of Utah, which made up the first form of online electronic communication between computers.⁴

The cyberspace is a worldwide network of computers that exchanges information in the form of text, sound, and digital images, mail etc., making up a true post-humanistic parallel universe.⁵

One must take into account that such new type of society, which Ulrich Beck (1988) calls "risk society", may cause unlimited, global and irreversible damage to the whole community, for, although it produces and exponential technological advance and improves the individual welfare, it constantly threatens the citizens with direct and indirect risks derived from new techniques used by the industry, such as the digital technology industry (p. 44).

In addition to improving the social production of risks, the wealth production and the advance in the development of new productive forces cause, as an obvious consequence, the systematic production of damage. The risk resulting from those new production sources embodies a conceptual content that is subject to the process of definition, resulting from causal interpretations presented by the knowledge of new damage possibilities experienced throughout the stages of social modernization (BECK, 2011, p. 23- 27).

According to Márcia Elayne Berbich de Moraes (2004, p. 26-27), with such changes brought in the end of the 19th century, and in the beginning of the 20th century, humankind ceased to work having the land as a referential, and started to operate having light as a referential. As a consequence, a new order of distance/time arose, with particular features and speed of action, which substantially restrict the vigilance of the State.

With the decrease of the power of vigilance, the virtual space has been presented on one hand as a means of dissemination of crimes such as larceny

⁴ A more detailed account is given on *Direito e Pós-Humanidade*: "In the beginning of the 90's, the Internet received its maximum push towards popularization. The English programmer Tim Berners-Lee, from the European Laboratory of Particles Physics of Geneve, developed a system, which he called World Wide Web Hypertext (WWW). With the development of some softwares of easy use and acquisition, expanded to the point of becoming the computers international network, as we know it nowadays." (CASTRO JR, 2013, p. 13-14).

⁵ According to Tagore Silva in *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*, the post-humanism evinces the human artificiality, when it works with the technical, biological, genetic, cybernetic and economic development. (2014, p. 34).

by fraud, pedophilia, racism, insulting, libel, eulogy, and incitement to crimes among other frequent ones on the social networks.

Furthermore, the increase in the flow of communication and speed of information make many people use the Internet as an instrument to practice and share many types of crime.

It is possible to find on the social networks a large number of videos that portray the suffering and death of animals, which is largely spread, due to the shortening of the distance caused by this new relational space of the information society, thus compelling the State to take on new functions of investigation and vigilance, as Heron Gordilho well points out (2009, p. 61-62).

Indeed, such new crimes have been raising the concerns in the Legislative Power, resulting in the enacting of the Laws 12.735/12 and 12.737/12 (Law Carolina Dieckman), which alter articles 154, 266 and 298 of the Criminal Code, and Law 2.965/14 (Internet Civil Milestone), which regulates the use of the Internet in Brazil.⁶

It turns out that although the Internet Civil Regulation (*Marco Civil da Internet*) has set principles, warranties, rights and duties in the virtual sphere, it has lost the chance to criminalize the many types of actions that make use of the Internet to violate essential legal social assets, apparently leaving that function to specific regulations, such as the Statute of Infants and Adolescents, when it comes to pedophilia.⁷

3. THE CRIME OF CRUELTY AGAINST ANIMALS AND THE DIGITAL ENVIRONMENT AS A PENAL LEGAL ASSET

According to Celso Fiorillo (2015, p. 615-621), the legal custody of the digital environment aims to interpret articles 220 to 224 of the Federal Constitution as compared to articles 215 and 216, and the particularities of the so-called "digital culture", in order to establish legal protection for the forms of

⁶ According to Luziane Leal e José Roberto de Anselmo (LEAL & ANSELMO, 2015), had as one of the origins of the law of the Internet Civil Milestone resulted from an intense discussion with society through the Internet itself, between October 2009 and May 2010, and it took place in a blog hosted in the platform Digital Culture, of the Ministry of Culture and the National Teaching and Research Network, allowing the participation of more than 2,300 people in the making of the first version of the bill. Although the initiative was innovative, one could notice that the amount of people involved in that was quite small, if one takes into account the amount of people with access to the Internet.

⁷ Law 11.829/08 states: "Art. 241-A: Offering, exchanging, sharing, transmitting, distributing, publishing or sharing by any means, including information or telematics system, photograph, video or another kind of register that contains pornographic or explicit sex scenes involving children or adolescents: Penalty — imprisonment, 3 to 6 years and a fine."

expression and artistic creations, scientific and technological developments performed through computers and other electronic means.

The crimes committed in the digital environment could be classified as pure, mixed and common. Under the first type are those committed exclusively on the Internet, such as the invasion of a computer by a hacker; the second one includes those that use electronic media to commit crimes such as illegal transference of money in an electronic transaction. Finally, the common crimes are those in which the Internet is used only as a means of quick and efficient dissemination of crimes, which are already typified in our environment.⁸

The effects of the crimes in the digital environment, even those considered pure, are easily perceived in the so-called "real world", making it currently impossible to distinguish their definitions of "virtual" or "real" crime, since every virtual crime has a large social effect.

The Draft Law 730/15, going through analysis in the Federal Senate, defines the cybernetic, digital or virtual crimes, as offences committed through electronic means or through the Internet that can be framed in the Brazilian Criminal Code.

One has to wonder if this very virtual space might become an ally in the criminal prosecution in the face of cruel practices against animals, whose material traces are not at the reach of the State power of vigilance.

As everyone knows, reports of cruelty against animals, as a general rule, start from childhood, with clear signs of wickedness that might not be noticed by the parents. Frequently the child simply reproduces a pattern of domestic violence and bad examples that foster a continuous cycle of violence against the ones that are in a vulnerable situation.

Some of those videos condemn and aim to reproach the behavior of the criminals, but a great part of them is recorded by the criminal themselves, who share images of their own cruelty, images that can bring important elements to prove the authorship and materiality of such type of crime.

In April 23, 2012, an Italian judge from Milan, A. Pellegrino, sentenced Anna Biancone to 4 months in prison, later replacing the penalty with a fine of EU 4,400.00, for sharing on the Internet a video in which she is shown semi-nude, smashing animals such as cockroaches, mice, rabbits, even chicks, a phenomenon known as crush fetish.

⁸ For an overview of this typology, see the article "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público" (CASTRO, 2003).

An Animal Protection Society represented the fact in Milan at the Attorney's Office, when a member of the Public Prosecution filed charges that resulted in the conviction of the defendant for the crime referred to in the article 544 of the Italian Criminal Code.

The natural environment, a legal asset protected by Law 9605/98, holds a constitutional seat, and there is no doubt about the legitimacy of the offence, both in light of its source and of its criminalization injunction for the ordinary legislator, and in light of the value attributable to the preservation of the ecological heritage.

For that reason, it becomes impossible for the ordinary legislator the interpretation or the activity that may oppose the set of values, which grant a unified meaning to the legal framework. Such notion is essential so that the extension of the legal protection granted to the legal assets protected by the Law of Environmental Crimes is appropriately interpreted.

The comprehension that life is intertwined in all its elements and that the preservation of a species implies preservation and defense as a whole, was, indeed, a prevailing element for this new normative pattern. The environment started to be protected in a single legal text, differently from what happened until then, when different laws regulated the crimes against different elements that composed it, hindering the knowledge of prohibited actions and the effectiveness of the legal protection.

Thus, the banned conducts within the norm under the form of the penal types as per Law 9605 are those negatively valued by the Constitution for hurting the ideals of an era. It is under such understanding that the analysis of the penal types therein contained shall be analyzed.

In the penal sphere, the legal asset — value, interest —, which is the object of the protection of the norms, is different from the object of the lawsuit, according, for example, to Regis Prado (2013, p. 105), who claims that this is the real object upon which the agent's punishable suit rests.

In turn, Luis Greco (2004, p. 104) believes that those expressions can be used as synonyms, when the legal asset is only taken in its dogmatic dimension. As a matter of fact, according to this author, such notion can be of interests only when it can fulfill its critical or political-legal function, serving as a guideline for the legislator, not as a resource capable of legitimating the expansion of the criminal law. Nevertheless, according to the principle of subsidiarity, not all that is sheltered by the Constitution must be protected by the criminal law because of the seriousness of its sanction but only the assets that need legal protection, and for which the protection granted by other branches of the law is not enough.

One of the several discussions on legal assets, protected by Law #9605, is closely articulated with the topic in analysis herein, and it concerns the exclusion of the legal scope of values whose importance is related to the collectivity, not to a specific individual, although they are constitutionally referred to. Therefore, it means to admit or not that the assets beyond the individual belong to the criminal law, and need its sanction. According to Hassemer (1999), the Criminal Law has neither suitability nor the intention to concern the trans-individual legal assets. Such task rests on the so-called Law of Intervention, which for him mean: the kind of law, which is less guarantee-based in material and procedural terms, and with lighter sanctions than the ones existing in the traditional Criminal Law.

Individual legal assets would be tutored by the Criminal Law, although under expressive decriminalization of practices, whereas the universal legal assets, on the other hand, would be managed by that new Law which would lie between the Traditional Criminal Law and the sanctioning Administrative Law, and would be geared towards prevention rather than the personal reproach, and the imposition of penalties of freedom deprivation.

Other authors, such as Figueiredo Dias (2001, p. 49), believe that the importance of some trans-individual legal assets justify the protection of the criminal law, being the environment an example, upon which the destiny of the upcoming generations depends. Such argument seems to be final to attest the acts of the national legislator, without disregarding the considerations of Luis Regis Prado about the topographic location of the penal types in the scope of the Criminal Code, in a proper chapter of the Criminal Code. According to Bernd Schunemann (1989, p. 335), to defend the protection of the environment means to confuse the instruments of protection with the very object of protection.

4. LEGAL ASSET AND MATERIAL OBJECT OF THE SUIT

The difference between a legal asset and the object of the suit is essential for the analysis of the types that comprise Law 9605/98, because its systematization occurs according to those elements. In Chapter V, of the law that addresses crimes against the environment, the legislator begins the listing of the typical acts, starting from the crimes against the fauna, i. e., the crimes whose material object is the fauna, one of the elements that comprise the concept of environment. This term includes terrestrial and marine fauna, the wild, pets, not only the earthly animals, as the reading of the article 29, 3rd § of the Law suggests.

The former understanding that excluded marine animals from the concept of fauna was due to the fact that those animals were object of a specific

law, namely, the Fishing Code. Likewise, pets are not excluded from the concept of fauna, so one must not confuse the norm of the article 29, 3rd § — a typical norm of hermeneutics — which addresses wild animals using the term “fauna”, which comprises the group of animals that belong to a certain region.

A more sensitive argument that stands out nowadays refers to the understanding of the fauna as an element of the legal asset, when one advocates for the animals the condition of subjects with their own rights.⁹ New arguments and facts seem to question the existence of an exclusive human trait, thus weakening the idea that there is a clear borderline between human nature and other animals, suggesting that the distinction concerns the degree or complexity rather than the essence,¹⁰ as it has been like has been spread.

Although in the past centuries, equal human rights have been a claim, few are the recognized rights of the animals. Nevertheless, since they have brains and a nervous system, they are susceptible to pain, like human beings. Pain does not need characterization according to species, it causes suffering, whether it is manifested in a man, an elephant or a cat, and it is the ability to have a painful feeling, produced by the stimulation of nervous terminations, which enables philosophers to talk about the right of the animals to not suffer. Thus, activists of movements for animal liberation understand that avoiding suffering implies a step in the achievement of their ultimate goals.¹¹

Law #9605/98, in its article 32 caput and paragraph, prohibits acts that may cause suffering to animals, thus revealing the inaccuracy of the legal asset tutored by the norm. If all the types contemplated by the Law of Crimes Against the Environment aim to protect the environment, one must inquire to what extent cruelty against a pet, for instance, effectively affects this legal asset. One is led to believe that the lack of courage in going further in the correction of the formulation of the protected value has inhibited the legislators and theorists in admitting human solidarity towards other animals as a protected legal asset, as per Greco (2004, p. 104) and José Duarte (1958, p. 315).

Roxin, as quoted by Greco, would rather believe that such offence does not protect a specific legal asset, being it a rare exception of incrimination without a legal asset. Such solution does not ignore the existence of a value to preserved, perhaps lying half way between considering an animal a mere element in the environment, or granting it another legal category. One may affirm that

⁹ For further reading, see “Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina” (BUOMPADRE, 2014). See also “Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais” (CHIESA, 2013).

¹⁰ GARCIA Fabric., De l'homme et de l'animal: différences de degré, de nature ou d'orientation ? Em: **Hominidées**. Disponível em <<http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

¹¹ Heron Gordilho discusses this further in *Abolicionismo animal* (2009).

in spite of the anthropocentric perspective through which the norms are developed, there is a latent acknowledgement of the intrinsic value of animals.¹²

The fact of the matter is that commentators, in their majority, are more concerned in specifying the acts that could typify the nucleus of article 32, *caput*, than in absorbing considerations from philosophers on the possibility that the animal might become the passive subject of the crime.

The article punishes with the penalty of custody for a period of three months to one year and a fine those who abuse, mistreat, hurt or mutilate wild animals or pets, native or exotic. There are projects that aim to extend the penalty, in particular the project of the Criminal Code, which, in its article 391, increases the penalty of the *caput* to one to four years of freedom deprivation, which eliminates such violation from the scope of Law 9099 of 1995, for it is no longer considered of minor offensive potential, since the maximum penalty goes from one to four years. Nevertheless, it must be pointed out that the sanction in the special law is already the highest in the Criminal Code, which, undoubtedly, affects the principle of proportionality.

The conducts that describe the illicit in article 32, inspired in article 136 of the Criminal Code are: abuse, maltreatment, injury or mutilation of wild animals or pets, native or exotic.

There are criticisms to the borrowing of the expression "maltreatment", which would be a synonym of cruelty, making the legislator redundant, and to the expression "abuse", because of its openness and fluidity. As for the latter, one must remember that expressions of that kind are usual and, as a consequence, a meaning constructed by the doctrine and the jurisprudence might be given to that expression.

As for the expression "abuse", Regis Prado (2013, p. 200) gives it the meaning of "to use badly, or inconveniently", for instance, by demanding excessive work from the animal, by using of heavy harnesses, or whips with metal ends, lashes with piercing clamps, a behavior that may result in damage to the animal's health or physical integrity. Therefore, the interpretation of the expression "abuse" finds its limit in the repute of the conduct that causes suffering that can affect the animal's health.

Maltreatment can be inflicted by deprivation of food or by forcing the ingestion in order to fatten the animals, lack of indispensable care, abandoning them in dirty places, which are inappropriate in dimensions, or which leave the animal exposed to the attack of other animals or in vulnerable situations.

¹² Minahim asserts: "The role of the legal asset in the scope of the Criminal Code is essential for the fixation of the object of prohibition, performing, as a consequence, the function of restricting the retrenchment —according to Schumann — of the civil liberties." (2015, p. 59).

Federal Decree 24.645 of 1934 exemplary rules on the matter, in its 31 sub-paragraphs, typifying various conducts classified as maltreatment, namely: to practice abuse or cruelty against any animal; to keep animals in non-sanitized places or in places that prevent them from breathing, moving or resting, or which deprive them from air or light; to force them to work excessively; to deliberately strike, hurt or excise any organ or tissue, except for castration; to abandon an ill, hurt, exhausted or mutilated animal, as well as to fail to provide the animal with all that can be provided, including veterinary support (GORDILHO, 2009, p. 147).

As for injury and mutilation, these are acts of maltreatment, which may be used under the pretext of scientific experimentation.

In paragraph 1 of article 32, there is another form of mal-treatment with special cruelty that consists in mistreatment an animal by means of vivisection. As per paragraph 1, the same penalties are incurred by whoever conducts painful or cruel experiments in a living animal, be it for pedagogical or scientific purposes, when there are alternative methods.

The term alternative methods weakens the precautionary proposal of animal welfare insofar as its interpretation can be made from an anthropocentric perspective as observed in Article 2 of Decree nº 6899/09, in its clause II, item c, which considers as alternative the method that employs "the smallest number of animals". The norm is flagrantly contrary to the Constitution and to the value it contemplates in article 225, more specifically, in clause VII of the first paragraph, which addresses the protection of the fauna and the flora, prohibiting, in the form of law, the practices that put in risk their ecological function, cause the extinction of species, or subject animals to cruelty (GOR DILHO, 2010, p. 518).

No practice is crueler than vivisection, particularly when its use is disassociated from any kind of research, or even when such research can avoid being carried out on a living being, by using simulation resources. This legal device is therefore an outside body in a system that values animal life and its well-being.

Psychiatrists have conducted studies, which indicate a correlation between cruelty against animals and aggressive behavior against people. Inquiries amongst incarcerated individuals have proven the existence of a correlation between violent crimes and the practice of torture against animals. Like-

wise, there are studies with psychiatric patients that show an association between aggression against people and cruelty against animals.¹³ Unfortunately, in our information society, these perversions have begun to be disseminated in the communication networks.

It must also be pointed out that it is a common crime of damage, of a comissive or an omissive nature (failing to feed, for instance), of a multiple action and with a result, in the modalities of injury or mutilation, insofar as the crime is perfected by the verification of the damaging result, being the attempt acknowledged.

However, with regard to the alternative of practicing acts of abuse and mal-treatment, the crime is formal, meaning that the practice of behavior that conforms to the type implicates its consummation, regardless any material result, which can be immediate with permanent effects (mutilation), or permanent (resulting from excessive labor, deprivation of food, sheltering in an unhealthy environment).

There is no guilt modality, as one finds in the models applied in Canada and in the United States, where there are projects to incorporate the crime of cruelty by neglect into law. The *preterdolo*¹⁴ is acknowledged in the qualified form of paragraph 2. In this case, specifically, the proof of death must be obtained in order for the sanction to be aggravated by the qualifier.

The legal interest protected by article 32, paragraph 2 of Law 9.605/98 refers to the life of the animal and to the feelings that every human being has for animals. Moreover, this legal-asset is only violated when death occurs as a result of cruelty, that is, without any need, simply for the pleasure of killing, *animus et voluntas necandi*.

It can be noted that regarding the incriminating circumstance contemplated and punished by article 32 of Law 9605/98, cruelty and lack of necessity operate in different ways in the setting the limits of the criminal offense. In fact, it must be said that the crime addressed herein can be configured even if the slaughter of the animal happens by necessity, if perpetrated in a cruel and barbaric way (PAOLO, 2015).

Moreover, the subjective element of this particular crime is represented by general malice, that is, by the conscience and the will to cause the death of an animal by sheer cruelty or without any need.

¹³ See, among others: "Aggression against cats, dogs and people" (FELTHOUS, 1980). See, also: "Firesetting, enuresis, and animal cruelty" (HEATH; HARDESTY & GOLDFINE, 1984) and "Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime" (HELLMAN & BLACKMAN, 1966).

¹⁴ A variety of psychic causes of a crime of felony aggravated by the result, in which the agent practices a previous willful misconduct, and from this a later culpable result arises.

Nevertheless, all the culpable conducts of an animal slaughtering cannot be considered criminally relevant. Consider, for example, an automobile that causes the death of an animal crossing an urban road. In the absence of a psychological element of general malice, the conduct of the agent, who caused the animal's death, may be considered as criminally irrelevant in the legal system.

The classification has important consequences since the proof of the materiality of the crime will only be demanded in the modalities of injury and mutilation, in other modalities, the proof of performance of the demeanor suffices. This may or may not yield material results.

5. THE INTERNET AS A MEANS OF PROOF OF CRIME OF CRUELTY AGAINST ANIMALS

The modernization of social relationships and the development of new spaces for social action have made Criminal Law and Criminal Procedure come across the need to adapt themselves in order to operate within the realm of virtual space.

It is therefore necessary to examine the required degree of adaptation so that videos and images, disseminated in various social networks, and in the virtual realm in general, depicting cruel acts against animals may also be included as evidence in accordance with the existing Code of Criminal Procedure. On the other hand, it is also necessary to evaluate if these evidences constitute sufficient grounds for a possible conviction for environmental crime in light of the eventual disappearance of the physical vestiges of the criminal practice.

In order for the crimes against animals to be punished, assurance as to materiality and authorship is required, which in turn requires demonstration that the facts are true; this is only possible with the use of documentary evidence, expert witnesses, eye-witnesses and so on.

The evidence here consists of a set of acts performed by the parties, by third parties for the judge to reconstruct the truth and convince the latter specifically with regards to the criminal conduct, its perpetrators and the objective and subjective circumstances of the fact (SANTANA & SANTOS, 2013).

According to Osvaldo Alfredo Gozaíni (2006), while in Civil Law a less rigorous form of truth is enough, sufficing persuasion on the basis of facts and the assurance that arises from them, in the criminal process the need to find the truth about the occurrence of the facts is evident.

In order to analyze how the Brazilian Criminal Procedure has adapted to the new social reality and to new resources for repressing cruelty practices against animals, it is imperative to determine some premises. The first of these

is the orientation that guides the present research regarding the procedural system in which criminal proceedings are conducted (or should be conducted). The understanding of this first premise is necessary to define which system of evidence appraisal will conduct the performance of the magistrate. Only after the definition of these guidelines will it be possible to list the means of evidence admitted as testimonial devices for the persuasion of the magistrate, then and only then will it be possible to examine how the virtual spaces of evidence attainment are perceived within this political-criminal orientation.

Article 155 of the Code of Criminal Procedure determines that the judge must form his convictions freely, based on the evidence brought to the proceedings and submitted to counter argumentation. The article enshrines, therefore, the system of motivated free convincement or system of rational persuasion as the model of evidence appreciation. The indispensability of the counter argument, in turn, reflects a constitutional reading (article 5, clause LV, of the Federal Constitution of 1988) of Brazilian procedural codification, minimizing its inheritance of the Italian fascist model of the 1930s, whose text inspired the national Legal Doctrine.

Thus, both in the actual production of evidence in judicial argument, and in the procedures concerning the exceptional collected evidences during the investigation phase, it is necessary to guarantee the exercise of defense as the only possible (constitutional) path for the decision-making process.

As Aury Lopes Jr. (2014, p. 553) explains, this is how the legal regime of evidence and the adopted procedural system present themselves, as a means of understanding the stage of historical evolution in the knowledge-building model.

It is understood here that our democratic ambitions call for a re-reading of the procedural system with regards to the compatibility of its norms with a rational persuasion accusatory model of emphasis on personal guarantees.

Therefore, we have the adoption of an accusatory system, characterized mainly by the refusal of the probative initiative of the judge, a third party uninterested in the stakes of the process, as opposed to the inquisitorial system, an anti-democratic model in which the judge is admitted as a manager of evidences and an actual *part* of the procedure (LOPES JR, 2014, p. 554).

After laying down these premises, it is now necessary to analyze the legal regime of evidence defined by the Brazilian Criminal Procedure Code, while understanding that the judgment will be formed freely, based on the evidence, but without having to search for them, in order to respect the fundamental guarantees that must present themselves as a necessary course in the process of persuasion.

In determining the admissible means of evidence, the legislation did not ascertain a definitive roster (nominated evidence), accepting the so-called unnamed evidence, provided it arises in manner of exceptionality and without breaking away from constitutional and procedural guarantees. Among the evidence contemplated by the Code of Criminal Procedure, the expert evidence is the most relevant for the focus of analysis defined herein.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2010) clarifies that the expert evidence corresponds to the "examination carried out by a person who has certain technical, scientific, artistic or practical knowledge concerning facts, circumstances or personal conditions".¹⁵

Among the different types of expert examinations that may be useful to form the conviction, we highlight, for the purposes of the present study, the forensic (medical) examination. Derived from article 158 of the Code of Criminal Procedure, the aforementioned expertise is indispensable when the infraction leaves traces (non-transient crimes), without being dismissed after the possible confession of the defendant.¹⁶

The forensic examination must be carried out in accordance with the norms established by article 158 and ensuing articles of the Procedural Diploma, with attention to the changes laid down by Law No. 11, 690 of 2008, which has now determined its performance to be carried out by an official expert, holder of a diploma of higher education or, that not being possible, by two suitable individuals, also holders of higher education diplomas, with technical ability related to the nature of the examination.

The procedural law itself determines that the forensic examination may be direct or indirect, and that its absence, either in one modality or another, due to the complete disappearance of the traces of the crime, may be supplemented by testimonial examination (Articles 158 and 167, Code of Criminal Procedure).

One speaks of a direct forensic examination, when the test is carried out from the examination of the object of the investigation itself, and of an indirect examination, carried out when the object to be investigated has disappeared or when, for whatever reason, the direct examination is not possible. The indirect modality may involve the use of photographs or videos, for example, from which the forensic examination can be performed for the proof of criminal materiality.

¹⁵ Translated from the original: "exame procedido por pessoa que tenha certos conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais" (TOURINHO FILHO, 2010, p. 552).

¹⁶ The code is instated in Law 3.689 of 3/10/1941.

It is only in the hypothesis of impossibility to carry out the forensic examination, whether direct or indirect, that the use of witness evidence will be accepted as a gap filling practice. This is why Pacelli and Fischer (2015, p. 372) warn against the confusion between testimonial evidence and indirect expert evidence, since the latter is, necessarily, a modality of technical proof, requiring the participation of qualified personnel, as indicated previously.

It remains to be assessed whether videos and photographs, as well as other material containing demonstrations of mal-treatment against animals, found in the virtual arena, can be used as a means of proof of such conducts and if, when necessary, they are sufficient to convince a magistrate of a crime against animals, or whether, on the other hand, such a proposal is inconsistent with the procedural system of accusations and guarantees.

6. THE INDIRECT FORENSIC EXAMINATION AS A MEANS OF EVIDENCE COMPATIBLE WITH A PROCEDURAL SYSTEM OF PERSONAL GUARANTEES.

Nowadays, it is easy to notice the accusation that an accommodation of the Criminal System and Criminal Procedure to the new reality of offenses has been carried out at the expense of weakening the accusatory system and deteriorating the respect that is expected from a Democratic State to the fundamental guarantees of the accused.

For Alexandre de Moraes da Rosa and José Manuel Linhares (2011, p. 107-108), the narrowing of the relationship between the Law and modern economic structures is especially marked by confusion between 'Fundamental Rights' and 'Patrimonial Rights', with a loss of the essential concept of Justice, as it begins to be mistaken with a sense of efficiency.

However, it is of great importance to ponder whether it is possible to make compatible a notion of an efficient penal procedure (not in terms of the economic analysis of law), which might entail the use of practices offered by the new social realities, as being capable to protect a fair decision-making process. More specifically, it is necessary to assess whether the indirect expert examination corresponds to sufficient and legitimate evidences in an accusatory procedural system for a magistrate to be convinced of crimes of cruelty against animals disseminated and displayed in virtual social spaces.

In his works, Luigi Ferrajoli (2014, p. 89) draws up an epistemological layout of the various principles that make up the model of guarantees in Criminal Law, employing, in its formulation, eleven penal and procedural precepts: punishment, crime, law, necessity, offense, action, culpability, judgment, prosecution, proof, and defense.

Taking from the epistemology of personal guarantees as a major guideline for the recognition of facts within a democratic Penal Process, Elmir Duclerc (2004, p. 11) highlights the principle of strict jurisdictional process (*nulla culpa sine judicium*) as the only acceptable model for the process of recognition and proof, requiring a probative procedure of inductive type.

In the case of the use of images and videos in which the criminal practice of acts of cruelty against animals is displayed in virtual networks, there is no offense against the net of constituted guarantees for an accusatory and democratic process, provided that such evidence is collected under the seal of jurisdictional strictness.

In order for such elements to form the convincing of the magistrate, it is imperative to observe that probationary management is not taken as a task of the judge, since there is no room, in a State that sees itself as democratic, for the partial acting of the magistrate in the production of evidences. Therefore, article 156 of the Code of Criminal Procedure is understood as incompatible with a procedural model of personal guarantees, when it refers to the judge's instructive powers.

Thus, the first element for the admissibility of material collected in the virtual environment containing demonstrations of cruel acts against animals is that the accusatory system and the burden of proof for the incriminating types described in Law No. 9605/98 have been respected.

In addition, it is also worth noting that the Code of Criminal Procedure, when dealing with the forensic examination, institutes a hierarchical order that must be observed. So, following the line of reasoning of Aury Lopes Jr., the general rule for proving the criminal materiality of infractions that leave traces is, and will not cease to be, the use of the *direct* forensic examination; the indirect approach remaining for exceptional cases (LOPES JR., 2014, p. 638).

Therefore, the use of videos, photographs, and other forms of indirect forensic examination only legitimizes itself when it is not possible to conduct the direct expert examination due to the disappearance of the material remains of the crime. Moreover, it does not relieve the accusation from the duty of obedience to the rules set in article 158 and ensuing articles of the Code of Criminal Procedure, for after all, even if it is an indirect examination, such procedure does not cease to be a kind of expert examination.

With that in mind, any and all videos and photographs must be analyzed by an official expert or other reliable individuals. It is also important here to emphasize the need for knowledge geared towards the very practice of obtaining evidence in electronic and virtual spaces. This must be done as a way of properly evaluating if any manipulation has taken place. In all instances,

the process cannot stray away from the inductive construction of knowledge of the facts.

It should also be noted that the means for obtaining the aforementioned proof cannot go beyond the limits set by the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure, which do not accept, in any case, unlawful evidence or evidence derived from illegal means, under penalty of nullity.

Once the possibility of using such items as means of admissible proof in an accusatory criminal proceeding has been overcome, and having recognized the compatibility of the indirect expert examination with the model of personal guarantees has been recognized, even if only in its exceptionality, the sources of evidence for the obtaining of videos and images, which disseminate mal-treatment against animals, still have to be examined.

While the means of evidence correspond to the procedural instruments from which one obtains useful items to the process of recognition and convincing, the sources of proof are related to the individuals and objects from which it is possible to arrive at the proof.

Geraldo Prado (2014, p. 59) calls the attention to the need for complying with criminal procedural safeguards, particularly with regard to hidden methods of investigation, even when judicially authorized, such as telephone and e-mail interception (practices that are common in preliminary investigations).

The author speaks in favor of the setting of guiding principles in order to restrain great intrusions on privacy. The Council of Europe, he goes on to say, has determined three basic guidelines for such investigative practices, founded on the need for a clear legal foundation for the adoption of secret investigation or intrusive measures; the proportionality of the measures; and the existence of control (p. 62).

Therefore, this is not a course of action that, in the name of Animal Rights, would promote great intrusion across virtual network items, such as the exchange of e-mails and messages, upon which intimate and interpersonal relationships are established. In that respect, it is worth noting Law 9.296 / 96, which establishes that the interception of communication flow in computer and telematic systems shall not be accepted only in the cases of crimes punished with detention, as it is the case of the crimes against animals, contemplated in articles 29 and 34 of Law No. 9,605 / 98.

However, even in the event of impossibility of an inquiry of confidential virtual communication in the fight against the crime of mal-treatment against animals, it is still possible to use videos and photographs containing useful elements from the indirect forensic examination of such practices, given that these have not been obtained by means of computer interception.

Accordingly, it is perfectly possible to make compatible use of material obtained in virtual exchanges as evidence for crimes of cruelty against animals, without ignoring the basic guarantees instated for building the convincing arguments for the magistrate.

As Salah Khaled points out, it is necessary to choose the procedural model to follow. On the one hand one might have an accusatory and democratic system, on the other, an inquisitorial process based on the persecution of the enemy (KAHLED JR., 2015). One must be aware that the effective and fair protection of legal assets does not have to go through the suppression of guarantees, or the flexibilization of the historical achievements of Democracy.

7. CLOSING REMARKS

With the decreasing power of surveillance in the information society, the virtual environment presents itself, on one hand, as a vehicle for spreading various crimes against the digital environment, among which are the crimes of cruelty against animals, demanding from the State new roles of inspection and surveillance.

By prohibiting and criminalizing precisely the actions that may cause suffering to animals, Criminal Law implicitly recognizes the intrinsic value of animals, so that the legal asset warded in this case must be the suffering of these creatures, who would be the true passive subjects of this crime.

Finally, the videos with images of cruelty to animals broadcasted on the Internet can serve as a means of proving the authorship and the materiality of the offense, although an official expert or other suitable individual must analyze these digital documents as a way of assessing their truthfulness.

REFERENCES

BARRA, Alex S. B. e MORAES, Raquel de A. Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da informação. **Revista de Educação PUC-Campinas**. Campinas, n. 23, novembro 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm.

_____. **Decreto-lei Federal nº 24.645**, de 10 de julho de 1934. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm.

_____. **Lei nº 9605/98.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm.

_____. **Lei nº 11.690/08.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm.

_____. **Lei nº 11.829/08.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm.

_____. **Decreto-Lei Nº 12.735,** de 30 de novembro 2012. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm.

_____. **Decreto-Lei Nº 12.737,** de 30 de novembro 2012. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 730/15.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Retrieved from: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado:federal:projeto.lei;pls:2015-11-10;730>.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia uma nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós. 1988, p. 44.

_____. **Sociedade de Risco.** Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2011, p. 23-27.

BENJAMIN, Antonio H. v. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. In: **Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público.** Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão (org). Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 108

BUOMPADRE, Jorge. Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina. **Revista Brasileira de Direito Animal n. 15.** v. 9. Jan-abr 2014.

CASTRO, A. A. "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público". In: **Revista de Direito Eletrônico.** Petrópolis: IBDE, v. 1, n. 3, 2003. p. 41-51. ISSN — 1679-1045. Retrieved from: http://www.ibde.org.br/index_arquivos/rede3.pdf.

CASTRO JR., Marco Aurélio de. **Direito e Pós-Humanidade.** Curitiba: Juruá. 2013.

CHIESA, Luis. Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais. **Revista Brasileira de Direito Animal n. 13.** v. 8, maio-ago. 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo¹ DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 49.

DUARTE, José, **Comentários à lei das Contravenções Penais**. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. **Coleção Pensamento Crítico**. Coordenador Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FELTHOUS, A. R. (1980). Aggression against cats, dogs and people. **Child Psychiatry and Human Development**, 10 (3): 169-177.1980

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Alice bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, Fernanda Lara Tórtima, José Antonio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIORILLO, Celso A. P. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 12-13

_____. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. S16 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

FRIGOTTO, Gaudêncio. **Cidadania, tecnologia e trabalho:** desafios de uma escala renovada. Tecnologia Educacional, Rio de Janeiro, v. 21, n. 107, p. 04-10, jul/ago, 1992.

GARCIA Fabric., De l'homme et de l'animal: différences de degré, de nature ou d'orientation? In: **Hominidées**. Retrieved from: <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Access on 1/12/2015.

GORDILHO, Heron J. S. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. Curitiba: Juruá. 2009, p. 61-62.

_____. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução. 2009.

_____. Experimentação animal e hermenêutica constitucional. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado**. Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas e Thiago Pires Oliveira (cords). Curitiba: Juruá. 2010, p. 518

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Le verdade y la prueba. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia** n. 13. Salvador: Fundação Orlando Gomes. 2006, p. 32

GRECO, Luis- Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Ed. Tirant Lè Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita. **Passim**

HEATH, G. A.; HARDESTY, v. A. & GOLDFINE, P. E. . "Firesetting, enuresis, and animal cruelty". **Journal of Child and Adolescent Psychotherapy**, 1 (2): 97-100.1984.

HELLMAN, D. S. & BLACKMAN, N. Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. **American Journal of Psychiatry**, 122: 1431-1435.1966.

KHALED JR., Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. Retrieved from: http://www.emerj. tjrj. jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf Access on 9/12/2015.

ITALIA. Tribunale Ordinario di Milano. **Sezione Distaccata di Rho**. 23 abr. 2012.

LEAL, Luziane F. S. e ANSELMO, José Roberto de. Bloqueio de conteúdos ilícitos postados nas redes sociais: uma decisão cidadã dentro do devido processo legal. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS**. 2015

LEVAI, Laerte Fernando. A condição-animal em Kaspar Hauser: crítica à ética racionalista: o bom selvagem e a esterilidade da razão. **Revista Brasileira de Direito Animal** n. 3, v. 2. Jul- Dez 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustação da tutela penal**. São Paulo: Saraiva. 2015.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco** (Lei nº 9.605/98). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAOLO, Alessandro. **Uccisione di animali art 544 bis c. p.** — reato — crudeltà. Retrieved from: www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1740.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. São Paulo, RT, 2013.p 105.

_____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos.** A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROUANET, Sérgio P. A verdade e a ilusão do pós-modernismo. In: ROUANET, S. P. **As razões do iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SANTANA, Luciano Rocha e SANTOS, Clarissa P. G. dos. O crime maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In: **Crimes ambientais:** comentários à lei 9.605/98. Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder (organizadoras). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p. 159

SCHUNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente. Tradução de Mariana Sacher de Koster, in: **Libro homenaje a José Rafael Mendonza Trocontis.** t 2. Caracas: Facultad de Ciências Jurídicas y Políticas da Universidad Central da Venezuela. 1989.

SILVA, Tagore T. A. **Direito animal e ensino jurídico:** formação e autonomia de um saber pós-humanista. Salvador: Evolução. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

* Recebido em 2 ago. 2017.



DA SUBJETIVIDADE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DO INSTITUTO DA REMISSÃO CÓMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO

*Rafael de Oliveira Costa**

*Luana Pelegrini de Oliveira***

*Mayne Campos Pereira de Freitas****

Resumo

A proposta de (re)pensar o problema da subjetividade revela-se de grande utilidade para uma compreensão mais profunda do poder criativo dos Promotores de Justiça, pois inaugura um novo enfoque, que prioriza o questionamento acerca do próprio fenômeno da hermenêutica. O presente estudo faz uso da hermenêutica filosófica e de raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (jurisprudência) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir que, para garantir efetividade à doutrina da proteção integral e a observância ao princípio da isonomia, deve-se fixar critérios mínimos para a concessão de remissão como forma de exclusão do processo.

Palavras-chave

Poder Criativo Exercido por Promotores de Justiça; Remissão; Subjetividade; Hermenêutica Filosófica.

PROSECUTOR'S SUBJECTIVITY AND REMISSION AS A FORM OF SUIT'S EXCLUSION

Abstract

The proposal to rethink the problem of subjectivity proved to be very useful for a deeper understanding of the creative power of law by Prosecutors, inaugurating a new approach that prioritizes questioning the very phenomenon of hermeneutics. This study seeks to ensure effectiveness to the doctrine of integral protection by analyzing the impact of the revelations brought by criteria for granting "remission" as a form of exclusion of suits, issue chosen for discussion here because it represents, undoubtedly, one of the great challenges nowadays.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) /Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

** Graduada em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Analista de Promotoria I (Assistente Jurídico) em Leme-SP.

*** Graduanda em Direito pela Universidade Anhanguera. Estagiária do Ministério Público.

Keywords

Prosecutor's Creativity; Remission; Subjectivity; Philosophical Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

O termo “remissão” decorre do latim *remissio*, que significa renúncia, indulgência ou perdão.

O item 11.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Resolução nº 40/33, de 29.11.85) recomenda que se conceda à Polícia, ao Ministério Público e a outros organismos que se ocupem de menores infratores, a faculdade de afastá-los de procedimentos formais através da concessão de remissão. Pretende-se, com a medida, atenuar os efeitos negativos da instauração do procedimento, especialmente o elemento *estigmatizante* que decorre da sentença.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três modalidades distintas de remissão. A remissão como forma de *suspensão* (1) ou *extinção* (2) do processo é promovida pelo Poder Judiciário, especialmente quando o prosseguimento do feito não se mostrar viável ou o ato infracional não demande a aplicação das medidas de semiliberdade ou internação (artigo 126, parágrafo único, do ECA). De outro modo, a remissão como *exclusão do processo* (3) impede a instauração do procedimento quando o interesse na defesa social assume valor inferior àquele representado pela própria eficácia do processo. Reserva-se, portanto, às hipóteses em que a infração não tem caráter grave e a família, a escola ou outras instituições de controle social possam atuar de forma construtiva, promovendo a ressocialização do adolescente.

No que concerne à remissão como forma de exclusão do processo, trata-se, em verdade, de benefício que pode ser concedido exclusivamente pelo representante do Ministério Público, cumulado ou não com outras medidas previstas em lei (art. 127, do ECA)¹, inclusive de proteção (artigo 101, do ECA).² Embora o Ministério Público “proponha” a medida, seja ela pura e simples, seja acompanhada de medida socioeducativa, a competência para concedê-la

¹ O artigo 181, § 1º, do ECA, permite concluir ser plenamente viável a aplicação de medida socioeducativa cumulada com a remissão proposta pelo Ministério Público, uma vez que, promovido o arquivamento ou proposta a remissão, incumbe ao Magistrado homologá-los e determinar, em sendo o caso, o cumprimento da medida pelo adolescente.

² Instituto semelhante, a transação no âmbito processual penal tem como objetivo evitar a instauração do processo, tendo sido introduzida pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. A remissão, quando concedida pelo Ministério Público, é forma de exclusão do processo, de forma similar ao que ocorre com a transação. Quando o processo já se iniciou, cabe ao Juiz oferecer remissão como forma de suspensão do processo, de modo similar ao que ocorre com o benefício previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/95.

é da Autoridade Judiciária, uma vez que indispensável a homologação (§ 1º do art. 181 do ECA).³

Contudo, o instituto da remissão precisa começar a ser visto como importante instrumento para a otimização e racionalização da atuação judicial do Ministério Público na seara infracional. A Constituição previu que incumbe ao Ministério Público realizar a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput* da CR/88). Para tanto, mostra-se indispensável potencializar a intervenção da instituição na seara da Infância e Juventude, a partir da fixação de parâmetros que permitam a atuação uniforme e afastem a subjetividade de seus Membros — ainda que através de orientações a serem seguidas facultativamente, em respeito ao princípio da independência funcional —, visando otimizar o resultado prático da outorga funcional conferida ao Ministério Público pela Constituição, especialmente diante do número crescente de feitos envolvendo a prática de atos infracionais por adolescentes.

O presente estudo propõe, fazendo uso da hermenêutica filosófica e de raciocínio hipotético-dedutivo, uma releitura do benefício, de modo a permitir a atuação coerente e uniforme dos diversos órgãos de execução do Ministério Público, sem desconsiderar o atual design institucional e a estrutura material/humana disponíveis. Paire a legítima expectativa da sociedade de uma eficiente e eficaz atuação do Ministério Público, na plenitude e exata dimensão de sua “moldura constitucional”, notadamente em casos relacionados com a Infância e Juventude. E um Ministério Público mais eficiente, especialmente em relação àquele outrora limitado a discutir questões atreladas ao patrimônio e aos interesses eminentemente privados, exige uma reengenharia institucional no âmbito da atuação judicial que permita aos órgãos de execução deflagrarem apenas e tão-somente demandas e procedimentos indispensáveis, de modo a primar pela celeridade da resposta estatal às infrações perpetradas.

É o que passaremos a fazer no próximo tópico deste estudo.

³ Em relação à *natureza jurídica* da remissão concedida pelo Ministério Público, trata-se de verdadeiro ato administrativo. Nesse sentido: “Consoante tem sido reiteradamente admitido por esta E. Câmara, a remissão pode ser concedida, antes de iniciado o procedimento judicial, pelo Dr. Promotor de Justiça, mediante um ato administrativo, preparatório de outro, principal e final, que é a homologação. Ao conceder a remissão como forma de exclusão do processo, o Ministério público não pratica ato jurisdicional, mas pleiteia que não se instaure o procedimento. É o que sucede, em termos assemelhados, no processo penal, com o arquivamento do inquérito (TJSP — Agravo de Instrumento nº 21.870-0 — Rel. Des. Lair Loureiro — j. 01.12.94).

2. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E SUBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DA NORMA

A partir de Heidegger, a hermenêutica passou a desempenhar um papel fundamental, relacionando-se com as condições prévias da interpretação de textos e com todo o pensamento humano.

Nesse sentido, a “linguisticidade” representa uma estrutura fundamental: é o meio pelo qual ocorre a compreensão, pois tanto o pensamento como a comunicação são realizados através da linguagem. Trata-se de elemento universal, pois todo fenômeno é linguisticamente delineado: “O ser que pode ser compreendido é linguagem” (GADAMER, 1997, 478). E essa universalidade decorre do reconhecimento da própria finitude, ou seja, “a consciência de que nossa linguagem efetiva não é suficiente para esgotar a conversação interior que nos impele ao conhecimento.” (GRONDIN, 1999, p 178).

Partindo desses pressupostos, Heidegger reelabora a relação entre “compreensão” e “interpretação”, dando primazia existencial à primeira, ao afirmar que “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender” (HEIDEGGER, 2006, p. 78). O solipsismo, fundado na ideia de que a compreensão baseia-se em estados de experiência pessoal, sem estabelecer uma relação direta entre a subjetividade e a compreensão para além do sujeito, admite que um Eu conhece e controla o Mundo (HEIDEGGER, 2006, p. 67). Ocorre que, quando a compreensão se dá em estados de experiência do próprio ego transcendental, sem estabelecer uma relação direta entre esses estados, desconsidera a indispensável existência de mais de uma consciência para que seja possível o diálogo, tornando-se uma “compreensão ilegítima” (MEGALE, 2007).

Assim, Heidegger, buscando superar Schleiermacher, Dilthey e Husserl, desloca a questão da hermenêutica para uma nova ontologia, na qual o ser é pensado não mais como ente absoluto, mas, sim, enquanto abertura interpretativa limitada pela própria condição humana. Essa a grande contribuição da fenomenologia: a reflexão crítica e analítica, “excluindo previamente toda dúvida imaginável como desprovida de sentido” (HUSSERL, 2001, p. 13).

Nessa perspectiva, não se pode falar em “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento pré-existente à compreensão: toda “verdade” é construída dialogicamente com o texto. A compreensão/aplicação/interpretação não é um processo meramente reproduutivo, no qual o intérprete apenas busca o sentido do texto. Trata-se de um processo produtivo no sentido de que sofre a influência da tradição do hermeneuta. A produtividade decorre da consciência do próprio processo hermenêutico, o que possibilita trazer à tona aquilo que nos vem da tradição, ou seja, os pré-conceitos do intérprete, que, deste modo, podem ou não sofrer modificações (GADAMER, 1997).

Assim, pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação objetiva do texto, isto é, que possa reconstruir o seu “verdadeiro” sentido, significa não ter percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetiva do texto) (GADAMER, 1997).

No âmbito prático, a hermenêutica fenomenológica permite que o Promotor de Justiça faça uma análise do caso como fenômeno puro, indagando sobre o próprio fundamento da norma e a sua razão de ser. Trata-se de conhecer a própria subjetividade e as circunstâncias do caso concreto, evitando que pré-conceitos ilegítimos acabem por deturpar a interpretação do texto normativo, visto que o ato de aplicar o Direito não pode ser reduzido à “consciência do intérprete”, como se o limite fosse a própria subjetividade, sem qualquer espécie de controle pelo adolescente. Ora, é claro que existe uma liberdade interpretativa do Promotor de Justiça face aos “vários sentidos” permitidos pelo texto normativo. Contudo, é preciso buscar as condições de controle desse “poder criativo”, sem que a decisão seja um ato de vontade, produto do “poder” atribuído ao Ministério Público.

O uso da “convicção pessoal do Promotor” como fundamento para a prática de arbitrariedades deve ser afastado da função ministerial. O que legitima a aplicação do Direito não é a interpretação em si que lhe confere o Promotor de Justiça, mas a adoção de um processo decisório que afaste a decisão adotada pelo Órgão do Ministério Público como fruto de sua subjetividade. Em suma, é preciso que aqueles que irão sofrer os efeitos da decisão possam participar efetivamente do processo, verificando a racionalidade adotada, o que legitima a própria decisão (pela sua forma e pelo seu conteúdo) (GÜNTHER, 2004; COSTA, 2016).

Partindo desse arcabouço teórico, torna-se necessário traçar critérios que, segundo entendemos, possam contribuir para a redução da subjetividade na aplicação do instituto da remissão, evitando sujeitar o adolescente unicamente à conveniência do Promotor de Justiça, em nítida afronta ao princípio da igualdade e à doutrina da proteção integral.⁴ Busca-se, assim, superar a cha-

⁴ A doutrina da proteção integral encontra respaldo em inúmeros documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (“Regras de Beijing” - Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1985); as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (“Diretrizes de Riad”), de 1º de março de 1988; e a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. No âmbito interno, a Constituição de 1.988 encampou-a em seu artigo 227, dispondo que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

mada “crise de interpretação do ECA” (MENDEZ, 2000), a partir do deslocamento dos fundamentos filosóficos da “bondade” e do “concedo segundo eu acredito” para uma postura de efetiva tutela dos direitos de adolescentes infratores. A natureza peculiar das medidas socioeducativas abre espaço para a prática de arbitrariedades que há muito foram superadas pelo Direito Penal e que não podem ser admitidas na seara infracional.

[...] as piores atrocidades contra a infância se cometeram (e se cometem ainda hoje) muito mais em nome do amor e da compaixão, que em nome da própria repressão. Tratava-se (e ainda se trata) de substituir a má, porém também “boa” vontade, nada mais — porém nada menos —, pela justiça. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso, nada contra o amor quando o mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Pelo contrário, tudo contra o “amor” quando se apresenta como um substituto cínico ou ingênuo da justiça. (MENDEZ, 2000, p. 13)

Passemos à análise do problema sob a égide prática.

3. LIMITANDO A SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REMISSÃO E POTENCIALIZANDO A ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SEARA INFRACIONAL

Dispõe o artigo 126, da Lei 8.069/90, que:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Embora o dispositivo estabeleça como “critérios” legais para a concessão de remissão a análise das circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional, na seara prática estes requisitos não têm se mostrado suficientes, especialmente diante da imensa liberdade interpretativa conferida ao Promotor de Justiça da Infância e Juventude que, desconsiderando o processo hermenêutico, limita-se a justificar a solução que lhe parece mais justa no caso concreto. Indispensável, portanto, estabelecer uma atuação otimizadora e que

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Em breve síntese, adota como pressupostos: a) o fato de que a criança e o adolescente são sujeitos de direito; b) a garantia de absoluta prioridade no tratamento das matérias afetas à Infância e Juventude; e c) o respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

atente para a necessária congruência lógica na resposta estatal, ainda que por meio de orientações a serem seguidas facultativamente pelos Membros do Ministério Público.

Em relação ao *contexto social*, as diligências tradicionalmente empregadas em sede policial não se afiguram suficientes para uma adequada análise do critério pelo Promotor de Justiça. É preciso modificar a sistemática adotada, realizando estudo social com o adolescente e sua família antes mesmo da remessa dos autos ao representante do Ministério Público. Deve a Autoridade Policial, agindo em conjunto com a rede municipal de atendimento, providenciar a elaboração de relatório que permita a adequada valoração do contexto social em que o adolescente encontra-se inserido, objetivando a efetiva análise do contexto de vida do infrator.

Ademais, a concessão da remissão não pode ocorrer de forma desarrazoada, abrangendo atos infracionais equiparados a delitos de elevada gravidade. Devem ser estabelecidos critérios objetivos para o deferimento da benesse, sempre tendo em mente que “*a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes*” (artigo 127, do ECA). Assim, deve ser afastada a aplicação do instituto para atos infracionais equiparados a crimes hediondos, na exata medida em que não se amoldam à sua finalidade, uma vez que atentam contra a efetividade do processo infracional na aplicação do justo concreto, atingindo frontalmente o caráter ressocializador e a dimensão material ou substancial do *due process of law*.

Em exegese sistemática do ordenamento jurídico, especialmente em atenção aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição), não se afigura adequada a concessão de remissão se o ato infracional for equiparado a crime a que seja cominada pena mínima superior a 01 ano de reclusão, por analogia ao disposto no artigo 89, da Lei 9.099/95. E isso porque, enquanto instituto despenalizador mais abrangente na seara criminal, perfeitamente cabível a utilização do critério estabelecido — baseado na pena e, por via de consequência, na relevância atribuída pelo legislador ao bem jurídico — para a concessão da remissão, evitando, mais uma vez, a utilização desmensurada e irrestrita do instituto.

Além disso, em se tratando do primeiro ato infracional perpetrado pelo adolescente, ainda que revestido de certa gravidade e sem olvidar as circunstâncias legalmente estabelecidos (circunstâncias e consequências do fato, contexto social, bem como personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional), cabível se mostra a concessão de remissão, sem a aplicação de qualquer medida socioeducativa, exatamente porque o re-

gular comparecimento para oitiva informal demonstra senso de responsabilidade e disciplina que não pode ser ignorado pelo representante do Ministério Público.

Não bastasse, quando o adolescente infrator houver obtido a benesse anteriormente em outra oportunidade, a concessão de nova remissão deve ficar necessariamente submetida à aplicação de medida(s) socioeducativa(s). Isso porque nova proposta do benefício, sem que seja cumulada com qualquer medida, viola não apenas o princípio da individualização, mas também faz crescer o sentimento de impunidade e desconsidera a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

E mais: ao reincidir o adolescente na prática do mesmo ato infracional (dispensando-se a análise da existência de circunstâncias que majorem ou minorem a pena — v.g., causas de aumento ou diminuição, qualificadoras, agravantes e atenuantes), ainda que pela segunda vez, não parece plausível que o Promotor de Justiça venha a conceder nova remissão. Nesses casos, deve o Membro do Ministério Público propor representação, na medida em que a “reincidência específica infracional” deve ser sancionada com maior rigor que a “reincidência simples”, evitando-se a prevalência do sentimento de impunidade e atentando para a necessidade de ressocialização do infrator.

Seguindo a mesma lógica, em se tratando da terceira vez que o adolescente é surpreendido praticando ato infracional, incabível, independentemente da natureza do ato, o oferecimento de remissão, sendo indispensável a instauração de regular procedimento, com contraditório e ampla defesa, objetivando a aplicação de medida(s) socioeducativa(s).

Interpretando sistematicamente a Lei nº 8.069/90 com o disposto no artigo 76, § 2º, inciso II, da Lei 9.099/95⁵, depreende-se também ser indispensável a fixação de critério temporal limitativo para a concessão de remissão ao adolescente anteriormente condenado pela prática de ato infracional. E dois parecem ser os parâmetros passíveis de serem adotados. O primeiro deles deve ser aquele previsto no mencionado dispositivo da Lei nº 9.099/95, ou seja, cinco anos. De outro modo, uma segunda corrente pode tomar como período depurador o lapso temporal de três anos, dentro do qual não pode o adolescente ser beneficiado com nova remissão, em razão do prazo máximo previsto para a aplicação da medida mais drástica: a internação (artigo 121, § 3º, da Lei 8.069/90). Entendemos que a segunda posição é mais adequada, exatamente porque busca solução para a temática dentro do próprio Estado da Criança e do Adolescente, de modo que não se deve conceder remissão dentro do período de três anos após o trânsito em julgado da sentença que aplicou medida socioeducativa ao infrator.

⁵ Artigo 76, § 2º: “Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo”.

Aliás, não se pode conceder remissão quando se tratar de fato atípico, uma vez que a medida viola não só o princípio da tipicidade, mas retrocede ao período anterior ao Estatuto, em que se agia arbitrariamente para conter “desvios de conduta de adolescentes em situação irregular”.

Devidamente traçados os principais critérios, ressalte-se que não pretendem fornecer uma resposta definitiva para o problema. Nada obsta o oferecimento de representação, mesmo na primeira oportunidade em que o adolescente comparecer à Promotoria de Justiça, desde que presentes circunstâncias fáticas que atestem a necessidade da adoção de postura mais enérgica pelo Ministério Público.

Contudo, com a adoção desses novos parâmetros pretende-se não apenas uniformizar a atuação da instituição, mas, indo além, otimizar e potencializar a atuação ministerial, evitando a instauração desmedida de procedimentos que, inevitavelmente, conduzirão à morosidade do Poder Judiciário e à sensação de impunidade em adolescentes infratores. Em outras palavras, as circunstâncias estabelecidas pelo artigo 126, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não podem ser desconsideradas, mas devem ser adotadas com cautela, diante da imensa subjetividade conferida ao Promotor de Justiça.

A concessão da remissão exige que a argumentação recaia em pontos que possam ser racionalmente expostos e que permitam a sua legitimização pelo procedimento que a antecede e pelo seu conteúdo. Não se trata de afastar o contraste entre as diferentes interpretações conferidas ao instituto — expressamente admitidas pelo ordenamento, na medida em que confere poder criativo ao Promotor de Justiça —, mas, sim, de garantir legitimidade ao ato de concessão da remissão. O problema da interpretação passou a ser o problema do fazer interpretativo (função criativa do Direito) e da legitimidade do interpretar pelo Ministério Público. A legitimidade do ato de concessão da remissão deve ser extraída do caso concreto, como realidade construída pelo discurso processual, devidamente motivado, publicizado e amparado na independência funcional do Promotor de Justiça que, enquanto Membro da instituição Ministério Público, atua de modo coerente e uniforme, objetivando não só otimizar a utilização dos recursos disponíveis, mas, atento às necessidades de seu tempo, busca a celeridade na resposta estatal.

Apesar da existência de uma margem de indeterminabilidade na interpretação pelo Promotor, a tarefa de concretização da norma em cada caso não se dissolve no arbítrio. Existe sempre uma esfera de previsibilidade das decisões e que busca substrato na Hermenêutica Filosófica:

Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o ato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda compreensão da situação estará em condições de

realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito; ou seja, podemos ter uma idéia daquilo que nos atemos. Qualquer advogado ou herdeiro está, em princípio, capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. (GADAMER, 1997, p. 489)

Frise-se que o presente estudo não pretende afastar a existência da liberdade interpretativa do Promotor face aos “vários sentidos” admitidos pelo texto normativo. Indubitavelmente, existe uma esfera de “liberdade” ao interpretar o texto. Trata-se, ao contrário, de buscar as condições de controle das manifestações ministeriais e do poder criativo do Órgão de Execução, sem que a concessão da remissão seja um ato de vontade. O Membro do Ministério Público deve perceber que a imprevisibilidade nas manifestações e a indeterminabilidade na interpretação do Direito são fenômenos distintos (VIDAL, 2003, p. 08). A indeterminabilidade na interpretação do Direito faz parte do próprio fenômeno jurídico e deriva da complexidade da normatização de condutas, o que não pode impedir que o destinatário da norma tenha condições de conhecer o que pode e deve fazer para agir em conformidade com o ordenamento jurídico (COSTA, 2009, p. 67). O ato interpretativo está assentado na intersubjetividade (MEGALE, 2007) e não pode ser reduzido à “consciência do intérprete”, como se o limite fosse a própria subjetividade do Promotor de Justiça, sem qualquer espécie de controle pela sociedade e pelo adolescente infrator. Cuida-se, ao contrário, de buscar as condições de controle da concessão da remissão, visto que, a partir dos ensinamentos da hermenêutica fenomenológica, o uso da “convicção pessoal do intérprete” como fundamento para a prática de arbitrariedades deve ser afastado da função ministerial (STRECK, 2003).

Em suma, a circunstância de a concessão da remissão exigir a devida fundamentação e amparo nos critérios objetivos acima mencionados decorre da necessidade de se dar legitimidade ao ato praticado e de otimizar a atuação ministerial.

4. CONCLUSÃO

Em face da necessidade de adequação da intervenção do Ministério Público na seara infracional, impende racionalizar e reestruturar a atuação dos órgãos de execução, traçando diretrizes concretas para uniformização do instituto da remissão, especialmente diante da abertura interpretativa proporcionada pelos dispositivos contidos na Lei nº 8.069/90.

O ato de aplicar o Direito não pode ser reduzido à “consciência do intérprete”, como se o limite fosse a própria subjetividade, sem qualquer espécie de controle pelo adolescente. É claro que existe uma liberdade interpretativa do Promotor de Justiça face aos “vários sentidos” admitidos pelo texto normativo. Contudo, é preciso buscar as condições de controle desse “poder criativo”

para que a decisão não seja um ato de vontade, produto do “poder” atribuído ao Ministério Público.

Para tanto, o uso da “convicção pessoal do Promotor” como fundamento para a prática de arbitrariedades deve ser afastado da função ministerial. A concepção de que a compreensão pode estar fundada em estados de experiência pessoal, sem estabelecer uma relação entre a subjetividade e a compreensão para além do sujeito, admite um Eu que “conhece” e “controla o Mundo” (HEIDEGGER, 2006, p. 67). No entanto, o que legitima a aplicação do Direito não é a interpretação em si que lhe confere o Promotor de Justiça, mas a adoção de um processo decisório pautado em parâmetros que impeçam que a decisão do Órgão do Ministério Público seja fruto da subjetividade. É preciso que aqueles que irão sofrer os efeitos da decisão possam participar efetivamente do processo, verificando a racionalidade adotada, o que legitima a própria decisão (pela sua forma e pelo seu conteúdo).

Ao analisar a conveniência e oportunidade da concessão da remissão utilizando-se de critérios que reduzam a subjetividade e atentem para as conquistas da hermenêutica filosófica, sem violar o princípio da independência funcional, o Ministério Público não só atua de modo coerente e uniforme, mas ainda atende à legítima expectativa da sociedade de uma eficiente e eficaz postura face à prática de atos infracionais.

O momento é oportuno para uma (re)leitura do instituto da remissão e para uma reengenharia institucional que permita aos órgãos de execução deflagrarem demandas e procedimentos, primando pela celeridade e pela defesa dos interesses da sociedade.

REFERÊNCIAS

COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, p. 692, 2016.

_____. **Segurança Jurídica e Hermenêutica Constitucional**: Horizontes Jusfilosóficos da Previsibilidade das Decisões Judiciais. 183p. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DILTHEY, Wilhelm. **L'édification du monde historique dans les sciences de l'espirite**. Trad. de Sylvie Mesure. Paris: Les Éditions du Cerf, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Heurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:** Justificação e Aplicação. Trad. de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Landy, 2004.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Trad. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas:** introdução à fenomenologia. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Fenomenologia e Hermenêutica Jurídica.** Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

_____. O induzimento como forma de violência e injustiça no processo juspolítico: A premência da educação, janela de esperança para a lucidez. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 100, p. 98, 2010.

MENDEZ, Emílio Garcia. Por uma Reflexão sobre o arbítrio e o Garantismo na Jurisdição sócio-educativa. Porto Alegre: AJURIS, 2000.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica:** arte e técnica da interpretação. Trad. de Celso Reni Braida. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIDAL, Marcelo Furtado. **A interpretação e o (im)previsível:** estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

* Recebido em 04 jan. 2015.



DECISÃO, ORGANIZAÇÃO E RISCO: A FORMA DA DECISÃO JURÍDICA PARA ALÉM DA SEGURANÇA E DA LEGITIMIDADE

*Rafael Lazzarotto Simioni**

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo discutir uma possível reconstrução do sentido da decisão jurídica quando, no lugar das referências modernas à tensão entre segurança e legitimidade, ela é entendida como diferença entre decisão, organização e risco. Desde a modernidade até as concepções pós-positivistas, os principais referentes da decisão jurídica permanecem os mesmos. Entretanto, a sociedade contemporânea é diferente. Hoje não são mais os juízes que decidem, mas sim as organizações, as estruturas, os desenhos institucionais nos quais os juízes se encontram inscritos. Assim também na advocacia e academia, o que importa são os atores sociais, as estruturas, as instituições e não os sujeitos individuais e suas virtudes. Para serem alcançados esses resultados, a metodologia utilizada é a observação de segunda ordem da teoria dos sistemas sociais autopoético de Niklas Luhmann. Como resultado, conclui-se que a substituição da correlação histórica entre segurança e legitimidade pela diferença entre decisão, organização e risco permite observar que as transformações importantes no direito não decorrem mais de mudanças nas leis, mas sim das mudanças nos desenhos institucionais, nas organizações que ocupam os espaços de produção de sentido do direito.

Palavras-chave

Decisão Jurídica. Legitimidade. Organização. Risco. Segurança.

DECISION, ORGANIZATION AND RISK: THE FORM OF THE LEGAL DECISION TO THE SECURITY AND LEGITIMACY

Abstract

This research discuss a possible reconstruction of the meaning of legal decision when, instead of the modern references to the tension between security and legitimacy, it is understood as the difference between decision, organization and risk. From modernity to post-positivist conceptions, the main points of legal decision remain the same. However, contemporary society is different. It is no longer the judges who decide, but rather the organizations, structures, and institutional designs in which the judges are members. So also in advocacy and academia, what matters are social actors, structures, institutions and not individual subjects and their virtues. The methodology used is Niklas Luhmann's second order observation of the autopoietic social systems theory. As a result, it is concluded that the substitution of the historical correlation between

* Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Professor do Programa de Mestrado em Direito da FDSM e do Programa de Mestrado em Bioética da Univás, Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM).

security and legitimacy by the difference between decision, organization and risk makes it possible to observe that the important transformations in law are no longer due to changes in laws but changes in the institutional designs, in the organizations that occupy the spaces of production of sense of the law.

Keywords

Legal decision; Legitimacy; Organization; Risk; Safety.

1. INTRODUÇÃO

O sentido da decisão jurídica passou por inúmeras transformações na Modernidade. Desde a Escola da Exegese do século XIX, passando pela Escola Histórica, pela Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses, dos Bens, dos Valores, como também com o Movimento do Direito Livre e, depois, com o neopositivismo jurídico de Hans Kelsen e seus desdobramentos, a noção de decisão jurídica manteve diversas referências a valores medievais, tais como as noções de comunidade, costumes e moralidade, mas oscilou entre dois valores genuinamente modernos, que são os valores da segurança e da legitimidade.

Hoje temos concepções pragmatistas, hermenêuticas, proceduralistas, substancialistas, sistêmicas. Elas divergem bastante entre os critérios de segurança e de legitimidade que devem ser utilizados na prática das decisões jurídicas. Mas apesar das divergências, no nível do discurso jurídico a segurança e a legitimidade permanecem como os cânones que guiam não só a descrição da decisão jurídica em termos de “realidade” do direito, mas também as expectativas que são produzidas e reproduzidas como um ideal de decisão perfeita, correta ou virtuosa.

Entretanto, segurança e legitimidade são referentes discursivos genuinamente modernos, de um tempo em que se acreditava que o problema estava no controle do arbítrio subjetivo do juiz. Controle que, em nome da segurança, deveria ser realizado por metodologias científicas racionais, enquanto que, em nome da legitimidade, deveria ser realizado por meio de uma relação de aderência entre os considerandos da decisão e o conjunto de valores, princípios, tradições e convicções éticas de uma comunidade concreta. As concepções contemporâneas procuram estabelecer um equilíbrio ou uma mediação da tensão entre segurança e legitimidade, para que as decisões jurídicas sejam não apenas seguras, previsíveis e corretas em termos de lógica formal, mas também legítimas, justas, equânimes, adequadas aos princípios e valores de uma comunidade política concreta. Desde a *phronesis* grega ou da *prudentia* romana, a história da cultura jurídica ocidental continua articulando os valores da segurança e da legitimidade, forma e matéria, *corpus* e *mens*, ato e potência.

O problema é que a sociedade contemporânea possui uma dinâmica que exige uma compreensão diferente da decisão jurídica. A decisão jurídica não pode continuar a ser entendida como um ato de um juiz como sujeito,

pessoa ou indivíduo. A questão está nos atores sociais, na estrutura, nas instituições, nas organizações. Entender a decisão como decisão de um juiz é o mesmo que entender as decisões políticas como decisão de um soberano, contra as quais nós então reagimos ao arbítrio mediante o constitucionalismo, isto é, mediante o deslocamento do governo dos homens, para o governo das leis. Mas isso só nos leva à questão humanista da legalidade e sabemos já pela experiência do constitucionalismo moderno que legalidade não é sinônimo de legitimidade. Então, como hoje, podemos reclamar por mais democracia nos processos judiciais, como se a participação dos afetados pelas decisões pudesse temperar a legalidade com um pouco mais de legitimidade. Ou podemos convocar princípios, valores, razões de eficiência e inúmeras outras possíveis referências de sentido como suplementos de legitimidade, como próteses da decisão.

A noção de risco é um valor discursivo que pode conduzir uma possível ressignificação do sentido da decisão jurídica. O risco torna sem sentido falar-se em segurança jurídica, como também permite questionar os valores medievais presentes nos discursos jurídicos modernos, como as noções de comunidade, de consenso e de moralidade.

A questão central desta pesquisa, então, é descrever o que acontece quando nós substituímos a distinção modernista da decisão jurídica como tensão entre segurança e legitimidade por uma tensão entre risco e legitimidade?

Por hipótese, uma ressignificação da decisão jurídica pode ser experimentada a partir da introdução de uma nova distinção como essa, sugerida por Niklas Luhmann, entre decisão, organização e risco¹. E nesse sentido especulativo, queremos chamar a atenção a uma tentativa de descortinar um caminho diferente para o entendimento da decisão jurídica, não mais como uma questão de aplicação, tampouco como uma questão de escolha discricionária dentre possibilidades de constituição linguística do sentido normativo do direito, mas como uma questão de unidade de diferenças entre três operações recursivas: a interpretação, a argumentação e a decisão em uma estrutura de organização.

Falaremos, portanto, de diferenças entre decisão e organização e entre decisão/interpretação/argumentação. Veremos a decisão não como um fato, tampouco como uma ação — para julgá-la racional ou irracional —, mas como uma operação de comunicação guiada por estruturas sociais, organizacionais/

¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996; _____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998; _____. *Organizzazione e decisione*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005b.

institucionais e individuais. Não se trata de um caminho melhor ou pior. Simplesmente um caminho diferente. Um outro caminho possível de ressignificação da decisão jurídica.

2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO, DECISÃO JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL

Interpretação e aplicação é uma distinção reproduzida por uma tradição milenar da cultura jurídica ocidental. Hoje fala-se também em argumentação e decisão jurídica. Mas as razões que justificaram essas diferenciações sofreram profundas transformações na história.

Interpretar e aplicar são verbos da prática jurídica que pressupõem uma relação complexa de operações, as quais incluem também a argumentação jurídica referida aos fatos. Historicamente, a interpretação é explicada de modo separado da aplicação do direito. Como observou Streck², esse foi um tempo, anterior à virada linguística, em que se acreditava ser possível primeiro interpretar para só depois aplicar a interpretação realizada. Claro que essa distinção possui mais de dois mil anos de operação sobre os discursos jurídicos, pois ela vem da distinção entre *interpretatio* e *aplicatio* da experiência jurídica Romana. Naquela época, os editos dos pretores — o equivalente hoje às sentenças judiciais — apenas declaravam o direito para as partes do processo, não executavam o direito. A execução do edicto era um ato posterior, que geralmente era realizado pela própria parte vencedora no processo.

A separação entre interpretar e aplicar o direito, portanto, tinha uma razão na experiência jurídica Romana³. A qual inclusive era reforçada pela máxima da *prudentia* — e depois, com seu equivalente grego da *phronesis* —, a qual apresentava a exigência do cuidado com os efeitos colaterais tanto na operação da *interpretatio*, quanto na da *aplicatio*. A *jurisdictio*, portanto, significava a prática dos pretores romanos — com a ajuda dos jurisconsultos — de dizer o direito e não necessariamente de executá-lo ou aplicá-lo no sentido que entendemos hoje.

Entretanto, hoje, não há mais essa razão que separava interpretação e aplicação do direito. A jurisdição do Estado Moderno transformou a diferença entre dizer e aplicar o direito: fundiu a diferença entre interpretar e dizer. A Escola da Exegese, justificando a necessidade de romper com o seu passado

² STRECK, Lenio. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. In: ____; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

³ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milão; Nápoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografico, 1902, v. 1.

histórico de trevas não burguesas, inclusive proibia ao juiz interpretar-constuir-inventar a lei alegando lacunas ou obscuridades no texto⁴. Nas palavras de Montesquieu, o juiz devia ser somente “la bouche qui prononce lês paroles de la loi”⁵. E assim, a atividade jurisdicional conheceu o sentido da decisão jurídica como um ato de dizer/aplicar o direito — não inventá-lo, não adaptá-lo, apenas dizer e aplicá-lo.

Somado ao monopólio da jurisdição — que proíbe no geral a aplicação do direito por particulares —, a decisão jurídica do Estado Moderno vai fundir o dizer e o aplicar o direito. Entre o dizer o e aplicar o direito não deve haver espaço para a interpretação. Interpretar tornou-se uma atitude proibida, pois ela passou a ser considerada um ato arbitrário de criação ou adaptação do direito pelo juiz.

Os ecos dessa forma de construção do sentido da decisão jurídica podem ser observados ainda hoje nos discursos jurídicos. As discussões a respeito da interpretação correta ilustram a armadilha discursiva dessa *“in claris cessat interpretatio”*. Interpreta-se apenas segundo regras pré-estabelecidas — mas que também elas podem estar sujeitas à interpretação; e aplica-se o direito em conformidade com o caso concreto — como se o caso concreto não passasse de uma narrativa de fatos que também exigem interpretação, argumentação e decisão a respeito do sentido que se pretende dar para os acontecimentos.

A tradição da filosofia hermenêutica ensinou que interpretação, compreensão e aplicação são operações que pressupõem um único e mesmo horizonte hermenêutico de pré-compreensões⁶. Interpreta-se o que já se comprehendeu. E comprehende-se aquilo que possui uma perspectiva de aplicação. Afinal, não é possível entender um conceito jurídico em abstrato. É necessário, no mínimo, imaginar uma hipótese de aplicação prática do conceito para se comprehendê-lo em um mínimo de sentido útil e coerente. E isso significa que um conceito como o de princípio só faz sentido se o intérprete desde já consegue pelo menos imaginar uma hipótese relevante de aplicação do conceito de princípio em questão.

⁴ O art. 4º do *Code Civil*, em sua redação original, possuía a seguinte redação: “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance da la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”

⁵ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1927, p. 154.

⁶ Referimo-nos à hermenêutica da tradição fenomenológica de HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005, e GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. Uma reflexão jurídica crítica dessa tradição hermenêutica pode ser lida em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Mas apesar desses avanços produzidos pela filosofia da linguagem, podemos entender a relação entre interpretação, compreensão e aplicação em termos não de linguagem ou de experiência histórico-linguística, e sim em termos de comunicação. Quer dizer, podemos reconstruir o sentido da distinção entre interpretação, compreensão e aplicação do direito em termos de discurso, de referências comunicativas que são estabelecidas nas conexões discursivas dessas palavras no seu uso na práxis jurídica. E nessa perspectiva, pode-se observar que os discursos contemporâneos sobre a decisão jurídica nem falam mais em interpretação, compreensão e aplicação, mas sim em interpretação, argumentação e decisão.

Afastando-se da tradição de Gadamer, portanto, nós preferimos ver a interpretação não como um diálogo do intérprete com o texto⁷, tampouco um diálogo do intérprete com uma comunidade ideal de intérpretes⁸ ou ainda como um diálogo intersubjetivo com uma comunidade de intérpretes interessados com vistas a um consenso sob condições ideais de discussão⁹, mas um diálogo do intérprete consigo mesmo a respeito do texto.

Interpretar é projetar as possibilidades de uma argumentação. Interpretamos aquilo que podemos argumentar. E argumentar é projetar as possibilidades de uma decisão. Decidimos aquilo que podemos argumentar. E decidir é escolher uma dentre outras possibilidades de interpretação bem argumentadas (bem fundamentadas). Por isso há uma relação circular entre interpretação, argumentação e decisão. Há uma relação autorreferencial entre essas três operações que, no fundo, acontecem de modo simultâneo, sem um começo absoluto ou um fim necessário: interpreta-se o que se pode argumentar para uma decisão, ao mesmo tempo em que se decide o que se pode argumentar a respeito de uma interpretação possível. Uma operação é horizonte da outra. Uma delimita as condições de possibilidade da outra, sem um ponto de partida pré-estabelecido ou um ponto de chegada necessário.

Nessa perspectiva, a decisão jurídica pode ser definida como a unidade de três operações: interpretação, argumentação e decisão. Afastamo-nos assim da tradição científica racionalista-iluminista que enxerga a decisão jurídica como um “todo” resultante da soma de “partes”. Preferimos deixar a *aplicatio* para os sistemas anteriores ao monopólio da jurisdição do Iluminismo Burguês ou aos paradigmas que separavam teoria e prática e que, só assim, podiam ver teorias separadas da aplicação prática. E com já observado pela crítica herme-

⁷ GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

⁸ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation**: la nouvelle rhétorique. 6^a ed. Bruxelles: L'Université de Bruxelles, 2008.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, v. 1.

nêutica, não faz nenhum sentido separar interpretação, fundamentação e aplicação, já que se tratam de um acontecer dentro de um mesmo e único horizonte linguístico.

Todavia, afastando-se também da hermenêutica, preferimos conceber esses três acontecimentos linguísticos como três operações correlativas de comunicação, cada uma estabelecendo uma referência comunicativa na outra, de modo a constituírem-se reciprocamente e, assim, autorreferencialmente. Interpretamos para argumentar, argumentamos para decidir, decidimos para interpretar e assim por diante. Em uma relação recursiva que condiciona e ao mesmo tempo constitui o horizonte das possibilidades de sua própria realização.

Nossa observação está muito longe também dos esquemas dogmáticos de conceituação da decisão jurídica segundo os discursos jurídicos realizados sob o esquema do silogismo aristotélico da premissa maior, premissa menor e conclusão. E distantes também dos discursos dogmáticos do conceito de sentença como o ato processual que possui os três requisitos legais: relatório, fundamentação e dispositivo-conclusão. Uma decisão jurídica é muito mais do que isso. É a operação nuclear do sistema jurídico. É a operação que atualiza a identidade — e a diferença — do próprio direito da sociedade. Cuja positividade, nessa perspectiva, não está na lei, na norma, nas regras ou nos princípios, mas está na própria relação que a decisão jurídica estabelece entre a validade das normas que invoca e afirma como válidas para justificar a sua própria validade¹⁰.

Decisão jurídica e decisão judicial, portanto, não são necessariamente sinônimos. Preferimos chamar de decisão judicial apenas as decisões jurídicas realizadas no âmbito da organização judiciária, da Jurisdição. Isso porque a decisão jurídica, enquanto forma de comunicação da sociedade, acontece não apenas no âmbito dos Tribunais, mas em todas as decisões da sociedade que são realizadas com referência no direito, quer dizer, em todas as decisões que decidem algo não com base no dinheiro (economia), no poder (política), na

¹⁰ Niklas Luhmann observou que a positividade do direito está na relação paradoxal - e por isso de constituição recíproca - que a decisão jurídica estabelece com a validade: a positividade do direito não está nas normas, tampouco na decisão, mas na relação de validação que a decisão jurídica estabelece com as normas. A decisão jurídica baseia sua validade na validade das normas que ela mesma afirma serem válidas. Este é o paradoxo. E assim a validade circula na comunicação jurídica como o dinheiro circula na economia ou o poder na política ou a verdade na ciência. A validade é o símbolo da positividade do direito. E ela não vem das normas, tampouco da decisão, mas da relação de auto-validação recíproca entre norma e decisão, entre a decisão que afirma a sua própria validade com base em normas válidas que ela mesma afirma serem válidas (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México DC: Universidad Iberoamericana e Herder Editorial, 2005a, p. 639).

beleza estética (arte), no transcendente (religião), no bem (moral), na verdade (ciência), mas que decidem com base no direito.

Esse tipo de decisão jurídica não é uma exclusividade das decisões judiciais. Naturalmente espera-se que as decisões judiciais sejam todas jurídicas — sob pena de enxergarmos corrupção. Mas fora dos tribunais também acontecem decisões jurídicas a todo momento. Aliás, podemos supor que apenas uma pequena parte das decisões jurídicas que acontecem a todo momento na sociedade são transformadas em processos judiciais nos Tribunais. Grande parte das decisões jurídicas acontecem de forma quase corriqueira quando, mesmo com pressa, decidimos respeitar os limites de velocidade no trânsito; ou quando, mesmo passando necessidades, decidimos respeitar o direito dos outros etc.

Desse modo, complementamos nosso conceito de decisão jurídica como a unidade recursiva de três operações simultâneas de interpretação, argumentação e decisão, com uma dimensão discursiva que observa o acontecer da decisão não apenas no âmbito exclusivo da organização judiciária, mas em todas as formas de comunicação da sociedade que suscitam decisões com base no código do direito (direito/não-direito, lícito/ilícito, justo/injusto). Em síntese: decisão jurídica é a unidade das operações recursivas de interpretação, argumentação e decisão, realizada com base na forma da comunicação jurídica como sistema de referência.

Esse conceito, contudo, é um conceito genuinamente estrutural. Ele afirma muito sobre a forma de sentido da decisão jurídica, mas não afirma nada sobre sua dimensão material. No que segue, procuraremos sinalizar as principais formas históricas da decisão jurídica no período da Modernidade, desvelando as diferenças entre estrutura social e semântica da decisão jurídica naquele período.

3. AS FORMAS HISTÓRICAS DA DECISÃO JURÍDICA DA MODERNIDADE

Falamos de forma no sentido do cálculo autorreferencial de Spencer-Brown¹¹. Forma, aqui, não é o contrário da matéria ou da substância. Forma é a unidade de uma distinção que produz, ao mesmo tempo, duas operações: indicação e distinção. Nessa perspectiva, que é uma unidade analítica da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann, torna-se possível observar o outro lado do sentido dos discursos a respeito da decisão jurídica. Ou, em outras palavras, contra o que se fala em decisão jurídica em cada época.

O primeiro esforço genuinamente moderno de concepção do direito parece ter sido o da Escola da Exegese, na França do Século XIX. A palavra decisão jurídica não aparece nos discursos dessa escola, mas aparecem os termos

¹¹ SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979, p. 5.

tradicionais: interpretação, aplicação e jurisdição (dizer o direito). A decisão jurídica é entendida, nesse contexto histórico, como um ato de estrita aplicação do direito. O papel do juiz, como boca que pronuncia as palavras da lei, é o de exercer uma estrita atividade de aplicação do direito vigente, que na época era o Código Civil de Napoleão¹².

A forma da decisão jurídica, nessa época, estava ligada à ideia de segurança e previsibilidade da prática jurisdicional. A legitimidade nem aparecia como um problema da jurisdição, já que ela estaria automaticamente presente no texto do Código Civil. A questão da decisão jurídica da época, portanto, era uma questão apenas de aplicação correta. E correção, aqui, no sentido estritamente lógico e formal, mediante o silogismo aristotélico da premissa maior (a lei), premissa menor (o fato) e a conclusão. A forma da decisão jurídica aqui, portanto, é a forma da diferença entre segurança como o contrário da arbitrariedade jurídica. No fundo, o Iluminismo Burguês presente na Escola da Exegese procurava coibir o arbítrio, queria substituir o governo dos homens pelo governo da lei. E para tanto, fundou uma semântica da decisão jurídica baseada na diferença entre segurança na aplicação e arbitrariedade interpretativa. A partir da qual torna-se ideologicamente óbvio o dever de guiar-se pela segurança e não pela arbitrariedade no direito.

Entretanto, a Escola da Exegese apostou demais em uma concepção positivista-legalista de direito, acreditando que todo o direito era apenas o Código Civil de Napoleão e nada mais. Naturalmente, surgiram problemas relacionados às lacunas e a sombra da arbitrariedade projetou-se sobre elas. Ensejou-se, assim, críticas contundentes, especialmente aquelas da Escola Histórica do Direito, na Alemanha, que acreditava que o verdadeiro direito não estava na lei escrita, na positividade do direito escrito em códigos, mas sim no *Volksgeist*, no espírito comunitário do povo — a espiritual consciência comunitária ou, conforme a tradução francesa, o “espírito nacional”¹³ — nas costumes, nos costumes das comunidades jurídicas.

A Escola História concebeu outra forma de se entender a decisão jurídica, não mais como diferença entre segurança e arbitrariedade, mas como segurança e legitimidade. Segurança no sentido de verdade histórica e legitimidade no sentido de uma coerência com os costumes comunitários do povo.

¹² TARELLO, Giovani. *Storia della cultura giuridica moderna*: absolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 47 e 221; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª Ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 379; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 25; NEVES, A. Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2, p. 183.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de Droit Romain*. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librarie de Firmin Didot Frères, 1855, Tomo I, p. 15.

Mas como se sabe, respondendo aos riscos da insegurança com o valor da legitimidade, a Escola Histórica procurou responder à pretensão de segurança por meio de uma dogmatização, pretensamente científica, dos costumes históricos. Desse modo, a Escola História esvaziou a sua própria razão de ser e desencadeou o surgimento de uma nova concepção, nem tão distante do positivismo exegético que ela tanto criticou: a Jurisprudência dos Conceitos. A qual, após as críticas e aportes de Jhering, Heck e outros, tornou-se a famosa e sofisticada Jurisprudência dos Interesses¹⁴.

Na Jurisprudência dos Interesses, a decisão jurídica começa a tornar-se uma instância importante de pesquisas científicas. A lei e os costumes históricos comunitários ainda são importantes, mas a decisão jurídica passa a ser o *locus* do reconhecimento dos interesses que merecem proteção jurídica. É nessa fase histórica que começam a surgir os primeiros estudos sobre a decisão jurídica, que na época eram chamados de “metodologia do direito” ou “metodologia jurídica”, no sentido de se explicarem as regras e os fundamentos para a construção jurídica dos raciocínios corretos da interpretação e aplicação do direito.

A segurança e a legitimidade continuam presentes como o pano de fundo desses discursos jurídicos a respeito da “metodologia do direito”, mas a forma construída como semântica ou como ideologia de fundamentação da decisão jurídica nessa época é outra: a diferença entre interesses juridicamente protegidos e interesses juridicamente não protegidos, tendo como valor de reflexão a finalidade do direito.

Nos discursos do Movimento do Direito Livre também pode ser encontrada uma forma de distinção interessante, que ilustra com exatidão a identidade daquele movimento na multiplicidade das suas vozes — que nunca foi suficientemente coeso para formar uma Escola, apenas um Movimento esparsão de crítica e de resistência às Escolas da época. Este movimento apostava em uma crítica tanto ao formalismo do positivismo exegético, quanto à dogmatização dos costumes da Escola Histórica. E por isso construiu uma nova ideologia jurídica no sentido de se conceber a decisão jurídica como uma questão de justiça, uma questão de consciência subjetiva do justo¹⁵ — “decido conforme minha consciência”, afirmavam os juristas desse movimento. A consciência do justo era oposta exatamente ao formalismo da segurança positivista.

¹⁴ As referências são várias, descartando-se os estudos de Philipp Heck e Rudolf von Jhering, seguidos por Max Rümelin, Heinrich Stoll, Eugen Locher, Rudolf Müller-Erzbach, dentre outros. Para uma visão de conjunto, ver-se SIMONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea:** do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 97-138.

¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3^a Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 72-73.

E assim a decisão foi entendida como diferença entre segurança e justiça, diante da qual a justiça deveria prevalecer sobre a segurança.

Na metade do Século XX a comunidade jurídica começa a perceber a complexidade e a necessidade da construção jurídica do neopositivismo lógico, em especial as contribuições de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito¹⁶. Com Kelsen, torna-se possível renunciar às construções precedentes da metodologia jurídica, porque os conceitos agora são outros: ao invés de lei, entra no discurso o conceito de norma; ao invés de lacunas, fala-se agora em ordenamento jurídico; ao invés de fundamento, tem-se agora uma complexa e rica estrutura hierárquica do ordenamento jurídico com uma norma fundamental fazendo papel de poder constituinte originário, de vontade do povo ou de qualquer outro fundamento histórico que se queira apontar para justificar uma dada ordem jurídica. E no famoso capítulo da Interpretação Jurídica, Hans Kelsen sinaliza uma diferença entre interpretação autêntica e inautêntica que dá um novo sentido para a decisão jurídica, não mais como questão de segurança e legitimidade, mas como um problema de segurança linguística e validade em termos de competência normativa. A forma da decisão jurídica em Kelsen é a diferença entre validade e competência, na qual o órgão competente afirma a validade do direito, que valida a própria competência.

Depois de Kelsen — e em especial depois do problema por ele mesmo levantado da inevitável margem de discricionariedade na interpretação jurídica —, o grande problema da decisão jurídica passou a ser o de como conjugar a segurança com a discricionariedade na escolha de uma, dentre várias, interpretações jurídicas igualmente possíveis. Como conciliar o velho ideal da segurança jurídica dentro de um paradigma positivista que já se dava conta da impossibilidade lógica de se garantir apenas uma única resposta correta no direito. E que dentre as possibilidades de diferentes interpretações jurídicas, a escolha da que deveria prevalecer seguiria critérios não jurídicos, critérios estranhos ao direito, como os princípios morais, valores éticos, convicções religiosas etc. Esse problema da discricionariedade da decisão fez ruir, aos poucos, a concepção de decisão jurídica como diferença entre validade e competência. E iniciou a corrida pós-positivista por uma resposta convincente à pergunta por um novo entendimento da tensão entre segurança e legitimidade da decisão jurídica.

Procedimentalismo, substancialismo, pragmatismo, concepções sistêmicas: hoje existem inúmeras concepções de decisão jurídica, todas elas procu-

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6^a ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

rando uma resposta convincente para os problemas contemporâneos da interpretação, argumentação e decisão. Uma multiplicidade de discursos¹⁷ que parecem se pulverizar em redes de comunicação efêmeras, etéreas. E enquanto nenhuma dessas concepções se cristaliza em meio à neblina ideológica dos diversos discursos jurídicos sobre a questão, a decisão jurídica tem a sua disposição um número infinitesimal de esquemas e estilos de fundamentação que, ao se justificarem na segurança e na legitimidade, acabam cada vez mais se afastando dos valores que querem atingir: a segurança e a legitimidade. Afinal, quando se tem uns vinte esquemas e estilos diferentes de decisão jurídica segura e legítima, trata-se na realidade de vinte motivos diferentes para se desconfiar tanto da segurança quanto da legitimidade que cada um desses discursos pregam.

Mas apesar da multiplicidade de discursos pós-positivistas sobre a decisão jurídica, o fato é que a segurança e a legitimidade continuam guiando tanto as descrições, quanto os ideais de uma decisão jurídica correta, válida, virtuosa, adequada. Alguns discursos apostam em metodologias de argumentação jurídica racional, outros apostam na rationalidade comunicativa dos participantes de um discurso democrático, outros ainda acreditam na possibilidade de fundamentação de princípios comunitários, utilizando conceitos tipicamente medievais como moralidade, comunidade, povo, tradição, isso quando não apelam para valores éticos de uma comunidade ideal que, desde as observações de Durkheim¹⁸, já foram estraçalhados pela divisão do trabalho social ocorrida na sociedade industrial. E ainda há os discursos Modernos que acreditam na introdução de prognósticos e análises de consequências, baseando a decisão jurídica em critérios de eficiência econômica de modo a evitarem-se os riscos de efeitos colaterais — como se a decisão jurídica fosse agora um caso de *business manager*.

4. DECISÃO JURÍDICA E SUBLIMAÇÃO DO RISCO

Apesar da multiplicidade de discursos pós-positivistas, são raras as perspectivas teóricas que se dispuseram a enfrentar a questão do risco na interpretação, na argumentação ou na “aplicação” do direito. Com efeito, são pouquíssimas as concepções de decisão arriscada que aparecem na prática jurídica como relevantes. Como se as teorias preferissem não enxergar o problema do risco, ao invés de assumi-lo como algo inevitável e talvez pressuposto da própria justificação da decisão.

¹⁷ AROSO LINHARES, José Manoel. **Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas?** A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007, p. 66.

¹⁸ DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social.** Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. 3^a ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

A observação dos discursos jurídicos dominantes na prática jurídica contemporânea corrobora esta proposição: os discursos mais reproduzidos na prática jurídica brasileira são aqueles de origem proceduralista, especialmente os da perspectiva metodológica de Robert Alexy, que não fala de risco da decisão, mas em ponderação de princípios, em otimização dos graus de eficácia, de relativização de direitos fundamentais; e outros menos recorrentes, como as variações do proceduralismo discursivo de Habermas e a hermenêutica política de Dworkin, que também não possuem uma estrutura conceitual que lida com as questões do risco. Isso para indicar concepções contemporâneas. Porque se considerarmos a quantidade de discursos que reproduzem as redes conceituais da Escola da Exegese ou do neopositivismo lógico de Hans Kelsen, então precisamos admitir que a decisão jurídica está muito longe de abrir os olhos para a questão do risco e das novas formas de estruturação do entendimento da questão.

Outro sintoma importante desse baixo grau de aceitação, pelos discursos jurídicos oficiais, da questão do risco, está na preterição dos estudos de sociologia jurídica. O risco é uma categoria fundamental no campo da sociologia. Mas no direito, o risco é entendido como um problema da economia, da política, da administração, do *business manager*, quer dizer, o risco, do ponto de vista do direito, é entendido como um problema externo que não diz respeito à sua especificidade decisória.

Isso faz com que a decisão jurídica seja realizada no âmbito de uma cegueira cognitiva a respeito do risco e do perigo. Os riscos simplesmente não são vistos como riscos — no máximo como efeitos colaterais da decisão que eram imprevisíveis e que, por isso, não podem ser atribuídos à responsabilidade da decisão.

Entretanto, importantes pensadores-referências do risco da sociedade contemporânea como Ulrich Beck¹⁹, Anthony Giddens²⁰ e Niklas Luhmann²¹, sinalizam o caráter central do risco para o entendimento da sociedade contemporânea. O risco não é mais, como na Idade Média, um conceito ligado a profissões perigosas, como os caçadores, os navegadores e os soldados. Tampouco os perigos são atribuídos à instâncias metafísicas ou religiosas. As catástrofes e os efeitos colaterais das decisões da sociedade não são mais atribuídos ou explicados segundo a noção medieval de vontade dos deuses, punição divina

¹⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; _____. GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magna Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

²⁰ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

por erros cometidos ou outra explicação místico-religiosa. Com o Renascimento, a ciência separou-se da religião e as explicações agora apontam para as decisões. O risco é produto das decisões e a elas são atribuídos. E por que a decisão jurídica ficaria fora dessa atribuição? Se toda decisão — inclusive uma não-decisão, uma espera cautelosa ou um deferimento da decisão — é uma decisão arriscada, por que a decisão jurídica não faria parte, também, dessa realidade genuinamente contemporânea das decisões arriscadas?

Embora os estudos e pesquisas sociológicas sobre o risco enfatizem bastante o papel da ciência, da economia, da política e da individualidade como mecanismos de reflexão e absorção dos riscos, pode-se observar também uma importante contribuição do direito nesse sentido. O direito é a instância que sublima os riscos das decisões da sociedade. Decisões arriscadas do ponto de vista político, econômico, científico etc., podem ser judicializadas de modo a transferir a responsabilidade pelo risco de efeitos colaterais a uma instância exterior, soberana e indiscutível — em face dos efeitos da coisa julgada — que é o Judiciário. E isso acontece não apenas sob o nome de politização da justiça ou de judicialização da política, mas também no âmbito das decisões empresariais e individuais.

Os direitos fundamentais na sociedade contemporânea apresentam exigências enormes de prestações positivas por parte dos Estados. Muitas vezes essas prestações não podem ser cumpridas por meio de políticas públicas suficientemente abrangentes para realizar o ideal ou o projeto normativo dos direitos fundamentais. Então não é raro observar-se o descumprimento, seja por omissão, seja por negação, de pretensões materiais baseadas em direitos fundamentais previstos na Constituição. Para as quais o Estado simplesmente omite-se em decidir pontos por ele considerados polêmicos ou nega-se a implementar políticas por ele consideradas igualmente polêmicas. Surge então a judicialização das políticas públicas, que além de todas as demais características e implicações, também apresenta a característica de transferir o risco do dissenso, da esfera política, para o judiciário. Desse modo, a política retira a discussão democrática do seu âmbito de responsabilidade e transfere essa responsabilidade para o judiciário, que em face do *non liquet*, acaba por decidir juridicamente sobre uma política pública, incorrendo muitas vezes em um ativismo judicial que define políticas públicas sem o processo democrático e, por isso, de modo muito arriscado.

A politizarão da justiça e a judicialização da política, bem como o problema do ativismo judicial, são formas contemporâneas de sublimação do risco político nas estruturas da organização judiciária. Assim, ao invés de o Legislativo decidir as questões políticas da nação segundo os processos democráticos, ele prefere enganar o povo repetindo os velhos discursos vazios da educação, saúde, emprego, moradia e segurança — que lhes permitem ficar sempre em cima do muro — e deixar que as decisões polêmicas sejam transferidas para a

responsabilidade decisória do Poder Judiciário. O Legislativo, assim, sublima seu risco transferindo a decisão ao Poder Judiciário. E com isso ele assume, talvez sem querer, um risco ainda maior: o da população perceber em breve que ele se tornou um custo desnecessário em um Estado Democrático de Direito, cujo valor da democracia parece estar se deslocando para outra esfera decisória, sem as estruturas comunicativo-discursivas necessárias para as deliberações políticas importantes da nação.

Essa sublimação do risco pela organização judiciária não é, contudo, uma exclusividade da relação entre direito e política. Também as organizações empresariais utilizam a mesma estrutura burocrática do judiciário para transferência de responsabilidades. Os exemplos são intermináveis, mas não podemos deixar de ilustrar o caso da ausência de consenso ou acordo em dissídios coletivos, que acabam sendo transferidos ao poder judiciário para que este decide no lugar das partes interessadas no dissídio. Transferindo, também, os riscos dos efeitos colaterais decorrentes das regras do acordo. No direito ambiental há ilustrações exemplares também, onde provocado a atuar em uma área politicamente polêmica — normalmente quando o poluidor é um dos contribuintes da campanha política do governo municipal, estadual ou federal, conforme o caso —, o órgão ambiental não atua no âmbito da sua competência administrativa para deixar ao Ministério Público a iniciativa de promover o inquérito civil e as respectivas ações — para depois, cinicamente, figurar no polo ativo das ações em litisconsórcio com o Ministério Público.

Na esfera individual, também, os riscos das decisões sobre separação e divórcio são transferidos à decisão jurídica. A própria verificação do crime é outra dimensão da transferência de responsabilidade: os riscos da condenação criminal de um inocente não são mais da vítima, tampouco da polícia investigativa, mas da organização judiciária. Os princípios processuais do contraditório, da verdade formal e do livre convencimento motivado ajudam a realizar essa sublimação. Pois com ela, nem ao decisor pode ser atribuído o risco de um erro substancial na decisão, já que se trabalha apenas com o que está nos autos, apenas com o cenário narrativo daquilo que consta nos autos.

O direito, assim, permite uma sublimação do risco, absorvendo a responsabilidade pelos efeitos colaterais das decisões da sociedade em suas próprias estruturas. Todavia, em nenhum momento se afirma que a decisão jurídica transforma o risco em segurança, a dúvida em certeza, a catástrofe em dádiva. Pelo contrário: absorver os riscos significa apenas transferir ele para uma outra forma de distinção. Significa apenas sublimar uma dada configuração de riscos em outra configuração diferente, não mais segura ou mais correta ou mais adequada, mas apenas diferente.

5. ORGANIZAÇÃO E DECISÃO

Se o risco é uma categoria fundamental da decisão, qual a forma de distinção que permite entender a decisão jurídica no contexto de uma sociedade complexa, na qual as decisões em geral são sempre arriscadas? Seguindo uma sugestão de Niklas Luhmann, queremos explorar a forma da diferença entre decisão e organização²².

As organizações, no Século XX, tornam-se bases empíricas fundamentais na estruturação das dinâmicas comunicativas entre direito, política e economia. Não se trata apenas das Instituições do Estado, no seu sentido tradicional, mas de organizações de decisões que seguem lógicas diferentes, como é o caso das diferenças entre os contextos organizacionais da assim chamada Organização Judiciária, do Legislativo e dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, das empresas, das universidades etc. É na organização que o risco parece tornar-se mais presente, menos escondido por trás das ideologias da dogmática ou da racionalidade burocrática.

Se entendemos a decisão jurídica na perspectiva do risco, o outro lado da forma da decisão jurídica é a organização judiciária — e não os princípios, regras, valores, convicções, opinião pública, eficiência econômica ou tudo aquilo que os discursos jurídicos pós-positivistas têm sinalizado para a decisão jurídica. Isso porque o risco significa uma mudança nos valores de orientação da decisão jurídica. Com o risco, a decisão jurídica não olha mais somente para o passado das leis, dos precedentes, da doutrina jurídica e das demais fontes válidas do direito, como também não olha somente para o futuro das consequências, das expectativas da opinião pública ou da eficiência econômica²³. O risco exige da decisão jurídica uma espécie de proteção cognitiva especial, uma blindagem operativa recursiva. Ele exige uma orientação da decisão jurídica ao seu próprio contexto organizacional.

A dimensão organizacional influencia muito a decisão jurídica. Tanto quanto o mundo vivido do sujeito, a organização na qual o intérprete se encontra submetido também produz forças gravitacionais. Isso acontece porque as organizações possuem regras de comportamento e de conduta que interferem na produção do sentido das normas jurídicas²⁴. Fazer parte de uma orga-

²² LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005b.

²³ AROSO LINHARES, José Manoel. A “abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema do Direito: um “correlato” da pretensão de autonomia? Separata: *O direito e o futuro, o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 402.

²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo*: aproximações entre estrutura social e semântica do direito processual na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2011, p. 127; ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoética. *Revista de Estudos*

nização ou instituição como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia, significa desde já assumir um determinado tipo de comportamento e de posicionamento interpretativo bem determinado. A organização não é apenas uma instituição no sentido tradicional. Ela é também um núcleo de irradiação de sentidos prévios dos problemas práticos do mundo, um sistema de arquivo das experiências, ideologias e visões de mundo que condicionam a interpretação jurídica para um horizonte bem definido de produção de sentido normativo.

Ser um membro da Advocacia significa a necessidade de assumir uma postura interpretativa do direito que não permite espaço para convicções morais ou éticas pessoais do advogado. Afinal, espera-se que os advogados não julguem seus clientes, mas sim que os defendam do melhor modo possível. Por outro lado, ser um membro do Ministério Público significa assumir outra postura interpretativa do direito: a de procurar defender os interesses da lei e do Estado. Já no Judiciário, a perspectiva de um membro da magistratura é a de prestar a jurisdição com correção e eficiência, sob a pressão do *non liquet*.

Ao lado de outras dimensões subjetivas e sociais, há uma dimensão organizacional da decisão jurídica que funciona como uma blindagem contra o risco. A própria divisão das competências funcionais ilustra isso, na medida em que o juiz da vara de falências não precisa se ocupar com o risco que o decreto de falência provoca para a família e para o futuro dos filhos do falido. Como também o juiz da vara criminal não precisa se preocupar com a execução da pena. As competências são divididas de modo a se repartirem também os riscos dos efeitos colaterais. Uma repartição do “campo simbólico”²⁵ do direito.

A forma da decisão jurídica, portanto, pode ser entendida como o outro lado da forma da organização. Organização e decisão constituem, desse modo, os dois lados de uma mesma unidade, a unidade de uma diferença. E isso significa que a decisão jurídica, enquanto decisão/organização, encontra-se tão submetida aos riscos e perigos da sociedade contemporânea quanto as demais decisões/organizações da sociedade. A diferença é que, em face da especificidade jurídica das decisões/organizações judiciais, ela possui uma estrutura fortemente preparada para sublimar os riscos de outros sistemas sociais.

Todavia, embora a decisão jurídica encontre no sistema de organização a estrutura para sublimação dos riscos de outros sistemas, ela não está prepa-

Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 4. N. 2, julho-dezembro 2012, [p. 193-213], p. 194.

²⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 9^a ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

rada para enfrentar seus próprios riscos e perigos, a não ser mediante um isolamento cognitivo baseado em regras metodológicas estritamente formais, que reconstroem a complexidade bruta dos casos e os problemas do mundo prático na forma de uma complexidade estruturada, isto é, na forma dos “casos” jurídicos. Para os quais, então, a decisão pode decidir com a “segurança” de considerar todas as questões relevantes — mas com o risco sempre presente de considerar irrelevante todo o restante da realidade.

6. CONCLUSÃO

Por muito tempo se pensou que o problema da decisão jurídica estaria em uma questão de método, mais especificamente de controle metodológico do arbítrio subjetivo do intérprete. Estudos interdisciplinares abrem agora mais uma frente de trabalho, sob o conceito de risco, que demonstra existir também uma zona de sensibilidade perceptiva muito importante ligada à dimensão organizacional, a qual define um horizonte de sentido especial do direito.

Para o problema do arbítrio subjetivo na interpretação, as soluções clássicas foram a construção de sempre novos e mais sofisticados métodos de interpretação “objetiva” — hoje se prefere: “racional” — do direito. Para o problema das exigências intersistêmicas ou sociais da interpretação, as soluções indicadas vão desde mais democracia, mais pluralismo, até mais compromisso com os direitos fundamentais, com as consequências práticas da decisão ou com convicções de moralidade política da comunidade.

Já para a problemática do risco, a resposta aponta para as estruturas da organização. Uma organização — como a organização judiciária — que sempre possui uma história e que, na medida em que nos tornamos membros dela, submetemo-nos automaticamente às suas exigências ideológicas e funcionais previamente delimitadas pela própria rede histórica de experiências da organização.

A decisão jurídica não precisa ser entendida exclusivamente como uma questão de mediação ou de equilíbrio entre segurança e legitimidade, quer dizer, entre a segurança prometida pela racionalidade técnico-instrumental do positivismo jurídico e a legitimidade alcançada pela referência ética e moral das proposições jurídicas. No mundo contemporâneo, a decisão jurídica pode ser entendida também como forma de diferença. Uma forma de dois lados, reciprocamente auto-constitutivos: decisão e organização. Desse modo, pode-se conectar a decisão jurídica às diferentes perspectivas organizacionais, como são os Tribunais, a Advocacia, o Ministério Público, para citar apenas os mais evidentes em termos de decisão jurídica.

Consequências disso para futuras pesquisas: a) ruptura do modelo de decisão baseado na correlação entre interpretação e aplicação e substituição

por um modelo baseado na correlação entre interpretação, argumentação e decisão; b) ruptura do modelo de decisão baseado na correlação entre decisão e juiz e substituição por um modelo baseado na correlação entre decisões e organizações (tribunais, advocacias, academia); e c) ruptura do modelo de decisão baseado na correlação entre segurança e legitimidade e substituição por um modelo baseado na correlação entre risco e perigo.

Se Luhmann tem razão em observar que a positividade do direito está na decisão jurídica; e que a relação entre tribunais e demais instituições jurídicas são relações inscritas em estruturas sociais que comandam as formas de produção de sentido da própria realidade do direito; então não são alterações legislativas que podem provocar transformações importantes no direito, tampouco as referências éticas a um compromisso pessoal com as convenções políticas, com a moralidade ou outra referência de sentido. Transformações importantes no direito, na forma de sociedade contemporânea, pressupõem alterações nos desenhos institucionais desses sistemas de organização que disputam os espaços de produção de sentido do direito.

REFERÊNCIAS

AROSO LINHARES, José Manoel. A “abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema do Direito: um “correlato” da pretensão de autonomia? Separata: **O direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas?** A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magna Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 9^a ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social.** Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. 3^a ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire.** Cambridge: Harvard University Press, 1986.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationali&tat und gesellschaftliche Rationalisierung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, Vol. 1.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14^a ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6^a ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3^a Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México DC: Universidad Iberoamericana e Herder Editorial, 2005.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. **Organizzazione e decisione**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

_____. **Sociologia del rischio**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Librairie Garnier Frères, 1927.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Vol. 2.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**. 6^a ed. Bruxelles: L'Université de Bruxelles, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Vol. 4. N. 2, julho-dezembro 2012, p. 193-213.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Traité de Droit Romain**. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librarie de Firmin Didot Frères, 1855, Tomo I.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito processual e sociologia do processo:** aproximações entre estrutura social e semântica do direito processual na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2011.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form.** New York: Dutton, 1979.

STRECK, Lenio. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. In: ____; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito:** Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna:** absolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2^a Ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette.** Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milano; Napoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografico, 1902, Vol. 1.

* Recebido em 20 abr. 2016.



A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO CONTROLE DA CIFRA OCULTA DA CRIMINALIDADE

*Renan Posella Mandarino**

*Ana Gabriela Mendes Braga***

*Larissa Rosa****

Resumo

É sabido que uma ínfima parcela dos crimes chega a conhecimento da autoridade policial ou ministerial. A maioria dos delitos permanece oculta, especialmente em razão da inércia do ofendido em delatar os fatos para início da persecução penal. O artigo aborda a participação da vítima no controle da delinquência oculta. Primeiramente, o presente estudo analisa as formas de controle social do delito, com a finalidade de repensar o papel da vítima no sistema de justiça criminal vigente. Em seguida, aborda os conceitos e técnicas inerentes à cifra oculta da criminalidade. Por derradeiro, através de recentes dados estatísticos, o trabalho examina a participação da vítima no controle da delinquência ocultada aos órgãos de controle formal.

Palavras-chave

Vítima. Controle Social. Delinquência oculta.

THE PARTICIPATION OF THE VICTIM IN THE CONTROL OF THE HIDDEN CIPHER OF CRIMINALITY

Abstract

It is known that a tiny portion of crimes reaches the knowledge of police or ministerial authority. Most offenses remains hidden, especially due to the inertia of the offended in denouncing the facts to the beginning of criminal prosecution. The article discusses the participation of victims in the control of hidden crime. First, this study analyzes the forms of social control of crime, in order to rethink the role of victims in the current criminal justice system. Then, discusses

* Mestrando e Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) — Campus de Franca. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Bolsista CAPES/PROPG.

** Doutora e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP. Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP. Coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do IBCRIM e pesquisadora do NADIR - Núcleo de Antropologia do Direito (FFLCH-USP).

*** Mestranda e Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) — Campus de Franca. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp.

the concepts and techniques inherent to the hidden figure of crime. By last, through recent statistical data, the work examines the victim's participation in the control of hidden crime from formal control agencies.

Keywords

Victim. Social Control. Hidden delinquency.

1. INTRODUÇÃO

Os dados estatísticos no âmbito das ciências criminais são instrumentos muito úteis para compreender parte da criminalidade que não chega às instâncias penais. Apesar dos antecedentes históricos, os estudos acerca da cifra oculta se desenvolveram a partir da atual necessidade de o Estado compreender a forma como os delitos chegam às agências de controle social do delito e, com isso, direcionar a atuação preventiva ou repressiva em relação à criminalidade.

O presente estudo pretende analisar, além dessa questão, a forma como o comportamento da vítima contribui para o fenômeno da delinquência oculta, uma vez que considerável parcela da criminalidade que chega ao conhecimento dos órgãos policiais é oriunda da iniciativa da vítima.

Inicialmente, necessária a compreensão das formas de controle social do delito, com a finalidade de repensar o papel da vítima no sistema de justiça criminal vigente. Em seguida, passa-se à conceituação e à abordagem das principais técnicas de constatação da cifra oculta da criminalidade. Por fim, analisar-se-á a participação da vítima no controle da delinquência velada, através de dados estatísticos produzidos por inquéritos de vitimização.

O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos à vítima e à criminalidade, a partir de uma perspectiva teórica crítica. O objeto de análise é a criminalidade oculta ocasionada pela seleção das vítimas no controle direto dos delitos. Diante do enfoque vitimológico, o trabalho apresenta dados empíricos da Pesquisa Nacional de Vitimização realizada em 2013, com o objetivo de estabelecer um diálogo entre a teoria e a prática do fenômeno da delinquência oculta.

2. CONTROLE SOCIAL DO DELITO

O delito é uma construção jurídica e social. Não existe uma realidade ontológica do crime. Toda sociedade faz uso de mecanismos disciplinares que assegurem a convivência interna de seus membros, razão pela qual são creditados aos tipos penais pautar as condutas humanas e orientar posturas pessoais e sociais.

Nesse contexto, o controle social pode ser definido como o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários. As instâncias de controle das organizações sociais são geralmente classificadas entre formal e informal. O controle informal ou difuso é aquele exercido pela sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, etc. O formal ou institucionalizado é identificado como a atuação do aparelho político do Estado, que se apresenta através da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os conseqüentes de tais agências, como controle legal e penal (SHECAIRA, 2014, p. 55).

A instância informal opera por meio do fornecimento de educação e socialização do indivíduo. São mais sutis que as agências formais e atuam ao longo de toda a existência da pessoa, pois incute nos destinatários valores e normas da sociedade sem recorrer à coerção estatal. Entretanto, diante da complexidade das relações sociais, os mecanismos informais de controle social se tornam enfraquecidos ou, até mesmo, inoperantes. Diante dessa falibilidade, entram em cena as agências formais de controle social: se o indivíduo não tem uma postura em conformidade com as pautas de condutas transmitidas e aprendidas na sociedade, entrarão em ação as instâncias formais que atuarão de maneira coercitiva, através da imposição de sanções qualitativamente distintas das reprovações existentes na esfera informal.

O controle formal é seletivo, discriminatório, estigmatizante e pouco eficiente. Deve ser refutada a ideia de “mais presos e menos delitos”, pois a eficaz prevenção do crime não depende necessariamente da maior efetividade do controle social formal, mas sim da melhor integração ou sincronização de ambas as instâncias. A prevenção criminal, em grande medida, depende da capacidade da sociedade civil em controlar indivíduos e de canalizar suas atividades para finalidades lícitas, o que somente poderá ocorrer com a redução da desigualdade no plano material. A participação das famílias, vizinhanças e comunidades, juntamente com as instituições educacionais, criam um ambiente rotineiro de regras e sanções que supre as demandas legais. O sucesso do sistema formal no disciplinamento de indivíduos desviantes, em sua reintegração à sociedade, se deve diretamente à ajuda daqueles “controles do dia-a-dia” (GARLAND, 2008, p. 125), estes em oposição às arbitrárias e violentas práticas inerentes ao controle de ordem formal.

No controle informal prevalece a direção política e o desejo do consenso, enquanto que no controle formal, há a dominação extrema mediante coerção. O reiterado uso das instâncias formais denota a sequela da concentração de poder, da verticalização social e da destruição das relações horizontais e comunitárias.

O controle efetivo do crime e a proteção rotineira dos “cidadãos” dos ataques “criminosos” passaram a constituir parte da promessa que o Estado faz à sociedade. Tendo assumido as responsabilidades de controle que pertenciam às instituições da sociedade civil, o Estado pós-moderno encontra-se diante da própria inabilidade de proporcionar os níveis esperados e prometidos de controle do crime. Salienta David Garland (2008, p. 249) que as autoridades governamentais vivem um dilema: elas reconhecem a necessidade de abandonar sua reivindicação de ser o provedor primário e eficaz de segurança e controle do crime, mas também veem, de modo igualmente claro, que os custos políticos de tal abandono são potencialmente desastrosos. Logo, ou o Estado soberano nega abertamente o dilema e reafirma o velho mito de seu poder punitivo pleno ou abandona a ação racional, instrumental, e converge sua autoridade a uma atuação simbólica, ou seja, não se preocupando tanto com o controle do crime, mas sim em expressar a raiva e indignação que o delito provoca.

Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 132-135) afirma que o controle institucionalizado possui uma dimensão normativa e instrumentalizada, cujo escopo é verticalizar as relações sociais, na intenção de dominar o *outro*. Em sentido contrário, o controle difuso apresenta uma dimensão integrativa, com a finalidade de firmar a ideia de que *o outro não está só*. E pondera:

Existe, portanto, um macrossistema penal formal, composto pelas instituições oficiais de controle, circundado pelas instituições informais de controle. E todos nós integramos e participamos da mecânica de controle, seja como operadores formais ou equivalentes, seja como sendo comum ou opinião pública. Chega-se, por esta via, à dimensão ideológica do sistema penal (ANDRADE, 2012, p. 133).

Indo além, Andrade prevê uma dimensão ideológico-simbólica, muito mais invisível e difusa, representada tanto pelo “saber oficial” (as ciências criminais) quanto pelos operadores do sistema e pelo público, enquanto “senso comum punitivo” (ideologia penal dominante). Conclui a autora que o sistema *somos todos nós*: em cada sujeito se desenham e se operam, desde a infância, um microssistema de controle e um microssistema penal (simbólico) que o reproduz cotidianamente.

Imbuída pelo senso comum punitivo, a figura da vítima aparece como instrumento de controle penal, em razão de ser um dos caminhos responsável por levar os fatos delituosos ao conhecimento das instituições penais. Apesar de a maioria dos crimes se iniciar a partir da situação de flagrância, existe uma significativa fração da delinquência que é levada discricionariamente pela vítima às instâncias formais de seleção.

[...] a vítima figura como *gate-keeper* do sistema judiciário-penal, vez que, de regra, é ela quem através de suas declarações junto à

Polícia, ao Ministério Público ou ao Tribunal, traz à lume o evento delitivo. Assim, ao estabelecer a existência de um fato criminoso e, quando possível, desvelar a respectiva autoria, a vítima realiza verdadeira seleção (positiva), em que vai implícita irrecusável margem de discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) (CÂMARA, 2008, p. 86-87).

A perspectiva da reação social, desenvolvida depois pela teoria do *interacionismo simbólico* (*labelling approach*), surgiu na década de 60 do século XX com o propósito de romper com a unidimensionalidade e unipolaridade do modelo etiológico clássico, transferindo a atenção, antes limitada ao estudo do crime e do delinquente, para as instâncias de controle social. Passa a haver o reconhecimento de que a vítima participa do processo de seleção e estigmatização do delinquente, diante da expressão de domínio de um grupo ou classe para aferir quais fatos criminosos devem ser levados ao crivo do controle formal, protegendo e perdoando o que considera seus “iguais” e perseguindo seus diferentes, os “outros”, com os quais não se identifica.

Não é somente a vítima que atua de modo seletivo. O próprio sistema de justiça criminal realiza escolhas, ainda que numa escala bastante reduzida. Isso porque, na hipótese de a vítima optar em não levar o fato ao conhecimento do sistema repressivo, vigorará o princípio da oportunidade, ao passo que a seleção pelas instâncias formais afeta o princípio da legalidade (CÂMARA, 2008, p. 95).

A título de exemplo, note-se que na hipótese do crime de furto simples, ainda que o valor do objeto subtraído seja de pequena monta, caso os fatos ocorram longe do aparato policial (dentro de um ambiente privado, por exemplo: casa, estabelecimento empresarial, escritórios, etc.) e a vítima opte por não levar tal fato a conhecimento das instâncias formais em razão dos dissabores que tal situação enseja (filas em delegacias de polícia, possíveis constrangimentos para reconhecimento pessoal do investigado, oitivas, etc.), o delito será tido por inexistente perante a justiça criminal. Entretanto, se o mesmo furto ocorrer em meio a um ambiente público, em situação de flagrância que facilite a atuação policial, tal delito obrigatoriamente será levado a conhecimento da justiça criminal.

Além dessa perspectiva na fase policial, a vítima também participa do controle da jurisdição. Nesse ponto, importante distinguir a forma de controle realizado através do processo penal. Este é um instrumento através do qual pode ser imposta uma pena em função de um delito, de modo que existe uma íntima relação entre delito, pena e processo, que são complementares. Portanto, o poder punitivo somente pode ser exercido através de um meio altamente formalizado de exercício de *jus persequendi*: a instrumentalidade processual penal (KHALED JR, 2016, p. 46-47).

A instrumentalidade do processo se apresenta de duas maneiras, a depender do crime: ação penal pública e ação penal privada. A primeira pode ser condicionada ou incondicionada. Nos casos das ações penais públicas condicionadas, imprescindível a vontade da vítima, mediante representação, para que o caso seja apreciado pelo Estado. A ideia é que, em determinados tipos de crimes, o interesse privado à intimidação se sobrepõe ao interesse público de punir. No caso das ações penais incondicionadas, vige o princípio da obrigatoriedade, de maneira que existindo indícios de autoria e comprovada a materialidade dos fatos, a jurisdição deve ser compulsoriamente provocada a agir para exercer a tutela penal.

Apesar de ser aparentemente normativa, a escolha de ações penais para determinados tipos de delitos tem um impacto relevante na política criminal a ser adotada. Isso fica evidente na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) quando ela se refere ao crime de lesão corporal, infração esta mais cometida no âmbito das relações afetivas.

A princípio, o crime de lesão corporal leve e culposa previsto no Código Penal é de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), posto ser um delito de menor potencial ofensivo, conforme preceitua o artigo 88 da referida lei. Porém, a norma jurídica do artigo 41 da Lei 11.340/06 afastou a competência dos Juizados quando a vítima for mulher e agredida no âmbito doméstico e refutou, por consequência, a possibilidade de os crimes de lesão corporal leve e culposa serem de ação penal pública condicionada à representação. Torna-se, portanto, uma ação penal pública incondicionada, não havendo exigência de representação por parte da vítima, tampouco sua possibilidade de renúncia ou desistência por parte da ofendida (DIAS, 2007, p. 308-309).

Nos crimes contra a liberdade sexual (artigo 225, CP) e o de ameaça (artigo 147, parágrafo único, CP), por se tratarem de delitos de ação penal pública condicionada à representação previstos expressamente no Código Penal, pode a vítima renunciar à representação, conforme preceitua artigo 16 da Lei Maria da Penha¹.

Discussões a lado, pode-se depreender que citada lei estabelece um paradoxo em sua política criminal: ao mesmo tempo em tentar ampliar o acesso da vítima na jurisdição penal, empoderando as mulheres vítimas a pleitear seus direitos e escolher se deseja ou não dar início ao processo penal, por outro

¹ O assunto está longe de ter um entendimento pacífico. O Supremo Tribunal Federal, em 09 de fevereiro de 2016, por maioria, julgou procedente a ADIn nº. 4424 quanto aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº. 11.340/06. Na mesma sessão, por unanimidade, os Ministros acompanharam o voto do relator da ADC nº. 19, Ministro Marco Aurélio, e declararam constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da lei. Rômulo de Andrade Moreira (2016) defende a inconstitucionalidade do artigo 41.

lado, o Estado ainda detém o monopólio da administração punitiva e expõe a culpa ou o conflito da vítima.

Salah H. Khaled Jr (2016, p. 49) pondera que este monopólio não se transfere mesmo nos casos de ação processual penal privada, pois ainda assim cabe ao Estado executar a sentença condenatória, ou seja, exercer o *jus puniendi*.

Os crimes que acontecem na sociedade passam pelo funil do controle social e, certamente, uma minoria deles e de certas categorias de autores que chegará ao sistema de justiça criminal. Nesse contexto, surge o fenômeno da cifra oculta, a representar os delitos desconhecidos pelo sistema oficial de controle. Conforme será analisado a seguir, a delinquência oculta reporta-se principalmente à opacidade de determinados comportamentos desviantes e são produzidas tanto pela vítima (instância informal de controle social), como pelas instâncias formais, especialmente a polícia, traduzindo o desfasamento entre a criminalidade socialmente reconstruída (conhecida pelo sistema) e a “criminalidade real”.

3. CIFRA OCULTA DA CRIMINALIDADE

O conceito de criminalidade oculta foi elaborado a partir dos estudos do belga Lambert Adolphe Jacques Quételet (1796-1874), considerado um dos precursores da sociologia moderna e da criminologia de bases sociológicas, pertencente à denominada Escola Cartográfica, ponte entre clássicos e positivistas. Quételet era um matemático-estatístico que trabalhava em pesquisas censitárias. Em seu trabalho, estabeleceu o conceito de “homem médio” como um tipo ideal e abstrato de sujeito, visto como um padrão para diversas análises sociológicas. Para o autor, a criminalidade poderia ser representada por uma função matemática em decorrência dos estados econômicos e sociais, alertando para a questão dos crimes não comunicados ao Poder Público. Especificamente, conseguiu caracterizar esse conceito de “cifra oculta” ao relacionar, de forma constante, a criminalidade real, aparente e a criminalidade legal, que acabava levando os acusados a julgamentos. Assim, Adolphe Quételet anunçava que todo conhecimento sobre estatísticas de delitos e ofensas não seria de nenhuma utilidade, caso não se admitisse tacitamente que existe uma relação quase invariável entre as ofensas conhecidas e julgadas e a soma total desconhecida dos delitos cometidos (FREITAS; FALEIROS JÚNIOR, 2011, p. 87).

A criminologia clássica sustenta que através das estatísticas criminais pode-se conhecer o laço causal entre os fatores de criminalidade e os ilícitos criminais praticados. Entretanto, imprescindível certa dose de acurácia ao analisar as estatísticas criminais oficiais, na medida em que há uma quantia signifi-

ficativa de delitos não comunicados ao Poder Público, quer por inércia ou desinteresse das vítimas, quer por outras causas, dentre as quais os erros de coleta, a manipulação de dados pelo Estado e funcionamento seletivo das instâncias formais e informais de controle.

A “cifra negra”, também conhecida como “cifra obscura” ou “zona obscura” (*dark number*) da criminalidade², pode ser definida como a defasagem entre a criminalidade real (condutas criminalizáveis efetivamente praticadas, isto é, totalidade de delitos realmente cometidos) e a criminalidade estatística, aparente, revelada (oficialmente registrada ou que chega ao conhecimento dos órgãos de controle). Em síntese, correspondem à porcentagem de crimes não comunicados ou elucidados (ANDRADE, 2003, p. 261).

Existem diversas técnicas para mesurar a delinquência oculta. A primeira é as investigações de *autoconfissão*, que consistem em fazer pesquisas anônimas para conhecer quantas pessoas cometeram certos fatos em determinado período de tempo. A segunda é a pesquisa de *vitimização*. São realizadas pesquisas sobre uma amostra representativa da população, a fim de determinar quantidade de vítimas, tipo do delito e período de tempo. A terceira ocorre através das coletas de *informantes criminais*, que possuem a vantagem de apresentar uma amostragem muito desinibida e confiável. Os informantes devem ser questionados acerca das circunstâncias que lhes permitiram o conhecimento direto sobre o cometimento de algum delito, num determinado lapso de tempo e num determinado lugar. Todavia, da mesma maneira que a auto-denúncia, muitos informantes são criminosos que vivem da delação alheia, alimentados pela mecânica do sistema, podendo sua credibilidade ser maculada pelo revanchismo ou retraimento (cúmplices). Por fim, há o método de *análise das maneiras de prosseguir ou abandonar que têm os tribunais e a polícia*, o qual reproduz esquemas gráficos das entradas e saídas de delitos e delinquentes no sistema de controle formal, em cada uma das etapas da detenção e do processo (SHECAIRA, 2014, p. 72 e CERVINI, 2010, p. 218-220).

Com relação a essa última técnica, inegável que a ocultação do delito irá variar em virtude da instância em que é produzido o dado estatístico: nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento

² Alguns autores justificam o uso do termo “cifra negra” como expressão de distinção das “cifras cinza” (contingente de crimes sem identificação de autoria) e das “cifras douradas” (criminalidade produzida pela elite, crimes de “colarinho branco”). Metaforicamente, a existência de uma graduação da tonalidade ou matriz derivada da intensidade com que ocorre a incidência da luz. Entretanto, discordamos da utilização do vernáculo. O termo “cifra oculta” da criminalidade apresenta-se mais adequado ao desenvolvimento do trabalho. Entendemos que “cifra negra” carrega uma carga semântica pejorativa. A palavra “negra” é utilizada para designar algo que não funciona, inútil, esquecido, incapaz. Há uma violência simbólica no uso desse termo, o qual procuramos evitar.

termina em condenação (ANDRADE, 2003, p. 262-263). O processo de criminalização é, em todas as suas fases, criador de cifras ocultas e, por isso, redutor dos contingentes de criminalidade.

Seguindo essa análise, Augusto Thompson (2007, p. 03-19) adverte que o criminoso pode ser caracterizado sob duas vertentes: em sentido material é o autor de um delito; em sentido formal é o indivíduo condenado pela justiça com sentença transitada em julgado. Para adquirir o *status* de condenado, há um obrigatório caminho a ser percorrido. Violada uma dessas fases procedimentais, oficialmente não haverá criminoso e, portanto, haverá incidência da cifra oculta da criminalidade, que não se limitaria à brecha entre os crimes praticados e os registrados. Vai além, ao considerar os crimes cometidos e toda persecução de ordem formal necessária para selar a culpabilidade do delinquente. Uma ínfima parcela dos criminosos, que não chega a 1% da criminalidade real, tem a sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso porque, há uma inadequação, um enorme desencontro no sistema penal entre os programas de ação (processo legislativo, criminalização primária) e os recursos administrativos de que o sistema dispõe para implementar esses programas (criminalização secundária) (BARATTA, 1987, p. 07).

A seleção de quem será considerado criminoso pela instância formal é um trajeto muito mais longo, exigindo um processo de “filtração escalonado” (CERVINI, 2010, p. 217). Tanto os autores como as vítimas, as testemunhas, a polícia, especialmente os promotores de justiça e os tribunais, atuam como “filtros” determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser submetidas a um processo criminal, sofrendo as consequências deste estigma.

A criminalidade estatística não é, em absoluto, um retrato da criminalidade real, mas o resultado de um complexo processo de refração. Diversos fatores influenciam tal processo, tais como: a existência maior ou menor de comunicação dos delitos; a percepção social da eficiência do sistema policial e judicial; a seriedade ou o montante envolvido no crime; o fato de o crime implicar ou não numa situação socialmente vexatória para a vítima (estupro, estelionato, etc.); o grau de relacionamento da vítima com o agressor; a experiência pretérita da vítima com a polícia; o bem subtraído possuir ou não seguro; o policial passar no local exatamente no momento da atividade criminosa; etc (SHECAIRA, 2014, p. 54).

No que tange à técnica de vitimização, necessária certa cautela na análise dessas motivações que tentam explicar as cifras ocultas da criminalidade. As pesquisas de vitimização trazem importantes contribuições para desmistificar as estatísticas oficiais e refutar os argumentos que permeiam o senso comum teórico do direito penal. Tais pesquisas revelam dados mais próximos à

realidade e fornecem informações preciosas na elaboração de políticas públicas de segurança.

4. A VITIMIZAÇÃO E A DELINQUÊNCIA OCULTA

Antes de compreender a participação da vítima na produção da delinquência oculta, imprescindível analisar os diversos enfoques sobre o processo de vitimização. Um enfoque vitimológico mais amplo permite concluir que o fato criminoso não encerra, em si, a vitimização. Há vários processos de vitimizações em que o fator desencadeante nem sempre tem ligação direta com o delito.

A vitimização primária ocorre quando um sujeito é diretamente atingido pela prática do ato delituoso. Pode causar danos diversos, materiais, físicos, psicológicos, a depender da natureza da infração e da personalidade da vítima (OLIVEIRA, 1999, p. 111).

A vitimização secundária é um derivativo das relações existentes entre as vítimas primárias e o Estado em face do aparato repressivo (polícia, burocratização do sistema, falta de sensibilidade dos operadores do direito, etc.). De forma geral, os profissionais e procedimentos das instâncias formais de controle social não se atentam ao sofrimento, as expectativas e as necessidades da vítima, fazendo com que a vítima se sinta desrespeitada, frustrada, uma peça estranha à engrenagem do aparelho estatal.

Guilherme Costa Câmara (2008, p. 83-85) aponta que a vitimização secundária estaria ligada com a existência de um processo paralelo de seleção e estigmatização da vítima. Alerta o autor que o fenômeno da estigmatização ou revitimização da vítima ocorre, preferencialmente, no espaço processual penal, considerado um ambiente angustiante e com “cerimônias degradantes”, que intensifica e amplia os danos (materiais ou imateriais) que a vítima sofrera com o delito. Câmara ressalta também que no ambiente policial é muito comum os agentes conferirem rótulos degradantes a determinadas vítimas, ao construir estereótipos que adscrevem às vítimas de certos tipos de crimes e, uma vez que a vítima concreta não preencha certas características peculiares ao clichê ou arquétipo-padrão, em lugar de ser apoiada, ouvida e de receber solidariedade e atenção (fundamental para o próprio trabalho policial, que depende profundamente da colaboração da vítima para desvendar a autoria do fato e dar andamento às investigações), ela é estigmatizada. Esse etiquetamento ocorre principalmente em vítima feminina de delitos relacionados à liberdade de autodeterminação sexual, quando, não raro, é tratada como *suspeita* ou *provocativa*. Na fase processual, a vítima desses delitos pode sofrer uma verdadeira “punição”, especialmente quando a defesa contradita a acusação com a tese do *consentimento da vítima*.

No processo penal, há um grande distanciamento dos representantes legais (promotorias do Ministério Público) quanto às reais vicissitudes das vítimas. Estas são tratadas como meros objetos probatórios. Diante da exacerbada preocupação punitiva do titular da ação penal em colher informações para a constatação da prática delitiva, inexiste a atenção devida para os verdadeiros desejos das vítimas na solução do conflito.

Isso gera um processo perverso: ao mesmo tempo em que o reexame do papel da vítima produz um interessante reavivar de seu protagonismo no processo penal moderno, sua participação no processo pode ser instrumentalizada pelo sistema de justiça para campanhas revanchistas, típicas do movimento de Lei e Ordem. Existe a possibilidade da inversão ideológica do papel das vítimas no sistema penal, pois elas “passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal ao seu redor” (ZAFFARONI, 2007, p. 75).

Vislumbra-se, então, uma atitude de “transferência de responsabilidade”, em que a comunidade outorga ao Estado a responsabilidade de resolver os conflitos de natureza penal. O ente estatal deve ser providente e passa a ter o monopólio da administração punitiva. Fica-lhe reservado, com exclusividade, o poder de definição dos crimes e das respectivas sanções no âmbito do direito penal material e a competência para realizar a persecução penal pela via do processo penal. Esse objetivo foi alcançado através da ideia de que desse modo se atendia a uma necessidade de segurança para os cidadãos, os quais teriam a segurança de que só poderiam sofrer a interferência do Estado na sua esfera privada quando houvesse a anterior previsão legal (crime) e a determinação do alcance dessa interferência (sanção). (FERNANDES, 2001, p. 92-94).

Teubner (1988, p. 26) endossa a discussão acerca do monopólio da administração punitiva, ao discorrer sobre o fenômeno conhecido como “juridificação”. Consoante o autor, este seria um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria, através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica: assim entendida, a juridificação surge como uma “expropriação do conflito”. Na linguagem criminológica, o processo penal formal subtrai o conflito do âmbito da vítima e do autor; o processo torna invisível o conflito, despersonaliza a vítima e impede o seu encontro pessoal com o autor. A juridificação não resolve os conflitos, mas simplesmente aliena-os a um mero caso judicial e exclui a possibilidade de uma resolução socialmente adequada e orientada para os interesses da vítima.

A vitimização terciária é aquela que, mesmo possuindo um envolvimento direto com o fato delituoso, tem um sofrimento excessivo, além daquele determinado pela lei do país (SHECAIRA, 2014, p. 55). Há um desamparo assistencial dos órgãos públicos e da ausência de receptividade social em relação

ao ofendido criminalmente. Diante de certos delitos estigmatizadores, a vítima experimenta sequelas graves do abandono do Estado e, algumas vezes, do próprio grupo social.

Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999, p. 116) elenca ainda a existência do processo de vitimização quaternária, que seria o medo da vitimização. O discurso do medo, constantemente potencializada pelos meios de comunicação em massa, pode incrementar a sensação de insegurança frente ao risco de tornar-se alvo de crimes.

Diante da complexidade dos processos de vitimização, os inquéritos de vitimação tornam-se importante instrumento para compreensão das cifras ocultas da criminalidade. Apesar das limitações empíricas, por meio de questionário dirigido a uma amostra significativa da população é possível algumas aproximações acerca dos níveis da criminalidade, com destaque para o papel da vítima como decisiva instância de controle para o sistema de justiça.

No Brasil, a Pesquisa Nacional de Vitimização divulgada no ano de 2013 pelo Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública - CRISP³, ao considerar as doze ocorrências que mais sofrem registro policial (furto e roubo de automóveis, furto e roubo de motocicletas, furto e roubo de objetos ou bens, sequestro, fraudes, acidentes de trânsito, agressões, ofensas sexuais e discriminação), constatou que apenas 19,9% das vítimas levaram os fatos a conhecimento dos órgãos policiais, dados estes que permitem concluir que a subnotificação anual para vitimização no Brasil é de 80,1%.

Esses números são ainda mais reduzidos, tratando-se de fatos criminosos que chegaram ao conhecimento da autoridade policial: em 61,6% deles os autores dos delitos ou ofensas não foram identificados. Logo, exaure-se a fase processual pela filtragem da vítima e das agências policiais, de maneira que a cada fase processual reduz ainda mais a criminalidade real concretamente apurada, como já ponderado no tópico acima.

Uma das críticas à referida pesquisa é que os dados apresentam análise dos delitos convencionais, ou seja, os crimes de fácil percepção e que ocorrem cotidianamente na sociedade, conhecidos também como “crimes de rua” (crimes patrimoniais, crimes pessoais, etc.). Os delitos mais complexos, de difícil observação e captação, embora considerados mais ofensivos a determinados bens jurídicos, dificilmente são incorporados a essa abordagem. Portanto, a pesquisa produz uma distorção na análise geral dos crimes e das vítimas.

Seja por desinteresse da vítima, pelo seu desconhecimento com relação à tipicidade do delito ou até mesmo por influência dos setores midiáticos, há

³ CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP). **Pesquisa Nacional de Vitimização — maio de 2013**. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 02/02/2015.

uma seletividade por parte do sujeito passivo do delito sobre quais ocorrências devem ser levadas ao conhecimento das agências de controle formal. Questiona-se o porquê de uma vítima leva a conhecimento da polícia uma notícia de um furto (art. 155, Código Penal), mas não relatar a ocorrência de uma fraude de preço numa relação de consumo praticada pelo supermercado (art. 7º, Lei 8.176/91). Apesar de a relação jurídica apresentar-se distinta, ambos os tipos penais afetam o patrimônio da vítima.

Ainda no âmbito da pesquisa citada, interessante notar que, em relação às variáveis socioeconômicas e demográficas, a taxa de notificação dos crimes é maior entre as vítimas que compõem a classe A (22,9%) e os de nível superior (24,2%). Eminente fatia da notificação de crime às agências de controle penal é proveniente da classe alta da sociedade. Isso não significa necessariamente que a maior quantidade de vítimas pertence a essa classe, mas pode indicar uma maior confiança dessa classe nas instituições do sistema de justiça criminal e nas possibilidades de acesso à justiça.

Ao discorrer sobre as estratégias da segregação punitiva, David Garland alerta para as armadilhas da política criminal moderna. Segundo o autor, essa política direcionada à proteção da sociedade e à administração de riscos, com o uso das práticas punitivas para a tutela dos interesses dos “cidadãos de bem”, é um engodo das técnicas populistas e politizadas. A punição é apenas uma via para que os sentimentos vitimizantes sejam expressados, numa patente “retribuição do ódio”. Para Garland, a atenção ofertada à vítima serve apenas para retroalimentar as práticas punitivas e não para lhe dar voz aos seus interesses e opiniões:

A terceira característica desta estratégia é que se propõe a conceder lugar privilegiado para as vítimas, muito embora o lugar seja ocupado, verdadeiramente, por uma imagem projetada, politizada da “vítima”, e não dos interesses e opiniões das próprias vítimas. Ao introduzir novas medidas de segregação punitiva, autoridade políticas rotineiramente invocam os sentimentos das “vítimas” como fonte de apoio e legitimidade. A necessidade de reduzir o sofrimento presente ou futuro da vítima funciona, hoje em dia, como uma justificação geral para as medidas de repressão penal; o imperativo político de reagir ante os sentimentos das vítimas agora serve para reforçar os sentimentos retributivos que paulatinamente vêm informando a legislação penal (GARLAND, 2008, p. 316).

Ainda que necessário um redirecionamento para as vítimas, uma alternativa à despersonalização do conflito provocada pelo Estado, esse movimento pode ensejar excessos e revanchismos legitimados por uma pretensa proteção ao interesse e vontade das vítimas. O sistema penal confisca o con-

flito das partes diretamente envolvidas e cria estigmas de “delinquente” (indivíduo mau) e “vítima” (indivíduo bom), classificação esta que alimenta uma visão reducionista e binária do mundo e das pessoas, sob a qual estão assentados discursos e práticas penais.

A ação do sistema de justiça criminal pode impactar de forma muito profunda a identidade do acusado, ainda mais se esse é submetido ao processo de prisão (BRAGA, 2012). Mas não só, também a vítima pode ter suas concepções identitárias afetadas por sua participação no procedimento criminal. De forma geral, suas expectativas pessoais não são levadas em consideração e ela, como uma personagem coadjuvante no teatro da justiça, tem pouco espaço e voz para expressar seus desejos e angústias.

As cifras ocultas podem pôr em dúvida a razão de ser de determinados ilícitos previstos em normas penais. Um nível elevado dessas cifras poderia sugerir que certos bens jurídicos não são tutelados adequadamente, com a devida proteção penal que as vítimas desejam. Sugere Guilherme Costa Câmara (2008, p. 98) que:

[...] a nota de equilíbrio, ainda que instável, poderia ser alcançada pela via da redução do contingente excessivo de *criminalidade oculta*, mediante o desenvolvimento de um *política criminal de cunho restaurador e reparatório*, nesse sentido, reorientando o Direito penal para a vítima de crime, pois, como salientado, ela representa a primeira linha de reação social à delinquência, como também e, principalmente, porque via de regra a vítima é, de fato, a maior interessada na solução do conflito, desse modo — ampliadas as chances reais de reparação —, poder-se-ia, quiçá, resgatar a sua confiança no sistema de justiça.

Se a fração da criminalidade real emerge das contribuições da vítima, o mais racional seria que a própria vítima pudesse estabelecer o que ela deseja de cada delito, posto ser a maior interessada na solução do conflito. A perspectiva da reparação, ao levar em conta a vontade da vítima e o propósito de reparar o dano causado pelo delito, pode mostrar-se uma resposta jurídica mais interessante do que a opção pela pena privativa de liberdade, a qual foi naturalizada como a principal resposta penológica nas sociedades ocidentais a partir do século XIX.

Dos delitos que são formalmente notificados à polícia, os crimes contra o patrimônio são os que apresentam maiores taxas de notificação. A Pesquisa Nacional de Vitimização apontou que: 90% relatam roubo de carros e 80,7% notificam roubo de moto. Os furtos, tanto de motocicleta quanto de automóveis, aparecem com 70,3% e 69,5%, respectivamente. O roubo de objetos ou bens alcança 41,3%. Note-se que os delitos contra patrimônio poderiam ser resolvidos por vias alternativas ao direito penal, pois o dano pode ser composto com a devolução do objeto, restauração ou reparação pecuniária.

A opção por uma resposta restaurativa nesses tipos de crime pode trazer maior satisfação à vítima, já que, de acordo com a mesma pesquisa, o motivo mais frequente para o registro da ocorrência nos crimes contra o patrimônio é a esperança de recuperar o bem perdido.

A reivindicação de um posto de maior relevância para a vítima no sistema penal pode reascender o latente antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos acusados ou, de modo inverso, inspirar um redirecionamento das finalidades da pena e a criação de novas medidas tendentes a proporcionar uma maior satisfação à vítima. O movimento vitimológico aponta duas vertentes de política criminal: uma de exclusão e outra de inclusão (OLIVEIRA, 1999, p. 122).

A política criminal excludente estabelece uma valorização extrema dos direitos das vítimas em detrimento da supressão dos direitos e garantias fundamentais do infrator. Os discursos políticos, insuflados de simpatia das vítimas, disseminam a ideia de que a melhor forma de garantir direito a elas seria restringir os direitos dos criminosos. Ainda que a escolha por uma política criminal fundada nos paradigmas punitivo e retributivo tenha eficácia contestável, não cumprindo com os fins a que se propõe, conta com grande aceitação da sociedade e, logo, do eleitorado.

O grande problema é que a política de exclusão concentra-se na victimização primária e desconsidera os outros processos de vitimização. Na fase inquisitiva, a vítima torna-se prova elementar para esclarecimento dos fatos e reconhecimento do autor da conduta criminosa. Entretanto, na fase judicial, momento que seria adequado para racionalização e composição do litígio, o conflito é expropriado pelo Estado sob o fundamento de que o crime é uma ofensa pública. Até mesmo eventual pena de multa aplicada ao condenado é destinada ao ente estatal, quando na realidade, ao menos parte desse valor deveria ser designada à vítima, como forma de compensação pelo dano ocasionado.

Aliás, há um evidente desinteresse por parte do Poder Judiciário em tutelar os interesses da vítima no processo penal. Dispõe o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal que compete ao juiz, ao proferir sentença penal condenatória fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Todavia, o tribunal⁴ entende que a fixação do valor depende de pedido expresso do ofendido, sob o argumento de que sem invocação da vítima, não pode o órgão jurisdicional tutelar eventual pretensão resistida ou insatisfeita. A interpretação utilizada

⁴ Conferir o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação nº 0204704-71.2009.8.26.0547, 16ª Câmara de Direito Criminal, Desembargador relator Lauro Mens de Mello, Data do julgamento 18/12/2012.

pelo tribunal vai além da norma jurídica (já que no texto normativo inexiste previsão nesse sentido). O escopo da norma foi amplificar o acesso à justiça para a vítima, porém, vislumbra-se que o judiciário ainda está imbuído por esse ranço confiscatório do delito, de maneira a apartar a vítima do conflito ao qual naturalmente pertence.

Cumpre pontuar algumas críticas que justificam a necessidade de soluções pautadas em políticas de inclusão: o fracasso das funções declaradas da pena; a despersonalização do conflito é negativa tanto para o acusado como para vítima; a vítima não recebe compensação com as penas fixadas ao acusado; ao ser colocada em uma posição periférica pelo sistema penal, a vítima, além de não receber qualquer benefício, padece os males da vitimização secundária (OLIVEIRA, 1999, p. 128-129).

Outras medidas penais voltadas à satisfação da vítima se mostram mais eficiente, como os programas de conciliação e mediação e os projetos de reparação do dano. A inserção da justiça restaurativa, baseada num procedimento voluntário, dialógico e consensual, é também um instrumento plenamente viável para solução de conflitos penais (ANDRADE, 2012, p. 333).

Segundo Oliveira (1999, p. 104), os principais motivos que levam a vítima a não registrar a ocorrência seriam: ineficácia das autoridades policiais, ou seja, a crença de que denunciar é inútil, incômodo e oneroso; razões ligadas a variáveis situacionais, ou seja, proximidade entre a vítima e o delinquente ou inexpressividade do dano; preservação da privacidade ou temor da vitimização secundária.

Câmara (2008, p. 91 e 99-101) e Oliveira (1999, p. 112-113) argumentam que vitimização secundária seria a grande responsável pelo fenômeno da subnotificação. Explicam os autores que grande parte das vítimas tem receio de registrar as ocorrências, em razão do medo de sofrer constrangimento ou ser mal atendida perante o meio policial.

Entretanto, dados estatísticos refutam a ideia de convicção negativa da população em relação ao desempenho pouco profissional da polícia e investigações mal sucedidas e falta de infraestrutura. Conforme Pesquisa Nacional de Vitimização, entre as vítimas que prestaram queixa em pelo menos uma das ofensas que sofreram naquele ano, 54,6% delas disseram estar satisfeitas com a atuação da polícia na defesa de seus interesses. Os motivos para o sucesso da atuação policial são a cordialidade e atenção dos policiais no atendimento às ocorrências, que somam mais de 47% das opiniões das vítimas.

Tais informações reforçam a ideia de que a maioria das vítimas não roga pela prevalência de um poder punitivo por parte das agências de controle penal. A vítima se satisfaz tão somente com o sentimento simbólico da segurança, através do recebimento de um tratamento respeitoso, digno por parte das autoridades policiais.

Além disso, 77,6% dos entrevistados na pesquisa invocada dizem confiar no trabalho da Polícia Militar e 79,1% confiam no trabalho da Polícia Civil, o que contesta os argumentos de falta de credibilidade e infraestrutura dos órgãos policiais.

Ainda conforme a Pesquisa Nacional de Vitimização, o sucesso em se chegar ao autor é maior especialmente nos tipos de ofensa em que a vítima já conhecia o agressor mesmo que de vista, como nos casos de discriminação (79,6%), ofensas sexuais (70,7%), agressão (62,2%) ou quando é mais fácil identificar o infrator, como nos casos de acidente de trânsito (71,3%). Quando se depende mais de investigação, essas taxas caem para 9,1% nos furtos de carros, 14,6% nos furtos de objetos, 15,4% nos roubos de objetos, 18,2% nos seqüestros, 20% nas fraudes, 21,3% nos roubos de carros, 21,4% nos furtos de motos e 25,9% nos roubos de motos.

Isso demonstra que apesar de as vítimas confiarem no trabalho da polícia na solução dos conflitos penais, o sistema investigativo na criminalidade de massa é extremamente dependente das informações fornecidas pelas vítimas. A estrutura técnica e instrumental dos policiais militares e civis são insuficientes para elucidação do fato criminoso, confirmado a importância da vítima como instrumento de obtenção de prova na investigação criminal.

As explicações sobre o fenômeno da delinquência oculta estão longe da unanimidade. Porém, percebe-se claramente que os fins geralmente almejados pela vítima ao levar a criminalidade ao conhecimento das instituições de controle formal são diametralmente opostos às ideologias que permeiam o sistema de justiça penal vigente.

5. CONCLUSÃO

A cifra oculta dos delitos é um fenômeno a ser considerado na análise das estatísticas criminais, posto que a criminalidade real é muito maior que a oficialmente registrada. E há vieses nas notificações dos crimes, os quais produzem uma visão distorcida do fenômeno criminal. O sistema penal não consegue lidar com a totalidade dos crimes de uma sociedade, o que o torna instrumento seletivo de pessoas e de condutas.

A reformulação procedural de alguns delitos, com a maior participação da vítima na composição do conflito, e mudanças na cultura de punição que permeia os discursos sociais e das práticas retributiva como principais respostas penais são caminhos que podem contribuir para que a vítima exerça seu direito ao acesso à justiça de forma plena e para que o conflito tenha uma resolução alternativa, e quiçá mais eficiente, tanto na perspectiva da vítima quanto ao acusado.

A vítima exerce um papel fundamental no controle da criminalidade. O sistema penal deve ser restrukturado com a finalidade de proporcionar uma maior participação da vítima nas soluções dos conflitos. Grande parte dos delitos registrados nos órgãos policiais pode ser resolvida através de políticas criminais restauradoras, reparadoras e integrativas. Retirar o conflito da mão do poder punitivo e provocar uma maior comunicação entre “delinquente-vítima”, dando “voz” aos reais personagens da relação jurídico-penal, são caminhos salutares para concretização de um direito penal mais equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Requisitos mínimos de respecto de los derechos humanos en la ley penal. Revista Criminología y Derecho I.* Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, p. 7 e ss.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal:** orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP). **Pesquisa Nacional de Vitimização — maio de 2013.** Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 02/02/2015.

CERVINI, Raúl. A cifra negra da criminalidade oculta. **Revista Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 1, p. 215-225, 2010.

DIAS, Maria Berenice. A efetividade da lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 297-312., jan./fev. 2007.

FERNANDES, Fernando A. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Elementos de análise da “cifra negra” na delinquência convencional:

uma visão vitimológica. **Revista Espaço Acadêmico (UEM)**, v. 123, p. 84-92, 2011.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Pensamento criminológico, v. 16. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

KHALED JR, Salah H. **A justiça social e sistema penal II: ação, jurisdição e processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e a lei Maria da Penha — uma lamentável decisão. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 145-184, 2016.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHNEIDER, Hans Joachin. *La posición jurídica de la víctima de delito en el derecho y en el proceso penal*. Trad. Silvina Bacigalupo. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 35, p. 355-376.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TEUBNER, Gunther. Juridificação: noções, características, limites, soluções. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano XIV, p. 17-100, 1988.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan/ICC, 2007.

* Recebido em 10 maio 2015.



PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: A CONTRIBUIÇÃO DO SISTEMA EDUCACIONAL HOLANDESES PARA A POLÍTICA PÚBLICA DE ENSINO BRASILEIRA

*Vanessa de Lima Marques Santiago**

*Raquel Coelho de Freitas***

*Paloma Costa Andrade****

Resumo

A análise da educação como direito social inscrito no ordenamento jurídico brasileiro exige uma reflexão sistemática, considerando-a com um direito em si mesmo e como meio indispensável de acesso aos outros direitos. Este estudo objetiva, pois, uma análise comparada do direito à educação no sistema constitucional brasileiro e holandês, justificando-se a partir das semelhanças entre o Programa Dinheiro Direito na Escola e as medidas adotadas pela Holanda com vistas a melhorar a gestão das verbas escolares. Em que pese as práticas de gestão do sistema educativo holandês advirem do caráter descentralizador e do liberalismo característico do país europeu, a presente investigação pretende evidenciar as possíveis influências deste sistema na política pública em questão, bem como levantar hipóteses de adoção de medidas aplicadas no país europeu e inovadoras no âmbito da gestão educacional no Brasil. Para tanto, o estudo lançará mão da investigação indireta, com pesquisa qualitativa, por meio do método dedutivo e utilizando como fontes referências bibliográficas, documentos históricos, teses, dados fornecidos por órgãos oficiais e a legislação pertinente. Espera-se identificar estreita relação entre o Programa Dinheiro Direito na Escola e os aspectos estruturais e sociopolíticos da gestão do sistema de ensino da Holanda.

Palavras-chave

Programa Dinheiro Direto na Escola. Sistema educacional holandês. Gestão Educacional.

PROGRAM DIRECT MONEY IN SCHOOL: DUTCH EDUCATIONAL SYSTEM CONTRIBUTION TO BRAZILIAN EDUCATION PUBLIC POLICY

Abstract

The analysis of education as a social right registered in the Brazilian legal system requires a systematic reflection, considering it with a right in itself and as an indispensable means of access

* Graduada em Direito e mestrandona em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Membro do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará.

** Doutora em Direito pela UERJ. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

*** Graduada em Direito e mestrandona em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

to other rights. This study aims to propose a comparative analysis of the right to education in the Brazilian and Dutch constitutional systems, justifying the similarities between the Program Direct Money in School and the measures adopted by the Netherlands in order to improve the management of school fees. Although the management practices of the Dutch educational system are based on the decentralization and liberalism characteristic of the European country, the present research intends to highlight the possible influences of this system in the public policy in question, as well as to raise the hypothesis of adoption of initiatives applied in the European country and innovative in the field of educational management in Brazil. To do so, the study will use indirect research, with qualitative research, through the deductive method and using bibliographical references, historical documents, theses, data provided by official agencies and pertinent legislation. It is hoped to identify a close relationship between the Direct Money in School Program and the structural and socio-political aspects of the management of the Dutch education system.

Keywords

Direct Money in School. Dutch educational system. Educational management.

1. INTRODUÇÃO

A análise da educação como um direito social posto no documento jurídico-político de maior relevância no ordenamento brasileiro exige uma reflexão sistemática. A educação, portanto, apresenta-se com um direito dúplice: primeiramente, como um direito em si mesmo e, posteriormente, como um meio indispensável ao acesso dos demais direitos.

O presente estudo, longe de possuir pretensões de exaurimento do tema, tem em seu espectro uma análise comparada do direito à educação no sistema constitucional brasileiro e holandês. Têm-se como justificativa para a pesquisa a semelhança entre o instituto Dinheiro Direto na Escola e as medidas adotadas pelo sistema educacional da Holanda visando à melhor gestão das verbas escolares.

Em que pese as práticas de gestão do sistema educativo do país europeu advirem especialmente em face do caráter descentralizador daquele Estado e do liberalismo característico do país, a investigação em questão pretende evidenciar a influência do sistema holandês na política pública em questão, além de trazer como uma de suas hipóteses a possibilidade de adoção de medidas, oriundas daquele país europeu, inovadoras em âmbito de gestão educacional pelo Brasil.

O estudo se delineia por meio da investigação indireta, com pesquisa qualitativa, por meio do método dedutivo e utilizando como fontes referências bibliográficas, documentos históricos, teses, dados fornecidos por órgãos oficiais e a legislação pertinente ao direito à educação, à gestão financeira da educação e à participação.

Para tanto, parte-se, inicialmente, da evolução histórica do direito à educação, evidencia-se as disposições presentes nas constituições brasileiras acerca do tema, para, por fim, analisar o status conferido à educação na Lei Maior de 1988. A seguir, são apresentados dispositivos constitucionais acerca

do direito à educação na única Constituição Holandesa ao longo da história, ao passo em que são apontadas as características e peculiaridades do sistema de ensino neerlandês.

Face à relevância e abrangência do objeto de estudo, buscou-se fazer um recorte epistemológico do direito à educação em uma política pública educacional brasileira de 1995. Apresenta-se, portanto, o programa educacional Dinheiro Direto na Escola, e sua estreita relação com aspectos estruturais e sócio-políticos da gestão do sistema de ensino da Holanda.

2. O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA EDUCAÇÃO EM ÂMBITO INTERNACIONAL E SEU REFLEXO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) elenca um rol de direitos sociais em seus artigos XXII a XXVII. Mais especificamente, em seu artigo XXVI positiva a educação como um direito universal, norteando alguns princípios que serão base de toda a legislação que se segue, conforme se verifica na Carta *infra*: “artigo XXVI. 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado.”

A Convenção da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO, 1945), de fundação da UNESCO, de 1945, foi outro documento de importância *sine qua non* na positivação destes princípios, ressaltando o papel da educação como promotora da paz e como instrumento para concretude da mesma.

Apenas com a Constituição Francesa de 1791 (FRANÇA, 1791), a consagração dos direitos fundamentais foi alcançada, com um texto que incluía entre as partes de seu primeiro título o dever do Estado de criar instituições de ensino fundamental destinadas a prestar assistência a vulneráveis e a previsão da criação de escolas públicas gratuitas.

Posteriormente, já no século XX, a Constituição dos Estados Unidos do México, de 1917, apresenta-se como o primeiro instrumento a positivar os direitos sociais, detalhando, por exemplo, a gratuidade e obrigatoriedade da educação primária. Acerca do tema, afirmam Dimoulis e Martins (2011, p. 23), “tais direitos sociais pouco se diferenciam daqueles de uma Constituição contemporânea, como a brasileira de 1988”.

A Constituição de Weimar (ALEMANHA, 1919), por sua vez, dedicou todo um capítulo à educação. Em seu Livro II, capítulo IV a referida Carta discorre acerca da educação e ensino escolar ao longo de nove artigos. Desta feita, a relevância da Constituição engloba desde aspectos relativos à gratuidade de

ensino, e sua respectiva obrigatoriedade, perpassando por controvérsias relativas à intervenção do Estado na liberdade de ensino, e chegando a dilemas acerca das competências dos Estados.

Somente a partir da Constituição da República Soviética de 1936, fala-se em direito à educação, conforme o artigo 121 do texto constitucional: “Os cidadãos da URSS têm o direito à educação. Este direito é garantido por um ensino fundamental obrigatório e universal; pela educação gratuita, incluindo o ensino superior” (tradução livre) (REPÚBLICA SOVIÉTICA, 1936).

2.1. A positivação da educação nas Cartas Constitucionais Brasileiras

Na história constitucional, a Constituição Brasileira de 1824, inspirada no texto constitucional francês, inovou ao incluir dois direitos sociais no rol de direitos fundamentais, dentre eles o direito à instrução primária gratuita. Acerca do tema, a Constituição outorgada de 1824, em seu art. 179, estabelecia que: “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte [...]”, o que permite inferir íntima relação entre a educação e a concretude dos demais direitos sociais, como os de liberdade e os políticos.

A Constituição de 1891, primeira do período republicano, refere-se ao direito à educação em seus artigos 35 e 72, parágrafo 6º Dispôs acerca da obrigatoriedade do Congresso em garantir instrução secundária no Distrito Federal, fomentar o desenvolvimento das letras, artes e ciências no País e fundar instituições de ensino secundário e superior nos Estados.

A Carta de 1934, enfim, apresenta-se como a primeira a garantir a educação como um direito pertencente a todos, dedicando um capítulo (artigos 148 a 158) à cultura e educação. Dispunha de tal modo: “artigo 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país [...].”

A Carta Magna de 1937 manteve algumas garantias da Constituição anterior e assegurou outras. Acresceu-se, por exemplo, o acesso ao ensino em todos os graus às crianças e adolescentes, mantendo a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário. Inovou, ainda, ao prever uma contribuição pecuniária àqueles que não alegassem escassez de recursos.

A seguir, com a Carta de 1946, houve a consagração da educação como direito pertencente a todos. Na vigência da referido texto constitucional, surgiu, ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que fixou as diretrizes e bases da educação nacional.

Por fim, a Constituinte de 1967 abordou a temática da educação em um capítulo específico, não havendo, porém, trazido à tona inovações nesta seara.

2.1.1. O direito à educação na Constituição Brasileira de 1988

Embora a educação apareça como uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual para os que a ela se submetem, para a sociedade que a concretiza ela aparece como um bem comum, já que pode ser identificada como a busca pela continuidade de um modo de vida que se resolveu preservar (DUARTE, 2007, p. 697).

A Constituição de 1988 pontuou grande inovação ao alocar o direito à educação no rol dos direitos fundamentais, tratando-se, portanto, da primeira Carta brasileira a consagrar na declaração de direitos os de cunho social, visto que nas Constituições anteriores, tais normas integravam a seara da ordem econômica e social (PIOVESAN, 2007. p. 33-34).

O art. 6º da CRFB/88 reconhece a educação como direito fundamental de natureza social. Desse modo, a proteção despendida a esse direito ultrapassa a consideração de interesses meramente individuais: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Além disso, diferiu de outros países, como a Áustria, que preferiu positivar os direitos sociais por via de legislação infraconstitucional. Conforme aduz Paulo Bonavides (2013, p. 371): “nem todos os países que têm procurado realizar o Estado social e sobretudo concretizar os direitos sociais básicos, o fizeram por meio do poder constituinte [...] Haja vista a esse respeito o exemplo da Áustria”.

Consoante Bonavides (2013, p. 373) a constituinte de 1988 não apenas elenca a educação como um direito social, como também, a garante. Intencionando-se a aplicabilidade e efetividade das referidas normas, foi inserido, ainda, o princípio da aplicabilidade imediata da norma, no art. 5º, § 1º, do texto constitucional, cabendo, portanto, aos Poderes Públicos garantir e conferir eficácia máxima e imediata a tais direitos: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desse modo, tais normas são capazes de produzir efeitos a qualquer tempo, consagrando sua imperatividade.

Para Silva (2006, p. 286-287), os direitos sociais, enquanto dimensão dos direitos fundamentais do homem são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais,

capazes de possibilitar melhor condição de vida aos mais fracos, sendo, portanto, vertente do direito de isonomia ao tentar proporcionar a igualdade de situações sociais desiguais.

Pondera Sarlet (2007, p. 275-276) que a sustentação da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais — não apenas os dispostos nos arts. 5º a 17, mas em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais — dá-se a partir da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada no parágrafo segundo do art. 5º do texto constitucional¹.

Assim, a aplicabilidade imediata pode ser traduzida como um mandado de maximização, determinando aos órgãos do Estado a tarefa de reconhecimento da maior eficácia possível aos direitos fundamentais, devendo a recusa de sua aplicação ser fundamentada e justificada (SARLET, 2007, p. 284-285).

2.2. A relevância da legislação infraconstitucional para a regulação do sistema educacional brasileiro

Os fundamentos constitucionais da educação foram inseridos no Título VIII, Da ordem social, Capítulo III, Da Educação, da Cultura e do Desporto, Seção I, Da Educação, assumindo a condição de direito fundamental do homem. Para Veronese e Vieira (2016, p.10), a Constituição de 1988 consubstancia uma preocupação real com a criação de mecanismos capazes de garantir o direito à educação, diferindo da tradição normal do Poder Público que considerava suficiente a obrigatoriedade da matrícula escolar.

De fato, a Carta de 1988 previu em seu art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O art. 208 prevê o mínimo de que se deve valer o Estado na consecução do direito à educação. Foram estabelecidas garantias para efetivação do direito à educação: educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos, assegurada sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (alterado pela EC nº 59/2009); atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente oferecido na própria rede regular de ensino; educação infantil até cinco anos de idade, em creches e pré-escolas (alterado pela EC nº 53/2006); acesso aos níveis mais elevados do ensino, conforme a capacidade de cada um; oferta de ensino regular noturno; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica,

¹ Art. 5º, § 2º, CRFB/88. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

por meio de programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde (modificado pela EC nº 59/2009).

Conforme dispõe o art. 208, § 3º, da CRFB/88: “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”. Desse modo, compreende-se que a prestação do direito à educação depende de uma atuação simultânea da família e do Poder Público.

O art. 208, §1º, por sua vez, enuncia que: “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, sendo, portanto, direito certo e indisponível, exigível judicialmente quando da prestação irregular ou quando da falta de prestação pelo Poder Público, inclusive com previsão de responsabilização para a autoridade competente, conforme art. 208, § 2º: “o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Nesse sentido, as lições de Barroso (2006, p. 99-100) nos mostram que:

A ideia central em torno da qual gravita o tópico ora desenvolvido é a de direito subjetivo, entendido como o poder de ação, assente ao direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir; de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público. Singularizam o direito subjetivo, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico- que é a ação judicial- para extinguir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.

Foi estabelecido pela Constituição de 1988 um complexo de normas que favorecem a organização do Estado para a prestação do serviço educacional e consequente efetivação do direito. Nesse sentido, o art. 211 estabeleceu os sistemas de ensino, os quais adotam o regime de descentralização articulada, proporcionando aos entes liberdade na definição dos seus respectivos sistemas, ao mesmo tempo em que preveem a colaboração mútua e recíproca com vistas à universalização do ensino obrigatório. Ademais, foram descritas quais etapas do ensino caberá a cada um dos entes prioritariamente, permitindo uma concentração maior de esforços para sua prestação qualitativa: a União organizará

o sistema federal de ensino e dos Territórios, financiando as instituições de ensino públicas federais; os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

O art. 212 estabeleceu os percentuais mínimos de valores a serem aplicados na educação para cada um dos entes federativos. Assim, caberá à União aplicar, anualmente, 18%, no mínimo, da receita de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino; aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por sua vez, cabe aplicar, no mínimo, 25% dessa receita. A aplicação dessas receitas deve priorizar o atendimento às necessidades do ensino obrigatório, referentes à universalização, à garantia do padrão de qualidade e equidade. Além dessa previsão, outra fonte adicional de financiamento da educação básica foi estabelecida: a contribuição social do salário-educação².

Para Pompeu (2005, p. 100), a previsão de dotação orçamentária para concretizar a garantia do direito à educação nas várias esferas da Federação rechaça qualquer argumento de que o acesso à educação é norma constitucional programática. Assim, não há de se pensar em discricionariedade do gestor quando da aplicação de recursos para efetivação do direito à educação. Logo, não cabe ao estado-membro ou município alegar insuficiência orçamentária para desobrigar-se da implementação do ensino infantil, fundamental e médio, visto que a Constituição já estabelece o valor mínimo a ser aplicado e as prioridades (POMPEU, 2005, p. 106).

Para Veras e Martins (2016, p. 408-409), a vinculação de recursos estabelecida pelo artigo 212, da CRFB/88, é indispensável à garantia de uma fonte estável para o financiamento da educação, pois condiciona a aplicação de recursos e, por isso, “deve estar presente no orçamento, revelador de compromissos e intenções, nos balancetes periódicos que relacionam receita e despesa

² O salário-educação, instituído em 1964, é uma contribuição social destinada ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para educação básica pública. Tem previsão constitucional e é calculada tendo como base a alíquota de 2,5% sobre o valor das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados. Entre os contribuintes estão: as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral de Previdência Social. A redistribuição dessa contribuição cabe ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Do montante arrecadado, 90% é dividido do seguinte modo: 1/3 para a cota federal, que será aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a educação básica, de forma a propiciar a redução dos desníveis socieducacionais entre os Municípios e os Estados brasileiros; 2/3 para a cota estadual e municipal, creditada mensalmente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para o financiamento de projetos voltados para a educação básica, sendo redistribuídos os valores de forma proporcional ao número de alunos matrículados na educação básica das respectivas redes de ensino apurado no censo escolar do exercício anterior ao da distribuição. Os 10% restantes são aplicados pelo FNDE em programas, projetos e ações voltados para educação básica (FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, 2012a, p.1).

e nos balanços anuais, expressão consolidada do que foi arrecadado e do que foi gasto".

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) foi criado pela EC nº 53, de 2006, e regulamentado pela Lei nº 11.494, de 2007, e pelo Decreto nº 6.253, de 2007, em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, que vigorou de 1998 a 2006. O FUNDEB é um fundo de natureza contábil e de âmbito estadual, tendo sido estabelecido um fundo para cada Estado e outro para o Distrito Federal, formado, quase que completamente, por recursos provenientes dos impostos vinculados à educação conforme previsão do artigo 212, da CRFB/88. Quando a arrecadação realizada nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios não for suficiente para cobrir o valor mínimo por aluno, os recursos federais devem ser acionados. O FUNDEB tem sua vigência estabelecida pelo período de 2007 a 2020 (FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, 2012a, p.1).

A Constituição previu, ainda, no art. 213, uma aplicação preferencial dos recursos públicos no ensino público obrigatório, ressalvada a destinação de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio para os que demonstrarem insuficiência de recursos e quando houver falta de vagas e cursos regulares na localidade de residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

Em cumprimento à determinação do art. 214, da CRFB/88, deve ser estabelecido o Plano Nacional de Educação (PNE), com duração decenal, tendo como objetivo a articulação do sistema nacional de educação em regime de colaboração e a definição de diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, por meio de ação integrada dos poderes públicos que conduzam à erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade do ensino, à formação para o trabalho, à promoção humanística.

Com a entrada em vigor da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBEN)³, em 1996, o Plano Nacional de Educação⁴ passou a ser responsabilidade da União. O novo plano foi aprovado em 2001, tornando-se o primeiro PNE do país com força de Lei (Lei nº 10.172/2001) (AGLIARDI; WELTER; PIE-ROSAN, 2012, p. 9).

Em 2014, foi sancionado o segundo Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/14), com vigência de dez anos. Entre as diretrizes do PNE estão: erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação da discriminação, melhoria na qualidade da educação e valorização do profissional da educação.

3. O APORTE HOLANDEΣ PARA O SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO: GESTÃO DEMOCRÁTICA E DESCENTRALIZAÇÃO DO ENSINO

A Holanda, no início do século XIX, foi palco do surgimento de um sistema educacional organizado nacionalmente. Durante a segunda metade do século XIX e no início deste século, um número significativo de escolas particulares foram criadas por organizações dentro das comunidades católicas e

³ A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional. A LDBEN definiu educação como processo formativo a ser desenvolvido na família, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (art. 1º). Além disso, estabelece que o ensino é dever do Estado e da família, devendo ser ministrado tendo como base os princípios de igualdade de acesso, liberdade de aprender, pluralismo de ideias, respeito à liberdade, coexistência de instituições públicas e privadas, gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais, valorização do profissional da educação, gestão democrática do ensino público, garantia do padrão de qualidade, valorização da experiência extra-escolar, vinculação escola-trabalho-práticas sociais, consideração com a diversidade étnico-racial (art.2º).

⁴ A proposta de um Plano de Educação com objetivo de fiscalizar a política educacional a médio e longo prazo existe desde a década de 1930, a partir do estabelecimento do Conselho Nacional de Educação (1931) e da divulgação do Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova (1932). Ambos documentos, com suas especificidades, inclinavam-se para o desenvolvimento de uma política educacional nacional. O Manifesto influenciou a elaboração da Carta Constitucional de 1934, no que diz respeito à competência do governo federal para a elaboração de um plano nacional de educação. Em 1937, o Conselho Nacional de Educação apresentou uma proposta de Plano, que, entretanto, não foi concluída. Na década de 1960 foi elaborado novo projeto de plano, que, mais uma vez, foi abandonado. Durante os anos 70 e 80, período do regime militar, a elaboração dos planos esteve ligada à política ditatorial, sem contar com a participação dos educadores e da sociedade civil em geral. A partir de intensa mobilização, a Carta de 1988 incorporou a obrigatoriedade de elaboração de um plano nacional de educação. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, determinou que a União deveria encaminhar o Plano Nacional de Educação no prazo de um ano. Todavia, apenas em 2001 foi aprovado o primeiro Plano Nacional de Educação, através da Lei nº 10.172/2001, com previsão de duração de dez anos. Ao final do período de vigência, alguns problemas foram identificados: praticamente metade dos Estados e Municípios não haviam elaborado seus respectivos planos; restrição de recursos; ausência de centralidade do Plano; ausência de regulamentação sobre a colaboração dos entes, dentre outras. No ano de 2010, foram iniciadas as discussões relativas ao novo PNE (DE OLHO nos planos, 2015, p. 2-3).

protestantes. O referido crescimento esteve acompanhado por uma pressão exercida sobre a administração nacional a fim de que subsidiasse as instituições educacionais supracitadas.

Em 1917, com a reforma constitucional, as instituições de ensino de caráter privado e público adquiriram status financeiro equivalente. Como consequências deste acordo pode-se elencar o advento de um sistema mais centralizador e com maior tendência à privatização.

Em face disto, a Holanda encontra-se, atualmente, em uma situação única no plano internacional. Analisando-se o modelo de educação dos países europeus, constata-se que cerca de 70% (setenta por cento) das instituições de ensino na Holanda são privadas. O sistema público de ensino holandês é estruturado através de contratos de associação entre instituições de ensino privado com o Estado. Desta feita, o Estado, em vez de investir na construção de escolas estatais, financia de modo direto os alunos e as famílias por meio do pagamento das mensalidades nas referidas instituições. O colégio recebe, assim, x euros por cada aluno dito público.

Analizando-se os dados, constata-se que enquanto em Portugal estas espécies de instituições representam apenas 4% (quatro por cento) da rede escolar, na Holanda este índice representa cerca de 70% (setenta por cento). Uma breve pesquisa, porém, diz-nos que este modelo é comum no continente europeu, representando cerca de 25% (vinte e cinco por cento) na Espanha, 50% (cinquenta por cento) na Bélgica, 20% (vinte por cento) na França e 16% (dezesseis por cento) no Reino Unido.⁵

Segundo Hooker (2009, p. 30-35), atualmente, o sistema de ensino holandês encontra-se entre os três melhores sistemas de ensino europeu e adoção de um novo modelo educacional após a reforma neoliberal de 1980 teve importância *sine qua non* na obtenção de tais resultados. A principal característica deste sistema é, portanto, a responsabilização atribuída à administração nacional, entidade esta quase exclusivamente responsável pelo financiamento de escolas públicas e privadas. O modelo baseia-se em quatro pilares básicos: o aumento da autonomia, da liberdade de escolha, privatização e do controle de qualidade. Eis-los a seguir:

- (1) Grande parcela do sistema público de ensino constituída por escolas ditas não-estatais: cerca de 2/3 do ensino público é prestado por entidades privadas, através de um sistema nacional de financiamento de ensino universal, oferecendo um tratamento igualitário às referidas instituições, sejam estas estatais ou não-estatais.

⁵ Sobre os dados dos diferentes países, ver Eurydice, 2012, Key Data on Education in Europe.

(2) A autonomia pedagógica das escolas: as instituições de ensino são dotadas de autonomia metodológica e pedagógica, de modo que não existe um currículo nacional, mas uma breve listagem das disciplinas de caráter obrigatório. Desta feita, cada escola tem a faculdade de construir e executar seu projeto educativo.

(3) A liberdade de escolha: através da liberdade de criação de entidades atreladas a diversas, permite a integração no sistema público de escolas confessionais e não-confessionais. As escolas podem ainda seguir métodos de ensino diversos ou mesmo especificar-se em áreas diversas.

(4) Controle de qualidade: o Estado atua assim como garante da qualidade educacional, detendo inclusive o poder de fechar aquelas instituições que apresentem de modo reiterado resultados educacionais insatisfatórios.

(5) Variedade de ofertas educativas e de ambientes escolares

(6) Envolvimento e aproximação de pais e da família na escola: Relacionamento próximo entre pais e alunos, tanto por meio da faculdade de escolha da instituição por parte dos pais, quanto devido à autonomia de cada instituição.

(7) Acesso a um sistema educacional de qualidade: em face da ascensão da profissionalização da gestão financeira e pedagógica das entidades, proporcionando a condução de um sistema pautado pela excelência e inovação que atende aos anseios da sociedade.

A proposta tem, ainda, como característica o desenvolvimento de um sistema compensatório das minorias economicamente desfavorecidas. Os mecanismos envolvem, primeiramente, o recebimento de financiamento por parte das instituições de ensino fundamental para estudantes provenientes de famílias desprivilegiadas economicamente. Outro mecanismo diz respeito à concessão de subsídios adicionais para escolas alocadas em regiões com elevado número de cidadãos carentes. Neste sistema, para cada estudante considerado de minoria étnica, a escola recebe 1,9 vezes o valor pago para crianças advindas de ambientes privilegiados, enquanto para estudantes provenientes de famílias economicamente desfavorecidas, este montante passa para 1,25 vezes por aluno.

Quanto às dificuldades vivenciadas pelo sistema educacional holandês, podem ser citadas:

(1) A escassez de professores: uma extensa parcela de profissionais irá se aposentar nos próximos cinco a dez anos, sem a reposição de novos trabalhadores para desempenho das mesmas funções.

(2) A necessidade crescente de atrelar o grau de excelência da escola ao período em que o estudante se encontra fora dela, de modo a propiciar o exercício da carreira profissional por partes das mulheres.

(3) Dificuldade vivenciada pelo governo em como combinar o investimento com a inovação.

As perspectivas para o futuro na Holanda (HOOKER, 2009, p. 30) aglutinam algumas propostas e metas em âmbito educacional para os próximos anos, são elas:

(1) Elaboração de uma nova estratégia de fortalecimento da gestão e inovação das entidades estudantis, culminando no empreendedorismo educacional.

(2) Criação de comunidades de ensino independentes economicamente, em que tais comunidades serão responsabilizadas pelos desempenhos apresentados. A exemplo de entidades semelhantes já existentes, como as comunidades de advogados e de consultores que realizam suas prestações de contas em consonância a este princípio.

(3) Proposição de estratégias de aprendizado inovadoras objetivando tornar o ambiente escolar mais atrativo para os alunos. Propõem-se nesse modelo, metas incluem, por exemplo, a combinação entre estudo e trabalho através de um programa de aprendizagem.

(4) Implementação de uma política por parte do governo que proporcionará os recursos necessários para a realização de uma política local integrada. A maior ênfase dada às autoridades em nível local tem como objetivo aumentar a proximidade dos governantes locais como problemas sociais vivenciados pela população, com a finalidade maior de acirrar o combate às desigualdades sociais.

(5) Introdução experimental dos “Regulamentos das escolas livres”, de modo que as escolas passarão a poder realizar seu próprio plano de negócios, com a devida redução da burocracia estatal.

(6) A criação de um conceito de franquias aplicado à educação na medida em que as escolas relacionam-se com um grande empreendedor que suporta os custos de sua inovação, contratação de profissionais, etc.

Em linhas gerais, a política educacional holandesa parece caminhar para o desenvolvimento de estratégias de fortalecimento da gestão e inovação estudantil, culminando no empreendedorismo educacional. Esse novo mo-

delo de gestão intenta incluir estratégias de aprendizagem inovadoras, passíveis de tornar o ambiente escolar mais atrativo para os alunos, bem como de aproximar os governos locais dos problemas sociais vivenciados pela população, permitindo o combate às desigualdades sociais. A isso, soma-se a possibilidade de desenvolvimento pelas próprias escolas de seus planos de gestão, aproximando os investimentos educacionais da realidade escolar, e de redução da burocracia estatal.

Embora o modelo educacional holandês seja delineado em torno de uma política privatista, é possível que alguns de seus aspectos sejam identificados, e até, incorporados à política educacional brasileira, cujo delineamento constitucional sinaliza para a universalização do ensino gratuito.

Nesse sentido, passa-se a discutir o Programa Dinheiro Direto na Escola e sua proposta de gestão escolar democrática e descentralizada. É interessante, portanto, observar os fundamentos da iniciativa brasileira e sua semelhança com os princípios que norteiam o sistema educacional holandês.

4. O PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: GESTÃO ESCOLAR DEMOCRÁTICA E DESCENTRALIZADA

O Brasil, objetivando o melhor aproveitamento dos recursos públicos destinados à educação, começou a desenvolver o Programa Dinheiro Direto na Escola, que faz parte da sequência de políticas públicas educacionais descentralizadas que atuam no âmbito de autonomia municipal, em colaboração da União com os estados-membros.

O PDDE foi criado pelo Governo Federal através da Resolução n. 12, de 10 de maio de 1995, com a denominação Programa de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental — PMDE, posteriormente alterado para Programa Dinheiro Direto na Escola, por força de Medida Provisória n. 1.784, de 14 de dezembro de 1998. Sua execução ficava sob a responsabilidade do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, tendo como finalidade a prestação de assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas de educação básica integrantes das redes municipais, estaduais e do Distrito Federal e às escolas privadas de educação especial sem fins lucrativos com registro no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) como beneficiárias de assistência social, ou outras similares de atendimento direto e gratuito ao público. Nesse sentido, o art. 8º, da Medida Provisória nº 1.784, de 14 de dezembro de 1998:

Art. 8º Fica instituído, no âmbito do FNDE, o Programa Dinheiro Direto na Escola, com o objetivo de prestar assistência financeira às escolas públicas do ensino fundamental das redes estaduais, municipais e do Distrito Federal e às escolas de educação especial

qualificadas como entidades filantrópicas ou por elas mantidas, observado o disposto no art. 10 desta Medida Provisória.

O PDDE é, pois, constituído de diversas ações e objetiva a melhoria da infraestrutura física e pedagógica das escolas e o reforço da autogestão escolar nos planos financeiro, administrativo e didático, contribuindo para elevar os índices de desempenho da educação básica.

Conforme disposto no parágrafo único do artigo 8º, da Medida Provisória nº 1.784, a assistência financeira deve ser concedida a cada estabelecimento beneficiário, anualmente, tendo como base o número de alunos matriculados, sendo repassada diretamente à unidade executora, nos seguintes termos:

Art. 8º [...]. Parágrafo único. A assistência financeira a ser concedida a cada estabelecimento de ensino beneficiário será definida anualmente e terá como base o número de alunos matriculados no ensino fundamental e especial, de acordo com dados extraídos do censo escolar realizado pelo Ministério da Educação e do Desporto no exercício anterior, e repassada:

I - diretamente à unidade executora ou à entidade representativa da comunidade escolar, na forma dos requisitos estabelecidos no art. 10;

II - ao Estado ou Município mantenedor do estabelecimento de ensino nos demais casos.

Os recursos são transferidos independentemente da celebração de convênio ou instrumento congênere, conforme dispõe o art. 22, § 2º, da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009:

A assistência financeira de que trata o § 1º será concedida sem a necessidade de celebração de convênio, acordo, contrato, ajuste ou instrumento congênere, mediante crédito do valor devido em conta bancária específica:

I - diretamente à unidade executora própria, representativa da comunidade escolar, ou àquela qualificada como beneficiante de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público;

II - ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município mantenedor do estabelecimento de ensino, que não possui unidade executora própria.

Assim, o PDDE prevê a transferência direta dos recursos da União às escolas, independentemente de convênio, ajuste ou contrato, mediante apenas a existência de uma conta específica, a ser gerida, no caso de escolas com mais de 50 (cinquenta) alunos, por uma Unidade Executora ou por uma enti-

dade representativa da comunidade escolar. As escolas com menos de 50 alunos que não possuem unidades executoras próprias, no entanto, podem receber recursos por intermédio da Secretaria de Educação do Estado, do Distrito Federal ou da Secretaria do Município, de acordo com a sua vinculação, ou podem consorciar-se (no máximo, 20 escolas) de modo a constituírem uma única unidade executora que as represente, desde que as unidades escolares abrangidas pelo consórcio pertençam à mesma rede de ensino da mesma esfera de governo, conforme dispõe o art. 2º da Resolução FNDE n. 008/2000.

Desde o ano de 2013, os valores repassados às escolas que possuem Unidades Executoras próprias foi incrementado, passando o cálculo a incluir um valor fixo e outro variável, conforme o número de alunos, a localidade da escola e a modalidade de ensino.

Desse modo, o PDDE representa o empoderamento da cidadania e a disponibilização de mecanismos de reforço a uma prática democrática mais atuante e deliberativa na área educacional.

A segunda medida relevante do PDDE é o caráter participativo da comunidade local beneficiada que, juntamente com os gestores educacionais, devem deliberar sobre a utilização dos recursos de custeio, manutenção e pequenos investimentos, podendo as despesas ser efetuadas sobre itens como: conservação do prédio escolar, aquisição de material necessário na melhoria da educação, qualificação de profissionais, avaliação da aprendizagem, e tudo o mais que possa caracterizar a necessidade imediata para a prestação de um serviço educacional de qualidade⁶.

Do mesmo modo que os demais programas e políticas educacionais já implementados, a vinculação do repasse das verbas e seu montante depende diretamente do número de alunos matriculados nas escolas. Com isso, estímula-se as famílias, os educadores e o governo a fomentarem o ingresso de crianças e adolescentes no sistema formal de ensino oferecido pelo Estado brasileiro (CESAR, 2013, p. 13).

Diante dessa estrutura administrativa e financeira, descentralizada e participativa, resta dar continuidade à forma de gerência permitida às comunidades locais, tanto para o fortalecimento da cidadania como pelo aprimoramento do sistema educacional (CESAR, 2013, p. 14).

⁶ Art. 23, Lei nº 11.947/2009. Os recursos financeiros repassados para o PDDE serão destinados à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está situada como marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Dentre os direitos assegurados pela Constituição, está o direito à educação, identificado como direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovido em colaboração com a sociedade, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao preparo para o exercício da cidadania e para o trabalho.

Conforme a dicção constitucional, o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, devendo, portanto, ser garantido o seu acesso, inclusive, com a previsão de responsabilidade para a autoridade competente.

Na Holanda, após as modificações legais, o sistema de educação tornou-se, majoritariamente, privado — cerca de 70% (setenta por cento) das instituições holandesas. Todavia, a administração nacional é responsável, quase que exclusivamente, pelo financiamento de escolas públicas e privadas.

O sistema público de ensino holandês se estrutura através de contratos de associação entre as instituições de ensino privado e o Estado, cabendo, ao último, financiar o pagamento das mensalidades diretamente às famílias e aos alunos.

Desse modo, a iniciativa implementada na Holanda parece caminhar para o fortalecimento de estratégias de gestão e inovação estudantil, permitindo uma aproximação governo-sociedade.

No Brasil, o Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) aparece como alternativa para a aplicação direta das verbas direcionadas pelo Estado ao fomento do direito à educação. O modelo sugerido pelo PDDE valoriza o caráter participativo da comunidade local beneficiada, bem como o dos gestores educacionais, possibilitando uma aproximação do investimento na educação com as necessidades específicas dos envolvidos no processo educativo (comunidade, aluno, professores, gestores).

Desse modo, parece-nos interessante que programas que garantam uma administração direta dos recursos possam ser implementados, com vistas a melhorar a prestação do serviço educacional e, acima de tudo, que seja uma prestação que considere as necessidades específicas locais.

Por fim, o aspecto aproximativo entre iniciativas holandesas em âmbito educacional e a política implementada no Brasil é nítido, na medida em que ambas se propõem a construir uma política escolar colaborativa, desburocratizada e fomentadora do protagonismo dos entes que constituem o sistema escolar.

REFERÊNCIAS

AGLIARDI, Delcio Antonio; WELTER, Cristiane Backes; PIEROSAN, Maristela Rates. **O novo plano nacional decenal de educação e as políticas educacionais de estado:** velhas metas novos desafios. In: Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedssul/9anpedssul/paper/viewFile/3210/178>>. Acesso em: 16 out. 2016.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** 1919. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 28 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28^a Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Rio de Janeiro, RJ, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Constituição (1891). **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**: aprova o Plano Nacional de Educação- PNE e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**: estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. Gestão financeira da Educação no Brasil: momento para autonomia e descentralização. In: ABMP — TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Justiça Pela Qualidade na Educação**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 482-496.

DE OLHO nos planos. **História dos planos**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.deolhonosplanos.org.br/planos-de-educacao/>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Revista Educação e Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100 - especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100>>. Acesso em: 28 out. 2016.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. **Apresentação**. Brasília, DF, 2012a. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/financiamento/fundeb/fundeb-apresentacao>>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Dados Estatísticos**. PDDE. Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/programas/dinheiro-direto-escola/dinheiro-direto-escola-dados-estatisticos>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

HOOKER, Mark. Freedom of Education: **The Dutch Political Battle for State Funding of all Schools both Public and Private (1801-1920)**. CreateSpace Independent Publishing Platfmor Holland, 2009.

KINGSTON, Paul.; HOLIAN, Laura. **Inequality**. In: Alberto Martinelli (ed.), Transatlantic Divide. Comparing American and European Society, Oxford, Oxford University Press, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Rio de Janeiro: ABC, 2005.

REPÚBLICA SOVIÉTICA. Constituição (1936). **Constitution of the URSS**. 1936. Tradução livre. Disponível em: <<http://large.stanford.edu/history/kaist/references/marx/beard/c10/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

UNESCO. **Convenção que constitui a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura**. Londres, 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organização-das-Nações-Unidas-para-a-Educação-Ciência-e-Cultura/convencao-que-constitui-a-organizacao-das-nacoes-unidas-para-a-educacao-ciencia-e-cultura.html>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cleverton Elias. A educação básica na legislação brasileira. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 47, p. 99-125, dez. de 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1245-1259-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

Recebido em 13 jul. 2017.



APONTAMENTOS SOBRE JUSTIÇA EM MARX

*Vitor Bartoletti Sartori**

Resumo

Pretende-se problematizar a possibilidade de uma teorização positiva da questão da justiça a partir da obra de Karl Marx. Procurar-se-á demonstrar que o texto marxiano relaciona a noção de justiça às esferas da distribuição e da circulação de mercadorias, apontando que a noção de justiça se apresenta somente ao deixar intocada a esfera produtiva. A partir disto, tentar-se-á trazer à tona o modo como, em Marx, há uma relação entre a noção e o modo de produção capitalista, a qual é explicitada ao se tratar da conformação objetiva do trabalho abstrato e da forma de equalização baseada nela e existente na sociedade capitalista. Por fim, restará clara a crítica de Marx à noção de justiça, frazendo-se à tona a inseparabilidade entre a esfera jurídica e a primeira.

Palavras-chave

Marx. Justiça. Crítica ao Direito

NOTES ON JUSTICE IN MARX

Abstract

We intend to analyze Marx's relation with the matter of Justice. First, it is key to show how that sphere is intimately related to the distribution and the circulation of commodities. According to Marx, it occurs as long as production itself is not actually analyzed. It is presupposed. After that, we will make explicit the relation between abstract work and the form of equality present in the capitalist society. In the end, it will be clear that Marx is a critic of Justice and sees it as inseparable from the juridical sphere.

Keywords

Marx. Justice. Critic of Law

1. INTRODUÇÃO

Tratar da questão da justiça, de início, parece ser bastante importante para qualquer pessoa que pretenda estabelecer uma relação crítica com o presente. Afinal de contas, o que seria mais essencial para a denúncia das "injustiças sociais" que o desenvolvimento de uma concepção positiva de justiça? Não seria essencial uma contraposição às "injustiças" do presente com base em critérios normativos solidamente consolidados? O presente texto, tendo em

* Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e membro do corpo permanente da Pós-Graduação em Direito da UFMG.

conta estas inquietações, pretende passar pela teorização marxiana sobre o tema. Trata-se de averiguar até que ponto os questionamentos colocados acima são compatíveis com a posição de um autor como Karl Marx.

Para tanto, procuraremos abordar o texto do próprio Marx, tendo em conta a explicitação — em meio à exposição marxiana mesma — das determinações da formação ideal conformada em seu texto. Trata-se de realizar aquilo que José Chasin (2009), na esteira de Lukács (1959), chamou de “análise imanente”. Nela, a consistência autosignificativa do texto deve ser trazida à tona tendo em conta, não centralidade da visão de mundo ou de qualquer *a priori* do intérprete, mas a objetividade mesma dos nexos presentes e existentes nos textos. Assim, procurar-se-á compreender o sentido das categorias marxianas e, com isso, trazer à baila a discussão com a tradição marxista de crítica ao Direito em que, não raro, a valorização da noção de justiça, de um modo ou outro, aparece.

Tal análise, no melhor da tradição reflexiva, encara o texto — a formação ideal — em sua consistência autosignificativa, aí compreendida toda a grade de vetores que o conformam, tanto positivos como negativos: o conjunto de suas afirmações, conexões e suficiências, como as eventuais lacunas e incongruências que o perfeçam. Configuração esta que em si é autônoma em relação aos modos pelos quais é encarada, de frente ou por vieses, iluminada ou obscurecida no movimento de produção do para-nós que é elaborado pelo investigador, já que, no extremo e por absurdo, mesmo se todo o observador fosse incapaz de entender o sentido das coisas e dos textos, os nexos ou significados destes não deixariam, por isso, de existir [...] (CHASIN, 2009, p. 26)

Tendo isto em conta, vale mencionar que nosso texto se organizará da seguinte maneira: em um primeiro momento, procuraremos mostrar que importantes autores que teorizaram sobre o marxismo e sobre a filosofia do Direito acreditaram ser importante a noção de justiça em uma crítica social que parte do autor de *O capital*. Posteriormente, passaremos à análise imanente de algumas passagens centrais do autor sobre o tema, procurando mostrar como que a noção de justiça efetivamente aparece ao pensamento marxiano. Com isto em mente, no texto marxiano, analisaremos a relação entre o modo de produção capitalista, a produção social e a concepção de justiça. Por fim, traremos à tona o modo pelo qual Marx critica as distintas concepções acerca do “justo” e do “injusto” tendo em mente a possibilidade da transformação social real e efetiva.

Neste texto, a partir da análise imanente de textos do próprio Karl Marx, não pretendemos mais do que averiguar a posição marxiana sobre a questão da justiça, procurando uma análise rigorosa da obra do autor alemão. Isto, acreditamos, justifica-se ao passo que, não raro, Marx foi lido por lentes bas-

tante enviesadas e deturpadoras.¹ Neste sentido, o esforço no tratamento criterioso da obra marxiana poderia até mesmo ser importante para que, como quer Lukács (LUKÁCS, 2013), fosse possível uma espécie de “renascimento do marxismo”. Aqui não buscaremos fornecer qualquer tipo de solução ou de opção diante deste “renascimento”; somente procuraremos situar com o devido cuidado a questão da justiça e da equalização em Marx para que, com isto, esteja à disposição uma compreensão que não tome a problemática marxiana por aquela que, de imediato, parece ser a mais pertinente com base no aparato consolidado no marxismo.²

2. O CONTEXTO DA QUESTÃO EM MARX: BREVES APONTAMENTOS SOBRE MARXISMO E JUSTIÇA

É sempre bom lembrar que foi Marx o primeiro a apontar: “a única coisa que sei é que não sou um marxista”. (MARX; ENGELS, 2010, p. 277) A passagem precisa ser vista com muito cuidado, dado que não significa que não seja possível seguir os passos de Marx, como, por exemplo, fez Engels. (Cf. SARTORI, 2015 a) Mas, ao mesmo tempo, traz a impossibilidade de se utilizar aquilo que diz o autor de *O capital* como um modelo acabado no qual a realidade efetiva (*Wirklichkeit*) deveria se adequar: “o método materialista se converte em sua antítese quando é utilizado não como um fio condutor na investigação histórica, mas como um modelo acabado a que há que adaptar os fatos históricos”. (MARX; ENGELS, 2010, p. 119) Deste modo, se, como Engels, procura-se seguir os apontamentos de Marx e do “método materialista”³, não parece haver problema em se autodenominar “marxista”. (Cf. SARTORI, 2015 a) Com isto, trata-se, no marxismo, de uma “investigação histórica” que procede intentando apreender as determinações do próprio concreto — e não se trata

¹ Lukács apontou sobre a questão no final do século XX que “o marxismo, concebido acertadamente, [...] não existe mais. Em seu lugar, temos o stalinismo, e continuaremos a tê-lo ainda por algum tempo.” (LUKÁCS, 1972, p. 32) Para uma análise do campo do Direito a partir do marxista húngaro citado, Cf. SARTORI, 2014.

² Embora a obra marxiana passe pela questão da luta de classes, que, classicamente, apareceu como central ao tratar do Direito e do Estado, a questão da especificidade de cada esfera do ser social (Direito, política, economia, etc.) é central para o autor de *O capital*. Não raro, porém, tal questão foi negligenciada. (Cf. SARTORI, 2016 a)

³ Sobre a questão do “método materialista”, com Chasin, é preciso ressaltar que “se por método se entende uma arrumação operativa, *a priori*, da subjetividade, consubstanciada por um conjunto normativo de procedimentos, ditos científicos, com os quais o investigador deve levar a cabo seu trabalho, então não há um método em Marx.” (CHASIN, 2009, p. 89) E, neste sentido, trata-se de um “método” que busca a apreensão da real tessitura da realidade, e não de “um modelo acabado a que há de se adaptar os fatos”. Vale lembrar que, até certo ponto, foi justamente isto que o stalinismo fez, como apontou dentre outros Lukács, que, neste sentido, disse que, em sua época, “não há mais marxistas. Nós simplesmente não temos uma teoria marxista.” (LUKÁCS, 1972, p. 31)

de uma coisa (*Ding*) carente de mediações, mas da objetividade (*Gegenständlichkeit*), em que “o concreto é concreto porque é síntese de muitas determinações, portanto, unidade do diverso.” (MARX, 1993, p. 101) Para Marx, a questão da justiça só pode aparecer em meio a esta “unidade do diverso” que caracteriza o concreto e que conforma a realidade efetiva. Neste texto, pretendemos, tendo em conta o texto marxiano, e a análise imanente do mesmo, explicitar como isto se dá real e efetivamente no autor de *O capital*.

Uma questão importante a ser levantada antes de enxergar o modo como Marx insere a noção de justiça em meio à conformação do próprio real (*Reale*), no entanto, envolve um passo rumo à compreensão trazida por importantes teóricos que trataram da justiça em meio ao marxismo e à filosofia do Direito. Ou seja, antes de abordar os textos do próprio Marx (e de analisá-los), é bom ver como importantes marxistas enxergaram ou enxergam a questão. Neste sentido, vale a apontar, primeiramente, certa valorização da noção de justiça em um dos mais importantes expoentes do marxismo: Lenin, cujo significado para o século XX foi de grande.

O marxista russo aponta que “o ‘direito igual’ equivale a uma violação da igualdade e da justiça.” (LENIN, 2010, p. 112) Neste sentido, tem-se como ponto de partida a contraposição entre “a igualdade” e a “justiça” de um lado, e o direito igual doutro. Lenin, assim, critica a concepção de igualdade jurídica e diz que, em verdade, ela não traz a “igualdade” e a “justiça”, mas a “violação” das mesmas.⁴ Segue, neste sentido, os apontamentos do próprio Marx ao tecer uma crítica decidida ao “direito igual” — “entre direitos iguais decide a força” (MARX, 1996, p. 349) — e à correlação entre igualdade jurídica e de desigualdade social. (Cf. SARTORI, 2015 b) No entanto, traz Lenin uma valorização da noção de justiça. No limite, tem-se a possibilidade de se opor “direito igual” e a “justiça”. Sobre este ponto, outro importante marxista, Pachukanis, tem discordâncias substantivas:

Eis que o próprio conceito de justiça deriva da relação de troca e fora dela não tem sentido. No fundo, o conceito de justiça não contém, essencialmente, nada de novo com relação ao conceito

⁴ Para uma crítica da noção de igualdade jurídica, Engels pode ser de grande ajuda, contrapondo a esta a “igualdade social e econômica” (ENGELS, 1990) O autor aponta que “a emancipação dos entraves feudais e a implantação da igualdade jurídica, pela abolição das desigualdades do feudalismo, eram um postulado colocado na ordem do dia pelo progresso econômico da sociedade, e que depressa alcançaria grandes proporções.” (ENGELS, 1990, p. 89) Posteriormente, diz que “o verdadeiro conteúdo do postulado da igualdade proletária é a aspiração de alcançar a abolição das classes. Qualquer outra aspiração de igualdade que transcendesse a tais limites desborda, necessariamente, para o absurdo.” (ENGELS, 1990, p. 90) Por fim, tratando dos acontecimentos que ocorrem na esteira da Revolução francesa, aponta o autor que “levantando o postulado da igualdade social e econômica, e, a partir dessa época, a igualdade se converte no grito de guerra do proletariado.” (ENGELS, 1990, p. 89) Para uma análise cuidadosa da questão, cf. SARTORI, 2016 b. Sobre o tema da igualdade jurídica, ainda têm-se importantes estudos que partem de Pachukanis (1989), com aqueles de Márcio Naves (2000, 2014) e de Celso Kashiura (2009, 2014)

de igualdade de todos os homens anteriormente analisado. Eis a razão por que é ridículo ver contido na ideia de justiça qualquer critério autônomo e absoluto. (PACHUKANIS, 1988, p. 112-113)

Lenin certamente se oporia a ver na “ideia de justiça qualquer critério autônomo e absoluto”. No entanto, ao passo que o autor de *Estado e revolução* opõe o conceito de igualdade que aparece na esfera jurídica à “justiça”, Pachukanis faz o oposto: aponta que tanto a igualdade que Lenin critica quanto o “conceito de justiça” têm origem na mesma esfera e são indissolúveis das vicissitudes da mesma.⁵ Deste modo, seria impossível opor justiça e o “direito igual”: como visto acima, “no fundo, o conceito de justiça não contém, essencialmente, nada de novo com relação ao conceito de igualdade de todos os homens”. Neste sentido, mesmo dentro de grandes expoentes do marxismo, há discordância sobre o tema que aqui pretendemos analisar nos textos de Marx. Uma questão importante sobre aquilo que tratamos aqui aparece neste momento: os dois autores mencionados concordariam que é impossível ver na “ideia de justiça qualquer critério autônomo e absoluto”; no entanto, seria possível algo como uma concepção de justiça que não a colocasse como um “critério autônomo e absoluto”? Seria possível uma concepção comunista de justiça? Seria possível uma concepção classista e anticapitalista de justiça?⁶

3. POR UMA CONCEPÇÃO MARXISTA DE JUSTIÇA?

A resposta à questão colocada acima, no que depende de alguns dos envolvidos na filosofia do Direito, usualmente é respondida de modo positivo.

⁵ Neste texto, não tratemos da tese pachukaniana acerca da ligação entre o Direito e a circulação e mercadorias. Para uma defesa da tese, Cf. KASHIURA, 2009 e NAVES, 2000. Para uma crítica do modo como Pachukanis estabelece a relação, Cf. CASALINO, 2011, 2015. Uma posição mais nuancada encontra-se em SARTORI, 2015 c.

⁶ Um importante autor brasileiro certamente responderia positivamente a estes questionamentos. Veja-se o que diz Roberto Lyra Filho: “justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses.” (LYRA FILHO, 1982, p. 120-121) Interessante notar que mesmo um autor bastante crítico quanto ao Direito como Joelton Nascimento (influenciado pela “nova crítica do valor”) chega a trazer certa valorização da noção de justiça: “todos os sonhos de justiça sonhados pelos juristas só poderão ser salvos quando nos colocarmos contra aqueles que repudiam hoje seus fiéis depositários. A tentação de colocar todas as aspirações de justiça e de dignidade na forma jurídica e pleitear sua execução pelo Estado está fada ao fracasso.” (NASCIMENTO, 2014, p. 277-278) Neste sentido, a importância do tema tratado por nós parece ganhar ainda mais destaque.

De certo modo, para estes autores, uma tematização da justiça a partir de Marx seria não só possível, mas desejável. Naves, de modo bastante coerente com sua posição pachukaniana e althusseriana (Cf. SARTORI, 2015 d), traz uma resposta negativa à questão. No entanto, mesmo um autor bastante influenciados por Pachukanis e por Naves, como Alysson Mascaro, aponta (é verdade que em uma obra com fins didáticos) que um problema sério se conformaria por haver uma espécie de “filósofo do Direito” bastante criticável: aquele coinvcente, direta ou indiretamente com as vicissitudes do capitalismo. Contra esta posição seria preciso a emergência de um “filósofo do direito pleno”, sendo que para Mascaro: “o filósofo do Direito pleno é aquele que, de posse do conhecimento filosófico, amplia os horizontes de seu tempo. Virulento contra as injustiças, aponta para o justo que ainda não existe.” (MASCARO, 2012, p. 17) Ou seja, aquele que tratasse da filosofia do Direito de modo efetivamente crítico, ou seja, também como um crítico da sociedade capitalista, colocar-se-ia “contra as injustiças” e, no limite, traria inclusive uma concepção que “aponta para o justo que ainda não existe”. A valorização da noção de justiça (mesmo que para fins de um manual) é bastante clara e vai no sentido oposto de Pachukanis, autor que Mascaro valoriza e, em medida considerável, procura seguir.

Apontamos este fato para deixar clara a força que ainda possui a noção de justiça entre importantes pensadores. Claro, não trataremos dos meandros da obra destes pensadores, dado que, aqui, trata-se de verificar, a partir da análise imanente do texto marxiano, como que o próprio Marx passa pela questão. Vale notar, no entanto, que autores nacionais importantes trazem certa valorização, que se pretende marxista (ou com influência marxista), da noção de justiça. Talvez o caso mais claro em que isto aconteça seja o de Roberto Lyra Filho, autor bastante inspirado pela obra marxiana, mas que procura desvincilar-se do apego à letra do texto marxiano. Somente para que ilustremos a questão, vale dizer que mesmo ao se tratar da definição do que seria Direito, diz o autor: “as relações entre Direito e Justiça constituem aspecto fundamental de nosso tema e, também ali, muitas nuvens ideológicas recobrem a nua realidade das coisas.” (LYRA FILHO, 1982, p. 8) Ou seja, na própria compreensão do Direito seria essencial trazer à tona a justiça, tendo-se que “Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência.” (LYRA FILHO, 1982, p. 120)⁷ Ou seja, seria inclusive desejável

⁷ A passagem continua no seguinte sentido: “onde está a Justiça no mundo? —, pergunta-se. Que Justiça é esta, proclamada por um bando de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de “juristas”, deixando que estes devorem o povo? A Justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada. Isto é negação da Justiça, uma negação que lhe rende, apesar de tudo, a homenagem de usar seu nome, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o “direito” deles não está cuidando de ser justo. Porém, onde fica a Justiça verdadeira? Evidentemente, não é cá, nem lá, não é nas leis (embora às vezes nelas se misture, em maior ou menor grau); nem é nos princípios ideais, abstratos (em-

uma oposição entre o Direito capitalista e a justiça. Tratar-se-ia, ao fim, de um ponto de partida crítico para a própria compreensão anticapitalista.

4. PRODUÇÃO SOCIAL COMO MOMENTO PREPONDERANTE: A CRÍTICA MARXIANA À “JUSTIÇA DAS TRANSAÇÕES” E À AUTONOMIZAÇÃO DA ESFERA DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo traçado este pequeno panorama, vale a pena passarmos à análise das próprias passagens em que Marx aborda o tema de nosso escrito. Para tanto, é preciso ter em conta que Marx fala da esfera econômica de modo a buscar apreender a sua especificidade e complexidade. Se é verdade que, para o autor de *O capital*, “a anatomia da sociedade civil-burguesa deve ser procurada na economia política” (MARX, 2009, p. 47), é igualmente verdadeiro que esta própria “anatomia” é bastante criticada pelo autor (Cf. SARTORI, 2015 c) e também tem-se que a estruturação das diversas esferas desta “anatomia” é bastante imbrincada.⁸ Trata-se da complexa relação existente entre produção, distribuição, troca e consumo, exposta por Marx de modo bastante próximo, embora distinto, ao que ocorre no silogismo hegeliano.⁹ (Cf. SARTORI, 2014) Há portanto, uma clara interpenetração entre as diversas esferas do campo econômico, as quais, assim, colocam-se como determinações reflexivas (*Reflexionsbestimmungen*), não podendo ser dissociadas, ao mesmo tempo em que a relação interna ao campo econômico não é simplesmente contingente (Cf. CHASIN, 2009), tendo-se a produção como algo que dá a tônica da esfera, dado que para Marx a própria conformação dos indivíduos e das relações sociais tem o momento da produção por preponderante: “o que os indivíduos são [...] depende das condições materiais de sua produção, coincide, pois, com sua

bora às vezes também algo dela ali se transmita, de forma imprecisa): a Justiça real está no processo histórico, de que é resultante, no sentido de que é nele que se realiza progressivamente.” (LYRA FILHO, 1982, p. 120)

⁸ É central compreender tal questão já que, para Marx, “a totalidade destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida intelectual, político e social.” (MARX, 2009, p. 47)

⁹ Marx aponta o seguinte: “produção, distribuição, troca e consumo constituem assim um autêntico silogismo; a produção é a universalidade, a distribuição e a troca, a particularidade, e o consumo, a singularidade na qual o todo se unifica. Esta é certamente uma conexão, mas uma conexão superficial. A produção é determinada por leis naturais universais; a distribuição, pela casualidade social, e pode, por isso, ter um efeito mais ou menos estimulante sobre a produção; a troca interpõe-se entre ambos como movimento social formal; e o ato conclusivo do consumo, concebido não apenas como fim, mas também como finalidade propriamente dita, situa-se propriamente fora da economia, exceto quando retroage sobre o ponto de partida e enceta de novo todo o processo.” (MARX, 2011, p. 62)

produção, tanto com o que produzem como também com o modo como produzem." (MARX; ENGELS, 2007, p. 87)¹⁰ O ponto de partida marxiano é o caráter autoprodutivo dos homens (Cf. MARX, 2004) e, neste sentido, a esfera produtiva possui um importante destaque. Justamente a relação entre esta esfera e as demais esferas do campo econômico é o tema central da obra magna do autor. Neste sentido, desvendar a "anatomia da sociedade civil-burguesa" não é simples.

Trata-se de abordar a relação de interpenetração e de codeterminação das esferas do ser social sem que se deixe de perceber que, ao final, se tem um "um processo no qual a produção é o ponto de partida efetivo, e, por isso, também o momento predominante [*übergreifende Moment*]". (MARX, 2011, p. 68)¹¹ Ou seja, a produção é central justamente por ser um "ponto de partida efetivo" no sentido de que "esta última é o ponto de partida da realização [do processo global de produção — VBS] e, por essa razão, também seu momento predominante, o ato em que todo o processo transcorre novamente." (MARX, 2011, p. 68) A questão aparece como central para nosso tema. Isto se dá porque ao tratar da questão da justiça, Marx não tardará a ironizar "fraseologia da 'distribuição justa'" (MARX, 2012, p. 28) enfatizando justamente a impossibilidade de se tratar da esfera da distribuição como faz a "economia política", que aborda a esfera produtiva como algo que sempre foi e sempre será marcada pelas mesmas leis: "na distribuição, em troca, a humanidade deve ter se permitido de fato toda espécie de arbítrio". (MARX, 2011, p. 59) Para Marx, tratar da "justiça distributiva", mais precisamente da "justiça das transações" (MARX, 1986 a, p. 256) e da "distribuição 'justa'" (MARX, 2012, p. 28), seria algo bastante temerário ao se deixar de lado a compreensão real e efetiva da esfera produtiva. E, neste sentido, diz Marx em *O capital*:

A justiça das transações que se efetuam entre os agentes da produção baseia-se na circunstância de se originarem das relações de

¹⁰ Veja-se a passagem completa de Marx, a qual deixa clara a relação entre a atividade, as relações materiais e o caráter autoprodutivo do homem, o qual faz com que, efetivamente, distingam-se dos animais em seu próprio processo constitutivo: "pode-se distinguir os homens dos animais pela consciência, pela religião ou pelo que se queira. Mas eles mesmos começam a se distinguir dos animais tão logo começam a produzir seus meios de vida, passo que é condicionado por sua organização corporal. Ao produzir seus meios de vida, os homens produzem, indiretamente, sua própria vida material. O modo pelo qual os homens produzem seus meios de vida depende, antes de tudo, da própria constituição dos meios de vida já encontrados e que eles têm de reproduzir. Esse modo de produção não deve ser considerado meramente sob o aspecto de ser a reprodução da existência física dos indivíduos. Ele é, muito mais, uma forma determinada de sua atividade, uma forma determinada de exteriorizar (*aussern*) sua vida, um determinado modo de vida desses indivíduos. Tal como os indivíduos exteriorizam (*aussern*) sua vida, assim são eles. O que eles são produzem como também com o modo como produzem. O que os indivíduos são, portanto, depende das condições materiais de sua produção coincide, pois, com sua produção, tanto com o que produzem como também com o modo como produzem. O que os indivíduos são, portanto, depende das condições materiais de sua produção." (MARX; ENGELS, 2007, p. 87) Para uma análise cuidadosa da citação, Cf. LUKÁCS, 2013.

¹¹ Sobre a noção de momento preponderante, Cf. LUKÁCS, 2013, 2012, 2010 e CHASIN, 2009.

produção como consequência natural. As formas jurídicas em que essas transações econômicas aparecem como atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos cuja execução pode ser imposta à parte individual por meio do Estado não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo. Elas apenas o expressam. Esse conteúdo será justo contanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. E injusto, assim que o contradisser. A escravatura, na base do modo de produção capitalista, é injusta; da mesma maneira a fraude na qualidade da mercadoria. (MARX, 1986 a, p. 256)

O autor de *O capital* é bastante crítico quanto à tentativa de buscar contrapor a “justiça das transações” às vicissitudes decorrentes das consequências das “transações” que se dão na esfera da circulação de mercadorias. Quanto a isso, desde logo, é necessário deixar claras duas questões: primeiramente, é preciso ressaltar que a esfera da circulação de mercadorias certamente tem influência na distribuição da riqueza no modo de produção capitalista (produção, distribuição, circulação, troca e consumo são indissociáveis nesta sociedade); no entanto, isto se dá ao passo que a “justiça das transações”, como a própria distribuição de riqueza, traz como momento preponderante a produção social.¹² Marx é claro: “a própria distribuição é um produto da produção, não só no que concerne ao seu objeto, já que somente os resultados da produção podem ser distribuídos, mas também no que concerne à forma” (MARX, 2011, p. 70), tendo-se a impossibilidade de se ter a distribuição e a circulação de mercadorias como capazes de “determinar esse conteúdo”, “já que o modo determinado de participação na produção determina as formas particulares da distribuição, a forma de participação na distribuição.” (MARX, 2011, p. 70) Ou seja, por mais que exista uma indissociabilidade entre as distintas figuras que compõem o processo global de produção, tem-se as determinações objetivas e materiais da produção como algo que traz limites reais ao campo de alternativas colocadas na própria realidade (Cf. LUKÁCS, 2012). Um segundo aspecto a ser trazido à tona diz respeito à impossibilidade de se passar pela análise da questão da “justiça” ou da “injustiça” na citação mencionada sem que se perceba que a circulação de mercadorias mesma está marcada por uma equação

¹² Veja-se Marx sobre o assunto ao passar pela questão do consumo: “o importante aqui é apenas destacar que, se produção e consumo são considerados como atividades de um sujeito ou de muitos indivíduos, ambos aparecem em todo caso como momentos de um processo no qual a produção é o ponto de partida efetivo, e, por isso, também o momento predominante [*übergreifende Moment*]. O próprio consumo, como carência vital, como necessidade, é um momento interno da atividade produtiva. Mas esta última é o ponto de partida da realização e, por essa razão, também seu momento predominante, o ato em que todo o processo transcorre novamente. O indivíduo produz um objeto e retorna a si ao consumi-lo, mas como indivíduo produtivo e que se autorreproduz. O consumo aparece, assim, como momento da produção.” (MARX, 2011, p. 68)

entre vontades, contratos e figuras inerentes à esfera jurídica capitalista, como a propriedade privada. (Cf. SARTORI, 2015 b; PACHUKANIS, 1989) Estes dois aspectos — relacionados — fazem com que, em verdade, seja bastante difícil tratar da questão da justiça em Marx sem que se passe pelo modo pelo qual o autor trata da questão do Direito. (Cf. SARTORI, 2016 a) Este aspecto ficará claro ao final deste texto.

Ao tratar das determinações objetivas trazidas pela esfera da produção, Marx, inclusive, aponta que a “justiça das transações” passa necessariamente por “agentes da produção”. Eles, portanto, não podem ser retirados de campo ao se tratar do tema — neste sentido, falar de “justiça” e de uma “distribuição justa” seria uma espécie de “fraseologia” já que, ao fazê-lo, deixar-se-ia de lado justamente os “agentes da produção” enquanto conformadores das determinações do conteúdo que seria trazido à esfera da distribuição e da circulação. Ou seja, a tematização da “justiça das transações” traria à tona justamente a posição (*Standpunkt*) da economia política (LOPES, 2010), em que, correlata à possibilidade de se utilizar o padrão da justiça (e não da lei do valor, inseparável da subsunção do trabalho ao capital) na esfera de distribuição de mercadorias que se encontra subsumida ao capital, ter-se-ia a compreensão da produção capitalista enquanto algo eterno e imutável: “para os economistas [...] a produção deve ser representada — veja, por exemplo, Mill —, à diferença da distribuição etc., como enquadrada em leis naturais eternas, independentes da história, oportunidade em que as relações burguesas são furtivamente contrabandeadas como irrevogáveis leis naturais da sociedade *in abstracto*. ” (MARX, 2011, p. 59) Neste sentido preciso, somente seria possível ter por central a questão da justiça ao se ignorar o essencial, o fato de que “o que os indivíduos são [...] coincide, pois, com sua produção”. Portanto, falar de justiça das transações tentando impor uma espécie de parâmetro normativo a partir de uma concepção de justiça, seria, ao final, segundo Marx, considerar, tal qual a economia vulgar (Cf. MARX, 2009), que “na distribuição [...] a humanidade deve ter se permitido de fato toda espécie de arbítrio.”

Ou seja, na crítica marxiana à economia política há uma forte crítica à hipostasia da esfera distributiva. Com esta crítica, tem-se, igualmente, uma forte tomada de posição contrária àqueles que pretendem se apoiar em algo como a busca de uma “justiça das transações”.

Justamente o ímpeto voluntarista destes representantes da economia vulgar teria como contrapartida o fato de que esta “justiça”, ao fim, “baseia-se na circunstância de se originarem das relações de produção como consequência natural.” Ou seja, a busca da implementação da justiça no campo da distribuição e da circulação de mercadorias traria um ímpeto díplice: de um lado, certa vontade de controlar conscientemente o âmbito econômico (Cf. ENGELS, 2015); doutro lado, porém, este ímpeto é bastante frágil, já que se baseia

na submissão diante dos imperativos produtivos que marcam o modo de produção capitalista. Isto acontece, primeiramente, porque a justiça mesma que é buscada, segundo Marx, em transações que configuram-se como tais ao “se originarem das relações de produção como consequência natural.” Um segundo aspecto vem à tona ao passo que, com isso — quer se queira, quer não — na medida mesma em que se opõem a sintomas do modo de produção capitalista, os defensores da “justiça das transações”, tal qual a economia vulgar, segundo Marx, procedem de modo que “as relações burguesas são furtivamente contrabandeadas como irrevogáveis leis naturais da sociedade *in abstracto*.”

A passagem acima, porém, ainda traz outro aspecto bastante importante a ser analisado.

Trata-se do fato de que as mediações que seriam essenciais para a “justiça das transações” serem bastante peculiares. Tem-se como algo central o Direito e o Estado que, para Marx, colocam-se, em verdade, como “simples formas”. Ou seja, o campo em que se coloca “justiça das transações” é também perpassado pelo “terreno do Direito”, bastante criticado por Marx e por Engels. (Cf. SARTORI, 2015 b) Marx fala das “formas jurídicas” de modo claramente crítico, já que as mesmas, na medida mesma em que pretendem ser o determinante, são incapazes de trazer novas determinações ao conteúdo que veiculam.¹³ Neste sentido, a passagem acima analisada deixa bastante clara a posição marxiana segundo a qual “as relações jurídicas, bem como as formas de Estado, não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano” (MARX, 2009, p. 47); antes, como aponta o autor em um texto bastante conhecido:

Essas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em suas totalidades, condições estas que Hegel, a exemplo dos ingleses e dos franceses do século 18, compreendida sob o nome “sociedade civil-burguesa”. (MARX, 2009, p. 47)

Ao trazer o ímpeto de o Direito e o Estado determinarem real e efetivamente o próprio conteúdo, a posição que valoriza a noção de justiça realizaria uma inversão inadmissível para Marx (Cf. SARTORI, 2014), inversão esta já denunciada pelo autor de *O capital* ao criticar, ainda em 1843, a filosofia do

¹³ Importante destacar aqui que o tratamento marxiano fala de “formas jurídicas” e não da “forma jurídica”. Destacamos a questão porque a teorização pachukaniana (Cf. PACHUKANIS, 1989) é bastante influente na leitura da obra marxiana de modo que importantes autores que tratam da obra marxiana tendem a se balizar pelo tratamento do autor da *Teoria geral do Direito e o marxismo*. Para uma análise cuidadosa de Marx com esta perspectiva, Cf. NAVES, 2014. Para algumas ressalvas sobre este tratamento, Cf. SARTORI, 2015 e.

Direito hegeliana. (Cf. MARX, 2005)¹⁴ Ao enfocar nas “formas jurídicas”, bem como no Estado, estar-se-ia dando uma autarquia inexistente ao Estado e ao Direito para que, depois de conceder por meio da teoria o que não existe na realidade efetiva, se tentasse modificar a realidade efetiva com base em um critério incompatível com ela e apreendido de modo mais ou menos especulativo.¹⁵ Esta posição, a posição daqueles que presam pela “justiça das transações”, levaria, segundo Marx, em verdade, ao seu oposto: longe de estas formas (Direito e Estado) conseguirem modificar a realidade efetiva, elas “apenas expressam o conteúdo” que estivesse de acordo com determinado modo de produção: Marx aponta sobre estas formas na passagem acima sobre a “justiça das transações” que “elas apenas o expressam. Esse conteúdo será justo quanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. E injusto, assim que o contradisser.”

5. UMA ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA SOBRE AS “FORMAS IDEOLÓGICAS” E SOBRE AS “FORMAS” EM MARX

A questão, sobre a qual Marx marca posição acima, porém, precisa ser vista com bastante cuidado. Isto se dá porque, como já mencionamos, não há uma relação mecânica e epifenomênica entre o Direito e o Estado de um lado e as relações econômicas de outro. (Cf. LUKÁCS, 2013; CHASIN, 2009) As “formas jurídicas” e o Estado, mesmo que como “simples formas”, têm um efeito bastante importante na tomada de consciência daqueles que, por meio de sua atividade, ao final, “fazem a própria história”.¹⁶ Trata-se, certamente, de formas indissolúveis dos conflitos sociais que perpassam as “condições reais de

¹⁴ Também neste sentido, ao contrário do que apontam Althusser (1979 a; 1979 b) e Naves (2014), bem como aqueles que, no Brasil, os seguem, acreditamos haver continuidades decisivas na obra marxiana.

¹⁵ Trata-se de opor uma abstração criada de modo irrazoável à realidade efetiva mesmo. Este procedimento já foi bastante criticado por Marx e Engels, que, na *Sagrada Família* apontam como esta inversão é inadmissível, ao mesmo tempo que bastante comum entre os neohegelianos da época: “quando, partindo das maçãs, das peras, dos morangos, das amêndoas reais eu formo para mim mesmo a representação geral ‘fruta’, quando, seguindo adiante, imagino comigo mesmo que a minha representação abstrata ‘a fruta’, obtida das frutas reais, é algo existente fora de mim e inclusive o verdadeiro ser da pera, da maçã etc., acabo esclarecendo — em termos especulativos — ‘a fruta’ como a ‘substância’ da pera, da maçã, da amêndoas, etc. Digo, portanto, que o essencial da pera não é o ser da pera, nem o essencial da maçã é o ser da maçã. Que o essencial dessas coisas não é sua existência real, passível de ser apreciada através dos sentidos, mas sim o ser abstruído por mim delas e a elas atribuído, o ser da minha representação, ou seja, ‘a fruta’. É certo que meu entendimento finito, baseado nos sentidos, distingue uma maçã de uma pera e uma pera de uma amêndoas, contudo minha razão especulativa considera esta diferença sensível algo não essencial e indiferente. Ela vê na maçã o mesmo que na pera e na pera o mesmo que na amêndoas, ou seja ‘a fruta’. As frutas reais e específicas passam a valer apenas como frutas aparentes, cujo ser real é ‘a substância’, ‘a fruta’.” (MARX; ENGELS, 2003, p. 72)

¹⁶ Segundo Marx, “os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas opõe como um pesadelo o cérebro dos vivos.” (MARX, 1997, p. 21)

existência” e que se encontram na sociedade civil-burguesa. Deste modo, Marx trata com precisão da questão ao dizer que se têm “formas ideológicas, sob as quais os homens adquirem consciência desses conflitos” (MARX, 2009, p. 46), entre elas, as “formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas e filosóficas”. (MARX, 2009, p. 46) Assim, não é indiferente, dentro dos limites do modo de produção capitalista, se algo é visto como “injusto”, “antijurídico”, ou contrário a qualquer espécie de “razão de Estado”.

Ou seja, a questão da “justiça” ou da “injustiça”, de certo modo, pode ter importância na tomada de consciência acerca da existência mesma de determinados conflitos sociais.

Ao mesmo tempo, a resposta real e efetiva aos problemas que aparecem e se apresentam ao homem nestas esferas, segundo o autor de *O capital*, é trazida pelo modo pelo qual, ao final, os homens tomam posição diante da conformação objetiva da sociedade civil-burguesa em meio ao conteúdo específico dos conflitos e dos antagonismos classistas.¹⁷ Ou seja, as “formas jurídicas”, bem como a mediação do Estado, podem ser essenciais em determinados momentos para que os homens adquiram consciência acerca da necessidade de uma tomada de posição diante dos conflitos sociais. E, assim, mesmo que como um primeiro passo, até certo ponto, de acordo com Marx, pode ser importante que alguém tome consciência acerca das “injustiças” do capitalismo. Isto, porém, traria consigo um duplo aspecto: ao mesmo tempo em que percebe-se de problemas sociais, segundo Marx, caso se permaneça neste nível de percepção, fica-se cego diante das verdadeiras raízes dos problemas sociais. Aqui, destacamos este aspecto. Porém, não o enfocaremos. Para fazê-lo, seria central um embate entre as fundamentações de importantes marxistas do século XX, como Lukács e Bloch, bem como um posicionamento acerca das distintas posições destes autores frente aos direitos do homem, ao Direito natural e à utopia. Como já mencionado, somente abordamos o texto de Marx neste texto — procurando realizar a análise imanente do mesmo —, embora as questões que apareçam no texto marxiano possam ser desenvolvidas.

6. VONTADE, POLÍTICA, DIREITO E JUSTIÇA: RUMO À RELAÇÃO ECONÔMICA MESMA

Para os fins daquilo que aqui tratamos, podemos dizer que a questão acerca do Estado, do Direito e da relação destes com a noção de justiça, em Marx, passa pelos meandros da própria noção de vontade, bem como pelos

¹⁷ Como aponta Engels: “o despertar da noção de que as instituições sociais existentes são irracionais e injustas, de que ‘a razão é contrassenso, o bem se torna injúria’ é apenas um indício de que, nos métodos de produção e nas formas de troca, ocorrem mudanças totalmente salientes, com as quais a ordem social moldadas para as condições econômicas anteriormente não combina mais.” (ENGELS, 2015, p. 304)

percacos desta. E, se falamos das formas jurídicas, bem como do Estado, é preciso que se aborde, mesmo que brevemente, tanto o aspecto jurídico quanto o aspecto político. Sobre o último, tem-se, segundo Marx, certa tensão entre sociedade civil-burguesa e Estado ao mesmo tempo em que, em verdade, não seria possível que o Estado efetivamente conseguisse reconciliar os antagonismos que marcam a primeira. (Cf. SARTORI, 2016 a) Quanto à relação entre vontade e política, aponta Marx nas *Glossas marginais* que “quanto mais unilateral, isto é, quanto mais perfeito é o intelecto político, tanto mais ele crê na onipotência da vontade e tanto mais é cego frente aos limites naturais da vontade” (MARX, 2010 a, p. 62) Percebe-se, pois, que, para o autor, a crença na “onipotência da vontade” teria como correlato a onipotência diante dos “limites naturais da vontade”. Ou seja, ter-se-ia, com a política que se pretende resolutiva¹⁸ (Cf. COTRIM, 2010), certa forma de hispostasia da esfera política, de tal modo que a política mesma se conformaria ao se ter certa convergência entre a “perfeição” do “intelecto político” e unilateralidade: segundo Marx, o “intelecto político” não deixa de apreender a real conformação da sociedade civil-burguesa por um mero acidente, mas por sua própria conformação objetiva em que sua “perfeição” se coloca ao passo que “tanto mais é incapaz de descobrir a fonte dos males sociais.” (MARX, 2010 a, p. 62) A vontade política que se volte contra as “injustiças sociais”, ao se colocar como o “mais perfeito” intelecto político, passa longe de explicitar as contradições sociais que dão base às vicissitudes da sociedade capitalista; antes, segundo Marx, tem-se certa “cegueira”, de tal modo que a vontade política, e o intelecto político, que não negam suas próprias bases, e que podem procurar buscar a realização da justiça, não têm uma capacidade de transformar real e efetivamente a tessitura social; antes, até certo ponto, tem-se o oposto. (Cf. CHASIN, 2009)

Ou seja, a relação entre a esfera da política e a vontade se dá ao passo que, se a política pretende ter dotes demiúrgicos, ela se coloca de modo bastante unilateral.¹⁹ Para Marx, o meio pelo qual se tem uma imposição “à parte individual” de algo colocado previamente como o fruto de uma vontade passa pelo Estado já que a “vontade dos participantes” da comunidade política, bem

¹⁸ Esta ressalva é bastante importante. Não estamos dizendo aqui que a política, por natureza, fique adstrita a estes limites colocados por Marx. Ela, enquanto é incapaz de remeter para além de si mesma, o faria. Ou seja, tal qual Chasin (2009), acreditamos que há em Marx uma valorização da política enquanto “metapolítica”, e não enquanto uma esfera resolutiva das questões sociais. Isto se dá até mesmo porque o homem da esfera política, o cidadão, coloca-se como tal somente tendo “sido privado da sua vida individual real e preenchido com uma universalidade irreal.” (MARX, 2010 b, p. 40) Para que não se oponha a nossa posição que ela é restrita ao “jovem Marx”, vale citar a passagem do *Manifesto* em que é clara em Marx e Engels a crítica ao próprio “caráter político” do “poder público”: “quando, no curso do desenvolvimento, desaparecerem os antagonismos de classes e toda a produção for concentrada nas mãos dos indivíduos associados, o poder público perderá seu caráter político. O poder político é o poder organizado de uma classe para a opressão de outra.” (MARX; ENGELS, 1998, p. 59)

¹⁹ Sobre algumas diferenças essenciais entre a política e esfera jurídica em Marx, Cf. SARTORI, 2016 a.

como da sociedade civil-burguesa, em verdade, “pode ser imposta à parte individual por meio do Estado”. Ou seja, a política — tomada como uma instância de reconciliação dos conflitos sociais — seria um elo intermediário para que fosse possível algo como a “justiça das transações”. E, como já se viu, a equação entre a vontade e a política que pretenda ser resolutiva dos problemas sociais é, em Marx, no mínimo, bastante problemática. (Cf. CHASIN, 2009; SARTORI, 2015 c) A relação explicitada por Marx, em *O capital*, entre as formas jurídicas, o Estado e a justiça, pois, dá-se ao passo que, mesmo que o “intelecto político” possa trazer uma revolta legítima contra as “injustiças” sociais, ele, em sua conformação mesma, e em sua “perfeição”, coloca-se de modo tanto mais completo e pleno, “tanto mais é incapaz de descobrir a fonte dos males sociais.” (MARX, 2010 a, p. 62) Como bem coloca Lívia Cotrim sobre Marx, “longe de ser resolutiva, a politicidade é parte do problema a ser resolvido.” (COTRIM, 2010, p. 25) Este aspecto está em consonância com a passagem de *O capital* que analisamos sobre a “justiça das transações”. Portanto, cabe agora analisar também a relação existente entre a vontade que se apresenta na esfera jurídica e a conformação de uma tentativa de se opor às vicissitudes da sociedade capitalista com base na “justiça das transações”.

Para que se faça isso, é necessário ficar atento a algumas determinações presentes nas “formas jurídicas”. Antes de mais nada, é necessário dizer que os “atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos” (MARX, 1996, p. 79) são essenciais neste meandro de tal modo que as formas jurídicas por eles são perpassados. Vejamos.

Segundo Marx, em meio à “anatomia da sociedade civil-burguesa”, a relação jurídica tem efetividade ao passo que “apenas mediante um ato de vontade comum a ambos” (MARX, 1996, p. 79) os homens que se colocam como “agentes da produção” de tal modo que, em verdade, o “conteúdo” que Marx menciona na passagem é veiculado pelas formas jurídicas por meio um modo específico de reconhecimento que passa pelo conteúdo econômico e pela conformação da personalidade dos homens, não só enquanto “agentes da produção”, mas como “guardiões de mercadorias”. (Cf. SARTORI, 2016 a) Neste sentido, a vontade tem uma ligação com as relações jurídicas somente ao passo que aqueles que têm sua atividade mediada pelo Direito se colocam do seguinte modo: “eles devem [...] reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados”. (MARX, 1996, p. 79) Ou seja, tanto no caso da política como no caso do Direito, a vontade é um elo mediador importante. No entanto, ela somente opera por meio das “formas” ao tomar o “conteúdo” como algo, ao mesmo tempo, a ela estranho e que poderia, ilusoriamente, por ela ser determinado de modo unilateral. Tanto com o Direito quanto com o Estado tem-se a impossibilidade do âmbito jurídico e do âmbito político colocarem-se real e efetivamente como demiurgos do real: elas não podem, como se disse acima na passagem sobre a “justiça das transações”, “como simples formas,

determinar esse conteúdo.” E, assim, segundo o autor de *O capital*, a vontade somente aparece por central ao Direito e à política na medida em que o elemento volitivo opera em meio ao conteúdo socioeconômico relativo a determinado modo de produção. A vontade embebida de uma denúncia contra a “injustiça”, pois, não teria como se esquivar da conformação objetiva de determinado modo de produção social. Como aponta Marx, “essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade” (MARX, 1996, p. 79) ao passo que isso não se dá de qualquer modo, mas quando se tem uma vontade “em que se reflete uma relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma.” (MARX, 1996, p. 79) Para o autor, o conteúdo mencionado ao tratar da “justiça das transações” não pode se dar de outro modo que pela “relação econômica mesma”, pois.

Neste sentido específico, Marx subordina a “justiça” ou a “injustiça” daquilo tratado à relação das últimas com a “relação econômica mesma”. Como aponta o autor na passagem já citada acerca da “justiça das transações”: “esse conteúdo será justo contanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. E injusto, assim que o contradisser. A escravatura, na base do modo de produção capitalista, é injusta; da mesma maneira a fraude na qualidade da mercadoria.”²⁰ O autor é claro em sua crítica à noção de justiça, pois. E, neste sentido específico, não parece ser possível, em Marx, uma “concepção alternativa” acerca da mesma. Por mais que, por meio de uma vontade embebida de uma crítica ao presente as “injustiças” possam ser denunciadas de modo vigoroso, tal crítica estaria muito mais ligada à denúncia (legítima, porém, não suficiente) de determinada ordem social do que a uma posição que

²⁰ Algumas das passagens que utilizamos acima (aqueelas do primeiro volume de *O capital*) dizem respeito à relação entre o Direito e a circulação de mercadorias. No entanto, há de se apontar que em um âmbito mais amplo, inclusive aquele dos direitos do homem, a questão se apresenta do mesmo modo em Marx. A seguinte passagem tem relação inseparável com o final do parágrafo: “demonstrou-se como o reconhecimento (*Anerkennung*) dos direitos humanos (*Menschenrechte*) por parte do Estado moderno tem o mesmo sentido que o reconhecimento da escravatura pelo Estado antigo. Com efeito, assim como o Estado antigo tinha como fundamento natural (*Naturbasis*) a escravidão, o Estado moderno tem como base natural a sociedade [civil-]burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*) e o homem da sociedade [civil-]burguesa, quer dizer, o homem independente, entrelaçado com o homem apenas pelo vínculo do interesse privado (*Privatinteressen*) e da necessidade natural inconsciente (*bewußtlosen Naturnotwendigkeit*), o escravo do trabalho lucrativo e da necessidade egoísta (*eigennützigen Bedürfnisses*), tanto da própria quanto da alheia. O Estado moderno reconhece (*anerkannt*) essa sua base natural (*Naturbasis*), enquanto tal, nos direitos gerais do homem (*allgemeinen Menschenrechten*). Mas não os criou. Sendo como é, o produto da sociedade burguesa, impulsionada por seu próprio desenvolvimento (*Entwicklung*) até mais além dos velhos vínculos políticos, ele mesmo reconhece, por sua vez, seu próprio local de nascimento e sua própria base mediante a proclamação dos direitos humanos.” (MARX; ENGELS, 2003, p. 132) Para uma relação entre Direito, política e reconhecimento, Cf. SARTORI, 2016 a.

real e efetivamente se colocasse contra esta ordem e contra o modo concreto pelo qual ela realmente opera.²¹

7. JUSTIÇA, EQUALIZAÇÃO E RELAÇÃO-CAPITAL: A CRÍTICA MARXIANA À PROUDHON

Tratar da questão da justiça fez com que tivéssemos em conta a crítica à certa hipostasia da esfera da distribuição e da circulação de mercadorias, remetendo, assim, à esfera produtiva. Fez com que fosse possível enxergar que, em Marx, o modo pelo qual estas esferas operam passa pela mediação do Estado e das “formas jurídicas”, ao mesmo tempo em que o conteúdo a ser trazido seria expresso, e não determinado, por estes últimos. Deste modo, neste ponto de nossa exposição, é central que alguns apontamentos sobre a relação entre a questão da justiça e o campo da produção sejam feitos. Deve-se ver o modo concreto²² pelo qual a produção social se coloca para que se tenha uma ligação entre aquilo que é “justo” e a própria noção de “equalização”. Pode-se começar com a crítica que faz Marx à relação que estabelece Proudhon entre “justiça eterna” e “equalização”:

O trabalho simples tornou-se o eixo da indústria. Ela supõe que os trabalhos se equalizam pela subordinação do homem à máquina ou pela divisão extrema do trabalho; supõem que os homens se apagam diante do trabalho; que o trabalho tornou-se o balanço do péndulo e tornou-se a medida exata da atividade relativa de dois operários, como o é da rapidez de duas locomotivas. Então, não é preciso dizer que uma hora de um homem vale uma hora de outro homem, mas sim que um homem de uma hora vale outro homem de uma hora. O tempo é tudo, o homem não

²¹ Engels apontou como que o iluminismo, por exemplo, trouxe uma denúncia vigorosa da ordem feudal e, ao mesmo tempo, realizou-se na ordem burguesa: “todas as formas sociais e estatais até então existentes, todas as concepções transmitidas desde tempos antigos foram tidas como irrationais e jogadas no depósito de cacarecos. Até ali, o mundo havia se deixado conduzir meramente por preconceitos; tudo o que havia passado não merecia nada além de comiseração e desprezo. Só agora havia irrompido a luz do dia, o império da razão; a partir daquele momento, a superstição, a injustiça, o privilégio e a progressão dariam lugar à verdade eterna, à justiça eterna, à igualdade baseada na natureza e aos direitos do homem inalienáveis.” (ENGELS, 2015, p. 45-46) Logo depois, aponta o autor a ligação entre tais ideias e a conformação objetiva da sociedade civil-burguesa: “agora sabemos que esse império da razão nada mais era que o império idealizado da burguesia, que a justiça eterna foi concretizada nos tribunais da burguesia, que a igualdade desembocou na igualdade burguesa diante da lei, que como um dos direitos humanos mais essenciais foi proclamada a propriedade burguesa e que o Estado racional, o contrato social de Rousseau, veio e só poderia vir à existência como república democrática, burguesa. Assim como seus predecessores, os grandes pensadores do século XVIII não foram capazes de transpor as barreiras que lhes foram impostas pela época.” (ENGELS, 2015, p. 46)

²² A questão é tratada em *O capital*. Aqui, claro, não passaremos pela totalidade da argumentação presente no livro. Apenas traremos à tona elementos essenciais para que, a partir das passagens de Marx acerca da justiça, seja possível estabelecer uma relação entre a produção social e a questão do justo.

é mais nada; ele é no máximo a carapaça do tempo. Não mais existe a questão da qualidade. A quantidade sozinha decide tudo: hora por hora, jornada por jornada. Mas esta equalização do trabalho não é obra da justiça eterna do Sr. Proudhon; é simplesmente o fato da indústria moderna. (MARX, 2004, p. 49)

A “equalização do trabalho”, que Proudhon tenderia a ver como expressão da “justiça eterna”, em verdade, teria uma íntima relação com a conformação da relação-capital²³ e com “valorização do valor” capitalista, a qual, por seu turno, traria em seu bojo a subsunção real do capital (Cf. MARX, 1971) e seu correlato, o trabalho abstrato.²⁴ (Cf. MARX, 1996) Ou seja, a “equalização” mencionada — e vista como expressão da “justiça eterna” — não teria seu solo noutro lugar que na “anatomia da sociedade civil-burguesa”. Seria essencial ao modo como a questão se coloca, pois, não tanto o ímpeto por qualquer espécie de “justiça social” que se voltasse contra a efetividade da sociedade capitalista; antes, ter-se-ia, com isso, a aceitação de determinadas relações sociais que dão o conteúdo da “relação econômica mesma” numa forma de produção em que se tem o reconhecimento da “autoridade incondicional do capitalista”.²⁵ (Cf. MARX, 2013) Segundo o autor alemão, a “justiça eterna” de Proudhon, pois, passaria pela “equalização” somente porque a base desta última é a conformação da relação-capital e, portanto, da lei do valor. Ela levaria àquilo que Marx chama na *Miséria da filosofia* de “trabalho simples” e que é desenvolvido em *O capital* como um momento do trabalho abstrato, o trabalho que aparece como subsumido ao capital. Para o que tratamos aqui, vale explicitar o significado disto para o campo produtivo: para Marx, o assalariamento

²³ Como aponta Marx: “a relação-capital pressupõe a separação entre os trabalhadores e a propriedade das condições de realização do trabalho. Tão logo a produção capitalista se apoie sob os próprios pés, não apenas conserva tal separação, mas a reproduz em escala sempre crescente. Portanto, o processo que cria a relação-capital não pode ser outra coisa que não o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das suas condições de trabalho, um processo que por um lado transforma os meios sociais de subsistência e de produção em capital, por outro, os produtores imediatos em operários assalariados.” (MARX, 1987, p. 252)

²⁴ Trata-se do trabalho que gera valor e que traz o fato de que, no modo de produção capitalista, “o tempo é tudo, o homem não é mais nada; ele é no máximo a carapaça do tempo. Não mais existe a questão da qualidade.” Veja-se o que diz Marx: “ele adiciona valor ao material por meio de seu trabalho, não como trabalho de fiação ou de carpintaria, mas como trabalho abstrato, trabalho social em geral, e adiciona uma grandeza determinada de valor não porque seu trabalho tenha um conteúdo útil particular, mas porque dura um tempo determinado. Portanto, é por sua qualidade abstrata, geral, como dispêndio de força humana de trabalho, que o trabalho do fandeiro adiciona um valor novo aos valores do algodão e dos fusos, e é em sua qualidade concreta, particular e útil como processo de fiação que ele transfere ao produto o valor desses meios de produção e, com isso, conserva seu valor no produto.” (MARX, 2013, p. 355)

²⁵ Como aponta Marx, “a divisão manufatureira do trabalho supõe a autoridade incondicional do capitalista sobre homens que constituem meras engrenagens de um mecanismo total que a ele pertence; a divisão social do trabalho confronta produtores autônomos de mercadorias, que não reconhecem outra autoridade senão a da concorrência, da coerção que sobre eles é exercida pela pressão de seus interesses recíprocos, assim como, no reino animal, o *bellum omnium contra omnes* [guerra de todos contra todos] preserva em maior ou menor grau as condições de existência de todas as espécies.” (MARX, 2013, p. 534)

e a “indústria moderna” são os verdadeiros agentes da “equalização” que Proudhon valoriza.

Portanto, ao passo que o autor francês critica as vicissitudes da ordem capitalista, ele toma as bases desta própria ordem como critério imutável; segundo Marx, trata-se de uma posição ingênua e que dissocia o indissociável; ao fazê-lo, o autor da *Filosofia da miséria* volta-se contra os sintomas de determinada conformação objetiva da produção sem tocar na produção mesma.²⁶ Proudhon, assim, segundo a crítica de Marx, desconsidera o fato de que “a justiça das transações que se efetuam entre os agentes da produção baseia-se na circunstância de se originarem das relações de produção como consequência natural.”

Esta “equalização” trazida à tona por Proudhon pressuporia justamente o que combate enquanto algo “eterno”; isto ocorreria, inclusive, com recurso a uma espécie de “justiça eterna”, a qual supostamente poderia ser realizada na revolução²⁷: dado que não se poderia separar o “lado bom” e o “lado mal” daquilo que compõem determinada relação (Cf. MARX, 2004), ter-se-ia que o apelo à “justiça” e à “equalização”, em verdade, teria como conteúdo, em meio ao modo de produção capitalista, a redução da atividade do homem ao trabalho abstrato, ao trabalho subsumido ao capital. Isto, no limite, traria consigo a “autoridade incondicional do capitalista sobre homens” (MARX, 2013, p. 355). Com a assalariamento por base da “justiça eterna” e da “equalização” — e, portanto, com a conformação da relação-capital e da lei do valor — tem-se as criticadas vicissitudes da “indústria moderna” aparecendo também em Proudhon. Aquilo contra o qual a noção de justiça se contrapõe, portanto, em verdade, é à sua própria base, que é vista enquanto “eterna”. Segundo Marx, isso faz com que a própria conformação da noção de justiça traga consigo uma cegueira peculiar: trata-se de trazer aquilo que é essencial a terminado sistema

²⁶ Nos *Grundrisse*, Marx destaca a importância que a teorização e a compreensão da natureza da produção ao trazê-la enquanto uma abstração razoável (Cf. CHASIN, 2009): “a produção em geral é uma abstração, mas uma abstração razoável, na medida em que efetivamente destaca e fixa o elemento comum, poupando-nos assim da repetição. Entretanto, esse Universal, ou o comum isolado por comparação, é ele próprio algo multiplamente articulado, cindido em diferentes determinações. Algumas determinações pertencem a todas as épocas; outras são comuns apenas a algumas. [Certas] determinações serão comuns à época mais moderna e à mais antiga. Nenhuma produção seria concebível sem elas.” (MARX, 2011, p. 56)

²⁷ Segundo Engels, Proudhon comete um erro imperdoável ao fazê-lo: “mediante a tradução para o jurídico, ficamos felizmente tão afastados da economia que já só vemos o fenômeno de uma casa poder fazer-se pagar gradualmente várias vezes, por meio do aluguel bruto. Como estamos a pensar e a falar juridicamente, aplicamos a esse fenômeno a medida do direito, da justiça, e descobrimos que ele é injusto, que ele não corresponde à ‘ideia de direito da revolução’, seja isso o que for, e que, por isso, o título jurídico não serve para nada. [...] É-me absolutamente impossível adivinhar o que seja ‘a ideia de direito da revolução’. Proudhon, é certo, faz ‘da revolução’ uma espécie de deusa, portadora e executora da sua ‘justiça’, embora ao fazê-lo caia então no estranho erro de misturar a revolução burguesa de 1789-1794 e a futura revolução proletária.” (ENGELS, 1982, p. 48-49)

produtivo, o modo de produção, como se fosse algo acidental. Tratar-se-ia de buscar a “justiça das transações” ao se supor a relação-capital, o assalariamento, o trabalho abstrato como se não estivessem no âmago da conformação das “injustiças” criticadas. A questão da justiça, pois, aparece de tal modo que se supõe determinada forma mediante a qual se dá a produção, como visto na passagem acima: “os trabalhos se equalizam pela subordinação do homem à máquina ou pela divisão extrema do trabalho; supõem que os homens se apagam diante do trabalho”. Neste sentido, ao se ter em mente a “justiça das transações”, tem-se a “circunstância de se originarem das relações de produção como consequência natural.” Não há como existir qualquer indiferença frente às relações de produção, pois: com a noção de justiça por central, em verdade, como visto na passagem acima, ao fim, se “supõe que os trabalhos se equalizam pela subordinação do homem à máquina ou pela divisão extrema do trabalho”, e, com isso, “o tempo é tudo, o homem não é mais nada; ele é no máximo a carapaça do tempo. Não mais existe a questão da qualidade. A quantidade sozinha decide tudo.”

Ou seja, distribuição, troca e produção, também aqui, são inseparáveis. E isto se dá de tal maneira que a “justiça eterna” e a “equalização” têm por base o trabalho abstrato, a subordinação das relações sociais de produção aos imperativos reprodutivos decorrentes da reprodução diuturna da relação-capital. Neste sentido, Proudhon estaria bastante errado. Em verdade, acreditaria — tal qual Lassale, criticado por Marx, também no que toca seu apego à justiça, na *Crítica ao programa de Gotha* — que o Direito e o Estado vêm a ser o campo resolutivo.²⁸

O apelo à “justiça das transações”, pelo que diz Marx, assim, parte de premissas insustentáveis. Buscando uma forma de “justiça” que se oponha à conformação real e efetiva das relações econômicas, vem-se a buscar o impossível, e de modo bastante ilusório. Procura-se, assim, trazer a “justiça” como substância, ao se apoiar em uma inversão inaceitável que se apresenta quando se acredita que “simples formas” são uma potência real e efetiva diante do conteúdo socioeconômico, fazendo muito mais do que expressar este conteúdo. Tem-se, segundo Marx, é bom insistir, uma grande ilusão. As trocas e as transações reais e efetivas são vistas como aparentes ao passo que a justiça traria a real substância destas relações.²⁹ Tudo isto se dá sem mencionar que, na sociedade capitalista, “o homem não é mais nada; ele é no máximo a carapaça do tempo”; busca-se, pois, a “justiça” tendo em conta não só a hipostasia da esfera

²⁸ Como aponta Engels, “toda a doutrina de Proudhon assenta neste salto de salvação que vai da realidade econômica para a frase jurídica. O valente Proudhon, sempre que deixa escapar a conexão econômica — e isto acontece nele com todas as questões sérias — refugia-se no campo do direito e apela para a justiça eterna.” (ENGELS, 1982, p. 12)

²⁹ O mesmo raciocínio especulativo que Marx critica nos neohegelianos (MARX; ENGELS, 2003) aparece neste campo, de modo que há uma continuidade bastante grande entre *A Sagrada Família* e *O capital* sob este aspecto.

distributiva, mas da esfera das trocas mercantis. Ao criticar a concepção de Proudhon (que tem por central a noção de justiça)³⁰, diz Marx:

A troca individual corresponde, também, a um modo de produção determinado, que, ele mesmo, responde ao antagonismo das classes. Mas as consciências honestas recusam-se a tal evidência. Quando se é burguês não se pode agir de outra forma a não ser ver nesta relação de antagonismo uma relação de harmonia e de justiça eterna, que não permite a ninguém fazer-se valer às expensas de outrem. Para o burguês, a troca individual pode subsistir sem o antagonismo das classes: para ele são duas coisas completamente disparatadas. A troca individual, como o burguês a figura, está longe de assemelhar-se com a troca individual tal como ele a pratica. (MARX, 2004, p. 75)

Também ao tratar da “troca individual”, em Proudhon, tem-se que “as relações burguesas são furtivamente contrabandeadas como irrevogáveis leis naturais da sociedade *in abstracto*. ” Marx aponta que “a troca individual, como o burguês a figura, está longe de assemelhar-se com a troca individual tal como ele a pratica” por uma razão bastante plausível: o antagonismo classista, cuja origem na sociedade cap

italista está na conformação de uma esfera produtiva marcada pela subsumção do trabalho ao capital, não pode ser tirado de cena com um simples apelo à “justiça eterna”. Precisamente ao pensar nos termos da “justiça”, ter-se-ia certa cegueira quanto à realidade efetiva da sociedade civil-burguesa. A troca individual, que Proudhon procura opor à “concorrência” e à “miséria” (Cf. MARX, 2004) não poderia, de modo algum, ser hipostasiada porque, como aponta Marx, ao fim, “a troca individual corresponde, também, a um modo de produção determinado, que, ele mesmo, responde ao antagonismo das classes.” Falar de “harmonia e de justiça eterna”, mesmo que remetendo a uma concepção de equalização que procurasse uma normatividade “que não permite a ninguém fazer-se valer às expensas de outrem”, em verdade, expressaria a única equalização presente na sociedade capitalista: aquela que tem como base a subordinação do trabalho ao capital; como apontou Marx, “esta equalização do trabalho não é obra da justiça eterna do Sr. Proudhon; é simplesmente o fato da indústria moderna.”

³⁰ Marx é irônico ao tratar de Proudhon ao dizer que, para este último, “a concorrência engendra a miséria, ela fomenta a guerra civil, ‘muda as zonas naturais’, confunde as nacionalidades, perturba as famílias, corrompe a consciência pública, ‘subverte as noções de equidade, de justiça’, de moral e, o que é pior, destrói o comércio probo e livre e não dá em compensação nem mesmo o *valor sintético*, o preço fixo e honesto. Ela desencanta toda gente, mesmo os economistas. Ela impele os fatos até o ponto de destruir-se a si mesma.” (MARX, 2004, p. 174)

Segundo Marx, pois, uma grande mentira, seria dita por aqueles que acreditam que “a troca individual pode subsistir sem o antagonismo das classes”. Antes, ter-se-ia o oposto na realidade efetiva. E, neste sentido, tratar de justiça, mesmo que significasse se opor às vicissitudes da sociedade civil-burguesa, significaria fazê-lo com um apelo, no melhor dos casos, moral. Ao se compadecer da concorrência capitalista que “subverte as noções de equidade, de justiça, de moral” (MARX, 2004, p. 174). Proudhon deixaria de ter em conta algo essencial, a saber: “a moral é a ‘*impuissance mise en action*’” (MARX; ENGELS, 2003, p. 224), é a impotênciaposta em ato.³¹

A equalização que traz Proudhon não poderia ser outra que aquela colocada sobre as bases da relação-capital. Isto traria consigo relações de troca correspondentes ao modo de produção capitalista e a nenhum outro; “justiça eterna”, “equalização”, “justiça das transações”, todas elas remeteriam à conformação concreta da produção social, de modo que elas supõem a subsunção do trabalho ao capital e, ao supô-lo, trazem, em verdade, um apelo moral, que traz a “impotênciaposta em ato”. Assim, segundo Marx, juntamente com a concepção de justiça vem a crença no caráter demiúrgico de formas sociais como aquelas do Direito e do Estado, as quais, ao fim, poderiam somente expressar um conteúdo que permeia a “relação econômica mesma”. Ou seja, uma concepção que rompesse com esta ilusão “politicista” (Cf. CHASIN, 2009) e “juridicista” precisaria romper igualmente com a centralidade que é dada por alguns, como Prodhon e Lassale, à centralidade da questão do justo e do injusto. Tentar contrapor a “equalização” e a “justiça das transações” à conformação objetiva da sociedade capitalista seria, para Marx, no mínimo, ilusório.

Deste modo, é preciso que se veja qual é a proposição de Marx sobre esta questão e sobre o modo pelo qual se trata, ao fim, de se contrapor à própria existência das classes sociais e, em específico, da relação-capital e das formas sociais daí decorrentes.

8. “DE CADA UM SEGUNDO SUAS CAPACIDADES, A CADA UM SEGUNDO SUAS NECESSIDADES”: UM PRINCÍPIO DA JUSTIÇA MARXIANO?

Pelo que se viu até agora, é interessante notar que há ao menos dois aspectos da noção de justiça a serem destacados. Em um primeiro deles, vê-se como que Marx relaciona a “justiça das transações” com uma autonomização

³¹ Na crítica de Engels a Düring, esta crítica à moral, juntamente com a crítica à justiça também são claras. Ele diz sobre a posição de Düring: “ele traslada toda a teoria da distribuição do campo econômico para o da moral e do direito, isto é, do campo dos fatos materiais estabelecidos para o das opiniões ou dos sentimentos mais ou menos oscilantes. Portanto, ele não precisa mais investigar nem provar, apenas declarar animadamente o que lhe vier à mente, e pode fazer a exigência de que a distribuição dos produtos do trabalho se oriente não por suas causas reais, mas por aquilo que parece moral e justo para ele, para o sr. Dühring.” (ENGELS, 2015, p. 185-186)

da esfera distributiva e da circulação de mercadorias. Deste modo, o autor critica aqueles que têm a justiça por central de modo bastante amplo. Procura tornar explícita a relação existente entre as diversas esferas do ser social e, em especial, destaca o modo pelo qual a produção se coloca como o “momento preponderante” na reprodução social. Ocorre, porém, que há um segundo aspecto a ser destacado: autores como Proudhon, Lassale e Düring, que procuraram (ao menos acreditavam procurar) se colocar contra as vicissitudes da sociedade civil-burguesa igualmente tiveram a questão da justiça por central. Assim, há de se notar uma tendência naqueles que — inclusive sinceramente, por vezes — procuram se opor às “injustiças sociais” a usar tais expressões e a tentar contrapor a miséria do presente à ideia de justiça. Marx, como já visto, opõe-se a isto de modo decidido e, nesta parte final do texto, procuraremos deixar claro como. Primeiramente, vale destacar uma passagem da Crítica ao programa de Gotha — em que o alvo principal é Lassale e os lassalianos — que reitera algumas questões essenciais sobre as quais nos debruçamos acima. Veja-se a posição marxiana:

O que é distribuição “justa”? Os burgueses não consideram que a atual distribuição é “justa”? E não é ela a única distribuição “justa” tendo como base o atual modo de produção? As relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou, ao contrário, são as relações jurídicas que derivam das relações econômicas? Os sectários socialistas não têm eles também as mais diferentes concepções de distribuição ‘justa’? (MARX, 2012, p. 28)

Tal qual se destacou anteriormente a relação existente entre a “justiça das transações” e a conformação objetiva do modo de produção, Marx ataca agora com todo o vigor a “fraseologia da ‘distribuição justa’”, explicitando justamente a impossibilidade de considerar a justiça como uma espécie de substância a ser trazida especulativamente contra a realidade efetiva. (Cf. MARX; ENGELS, 2003) A “distribuição justa” é analisada pelo autor como algo que, em verdade, só pode ser vista tendo em conta a conformação atual do modo de produção; tal qual antes, em O capital, aponta-se que “a escravatura, na base do modo de produção capitalista, é injusta; da mesma maneira a fraude na qualidade da mercadoria”, agora tem-se que o modo burguês de se enxergar a distribuição, em um modo de produção que tem por base a relação-capital, ao final, traz a seguinte questão sobre a distribuição “justa”: “e não é ela a única distribuição ‘justa’ tendo como base o atual modo de produção?” Para Marx, trata-se exatamente disto. Por mais que os “sectários socialistas” tivessem “concepções de distribuição ‘justa’”, tentar opor estas concepções ao modo de produção capitalista — tal como aconteceu em Proudhon e com Lassale, por exemplo —, seria uma cegueira diante da efetividade da produção social nesta forma de sociedade. Os “sectários socialistas”, por mais que pudessem trazer uma denúncia entusiasmada da sociedade atual, não trariam o

essencial já que, em verdade, segundo Marx, não se mede o grau de crítica ao presente pelo vigor e pelo entusiasmo, mas pela precisão da crítica à sociedade capitalista. A crítica, segundo Marx, não teria como dissociar artificialmente as esferas do ser social, dando à esfera da distribuição uma autonomia que não poderia ter (como se fosse verdade que “na distribuição [...] a humanidade deve ter se permitido de fato toda espécie de arbítrio”).

Uma questão essencial para tratar do tema, porém, ainda não foi destacada por nós com o devido cuidado: Marx aponta em *O capital*, como já dissemos, que “as formas jurídicas em que essas transações econômicas aparecem como atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos”, quanto a estes últimos, complementa-se: “cuja execução pode ser imposta à parte individual por meio do Estado não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo.” Deste modo, traz Marx a relação existente entre a vontade, o contrato, o Direito e a impossibilidade de a esfera jurídica conformar-se como uma espécie de demiurgo do real. Neste ponto, novamente, o autor alemão destaca esta inseparabilidade entre a esfera da distribuição “justa” frente ao aspecto jurídico. Ele é bem claro ao indagar se “as relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou, ao contrário, são as relações jurídicas que derivam das relações econômicas?” Nesta indagação resta reiterada a crítica do autor à inversão peculiar presente na esfera jurídica: ela espera determinar o próprio conteúdo de modo decisivo ao passo que, em verdade, somente o expressa. Tem-se em Marx, como já destacado, que “as formas jurídicas [...] não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo. Elas apenas o expressam.” E, deste modo, é importante dizer que, em verdade, não é contingente a crítica ao Direito estar presente em duas passagens centrais de Marx sobre a justiça: em todas as passagens que o autor alemão trata da questão da justiça ele critica, sejam as “formas jurídicas” e o Direito, seja os autores, como Proudhon e Lassale, que teriam visto enquanto central o terreno do Direito. Deste modo, percebe-se que, em Marx, a crítica à noção de justiça está acompanhada da crítica ao campo, ao terreno do Direito e àqueles que acreditam ser a esfera jurídica central na crítica ao presente. A crítica à “justiça” vem acompanhada da crítica ao Direito.

Tanto é assim que a questão aparece também na crítica de Marx à posição de Ferdinand Lassale sobre o suposto “direito ao fruto integral do trabalho”.³² Primeiramente, o autor de *O capital* aponta que não são os méritos do trabalho abstrato a serem preservados em um programa socialista, como o programa de Gotha pretendeu que fossem.³³ Em verdade, como já mencionado,

³² Segundo Engels, Lassalle comete diversos equívocos imperdoáveis, de modo que “o Sistema dos Direitos Adquiridos de Lassalle está preso não só em toda a ilusão do jurista mas também na do velho hegeliano.” (ENGELS, 1982, p. 51)

³³ Segundo Marx, “a classe possuinte e a classe do proletariado representam a mesma autoalienação humana. Mas a primeira das classes se sente bem e aprovada nessa autoalienação, sabe que a alienação é seu próprio poder e nela possui a aparência de uma existência humana; a segunda,

sem que se revolucione a produção social, “os homens se apagam diante do trabalho”. Ou seja, tem-se justamente o trabalho subsumido ao capital como algo a ser suprimido (*aufgehoben*) e não como uma medida para qualquer sociedade futura: a crítica à relação-capital implica na crítica ao trabalho abstrato; em uma sociedade comunista, com um “controle consciente e planejado” e que tenha como base “homens livremente socializados” (MARX, 1996, p. 204)³⁴, haveria, inclusive, “deduções” daquilo que Lassale chamou de “fruto integral do trabalho”, não se tendo uma posição segundo a qual “quem não trabalha não come”, como acreditou ser central Lenin.³⁵ (Cf. LENIN, 2010) Tem-se o seguinte, em que se relacionam “controle consciente e planejado” com “justiça”:

Essas deduções do “fruto integral do trabalho” são uma necessidade econômica e sua grandeza deve ser determinada de acordo com os meios e as forças disponíveis, em parte por cálculo de probabilidades, porém elas não podem de modo algum ser calculadas com base na justiça.” (MARX, 2012, p. 29)

O controle consciente e planejado de que fala Marx, portanto — aqui o autor é bastante expresso — não diz respeito à “justiça”. Antes, na passagem, resta clara a crítica do autor à concepção; justamente com a crítica ao elogio lassaliano do Direito, e ao “fruto integral do trabalho”, o autor da *Crítica ao*

por sua vez, sente-se aniquilada nessa alienação, vislumbra nela sua impotência e a realidade de uma existência desumana. Ela é, para fazer uso de uma expressão de Hegel, no interior da abjeção, a revolta contra essa abjeção, uma revolta que se vê impulsionada necessariamente pela contradição entre sua natureza humana e sua situação de vida, que é a negação franca e aberta, resoluta e ampla dessa mesma natureza.” (MARX; ENGELS, 2003, p. 48)

³⁴ Marx trata do modo pelo qual a produção não necessariamente aparece aos homens como uma potência estranhada e fantasmagórica. Segundo o autor: “para uma sociedade de produtores de mercadorias, cuja relação social geral de produção consiste em relacionar-se com seus produtos como mercadorias, portanto como valores, e nessa forma reificada relacionar mutuamente seus trabalhos privados como trabalho humano igual, o cristianismo, com seu culto do homem abstrato, é a forma de religião mais adequada, notadamente em seu desenvolvimento burguês, o protestantismo, o deísmo, etc. [...] O reflexo religioso do mundo real somente pode desaparecer quando as circunstâncias cotidianas, da vida prática, representarem para os homens relações transparentes e racionais entre si e com a natureza. A figura do processo social da vida, isto é, do processo da produção material, apenas se desprenderá do seu místico véu nebuloso quando, como produto de homens livremente socializados, ela ficar sob seu controle consciente e planejado. Para tanto, porém, se requer uma base material da sociedade ou uma série de condições materiais de existência, que, por sua vez, são o produto natural de uma evolução histórica longa e penosa.” (MARX, 1996, p. 204)

³⁵ Após críticas à noção de “fruto integral do trabalho”, aponta Marx: “resta a outra parte do produto total, que é destinada ao consumo. Mas antes de ser distribuída entre os indivíduos, dela são novamente deduzidos: Primeiro: os custos gerais da administração, que não entram diretamente na produção. Essa fração será consideravelmente reduzida, desde o primeiro momento, em comparação com a sociedade atual e diminuirá na mesma medida em que a nova sociedade se desenvolver. Segundo: o que serve à satisfação das necessidades coletivas, como escolas, serviços de saúde etc. Essa parte crescerá significativamente, desde o início, em comparação com a sociedade atual e aumentará na mesma medida em que a nova sociedade se desenvolver. Terceiro: fundos para os incapacitados para o trabalho etc., em suma, para o que hoje forma a assim chamada assistência pública à população carente.” (MARX, 2012, p. 29-30)

programa de Gotha traz uma crítica à “justiça”. Esta posição de Marx tem uma peculiaridade: anteriormente o autor havia mostrado como que a noção estava ligada a certa autonomização e hipostasia da esfera da distribuição, mostrando que isto relacionava-se com a própria posição daqueles que se colocabam como defensores do modo de produção capitalista. Agora, porém, tem-se com clareza que a noção de justiça sequer faria sentido para além do capitalismo. O “controle planejado e consciente”, a ser colocado em prática numa sociedade comunista, tem — segundo Marx — por medida não a “justiça”, a distribuição “justa” ou a “justiça das transações”, mas “os meios e as forças disponíveis”, as “probabilidades”, as quais, em verdade, “não podem de modo algum ser calculadas com base na justiça”, mas na “necessidade econômica”.³⁶ Neste sentido, na obra marxiana, real e efetivamente, o modo pelo qual se organiza a produção social ao se superar (*aufheben*) o modo de produção capitalista não é, para que se traga à tona nosso tema, superior por ser mais “justo”. Também ao se ter em mente de uma transição rumo a uma sociedade comunista, o critério não é a justiça. Diz Marx (2012, p. 33):

Numa fase superior da sociedade comunista, quando tiver sido eliminada a subordinação escravizadora dos indivíduos à divisão do trabalho e, com ela, a oposição entre trabalho intelectual e manual; quando o trabalho tiver deixado de ser mero meio de vida e tiver se tornado a primeira necessidade vital; quando, juntamente com o desenvolvimento multifacetado dos indivíduos, suas forças produtivas também tiverem crescido e todas as fontes da riqueza coletiva jorrarem em abundância, apenas então o estreito horizonte jurídico burguês poderá ser plenamente superado e a sociedade poderá escrever em sua bandeira: “De cada

³⁶ Para a compreensão do que Marx comprehende nesta passagem sobre a “necessidade econômica” é central ter em mente aquilo que ele diz em *O capital*: “a riqueza real da sociedade e a possibilidade de constante expansão de seu processo de produção não depende, portanto, da duração do mais-trabalho, mas de sua produtividade e das condições mais ou menos ricas de produção em que ela transcorre. O reino da liberdade só começa, de fato, onde cessa o trabalho determinado pela necessidade e pela adequação a finalidades externas; portanto, pela própria natureza da questão, isso transcende a esfera da produção material propriamente dita. Assim como o selvagem tem de lutar com a Natureza para satisfazer suas necessidades, para manter e reproduzir sua vida, assim também o civilizado tem de fazê-lo, e tem de fazê-lo em todas as formas de sociedade e sob todos os modos de produção possíveis. Com seu desenvolvimento, amplia-se esse reino da necessidade natural, pois se ampliam as necessidades; mas, ao mesmo tempo, ampliam-se as forças produtivas, que as satisfazem. Nesse terreno, a liberdade só pode consistir em que o homem social, os produtores associados, regulem racionalmente esse seu metabolismo com a Natureza, trazendo-o para seu controle comunitário, em vez de serem dominados por ele como se fora por uma força cega; que o façam com o mínimo emprego de forças e sob as condições mais dignas e adequadas à sua natureza humana. Mas este sempre continua a ser um reino da necessidade. Além dele é que começa o desenvolvimento das forças humanas, considerado como um fim em si mesmo, o verdadeiro reino da liberdade, mas que só pode florescer sobre aquele reino da necessidade como sua base. A redução da jornada de trabalho é a condição fundamental.” (MARX, 1986 b, p. 273)

um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!".

Uma questão essencial à passagem é a crítica ao trabalho como um "meio de vida", o que significa a subordinação das esferas da vida do homem ao "reino da necessidade". (Cf. MARX, 1986 b) Marx não fala da abolição (*Aufhebung*) da base natural da existência humana — antes, a coloca em seu devido lugar: se o trabalho "sempre continua a ser um reino da necessidade" (MARX, 1986 b, p. 273), trata-se, não da universalização de suas virtudes (inclusive "morais"), mas da luta para que se chegue a um momento "quando trabalho tiver deixado de ser mero meio de vida e tiver se tornado a primeira necessidade vital". Se a "justiça eterna" de Proudhon acabava por ter por critério a "equalização" que passa pela universalização do trabalho abstrato, para Marx, trata-se da supressão (*Aufhebung*) do trabalho abstrato e da relação-capital. Neste sentido, seria preciso que:

[...] os produtores associados, regulem racionalmente esse seu metabolismo com a Natureza, trazendo-o para seu controle comunitário, em vez de serem dominados por ele como se fora por uma força cega; que o façam com o mínimo emprego de forças e sob as condições mais dignas e adequadas à sua natureza humana.³⁷ (MARX, 1986 b, p. 273)

Neste sentido, tem-se dois pontos: a necessidade de se transformar o próprio "metabolismo com a natureza", ou seja, a produção em seu sentido mais amplo e, doutro lado, a impossibilidade de isto acontecer no terreno do Direito. Para o autor alemão, trata-se justamente de superar (*aufheben*) o "estreito horizonte jurídico burguês". No que, novamente, vê-se que a crítica de Marx à justiça conflui com uma crítica ao Direito.

Por fim, resta ainda uma questão: se Marx faz uma crítica ao Direito e à justiça, do que se trataria ao se trazer como algo a ser valorado a posição segundo a qual na "fase superior do comunismo" ter-se-ia uma situação em que "a sociedade poderá escrever em sua bandeira: 'De cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!'." ? Pelo que dissemos acima, e pelo que mostram as passagens de Marx (algumas retiradas do mesmo texto em que esta passagem se encontra, a *Crítica ao programa de Gotha*), sabemos com certeza: não se trata de Direito ou de uma concepção alternativa de "justiça".³⁸ Sabemos também que não se trata de uma "moral" que valorize as virtudes do trabalho abstrato. A discussão acerca do campo em que está em

³⁷ Sobre a noção de natureza humana, Cf. SARTORI, 2010.

³⁸ Kelsen, neste sentido, equivoca-se ao dizer que, em Marx, "a verdadeira igualdade e, portanto, a verdadeira — e não apenas aparente — justiça apenas poderia ser realizada na economia comunista do futuro em que valerá a regra: 'cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades.'" (KELSEN, 2000, p. 41)

que aquilo que disse Marx acerca da sociedade futura não pode ser realizada aqui e, talvez, ainda esteja a ser feita com o devido cuidado.³⁹ No entanto, uma certeza que se tem é não se tratar do campo de uma “teoria da justiça” ou do Direito. Marx, no que toca este último campo é bastante explícito ao tratar do processo de supressão do modo de produção capitalista e do modo pelo qual, de início, o trabalho ainda se coloca como medida para, depois, ser o “igual padrão de medida” superado pela posição segundo a qual se tem “a cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!”.

Apesar desse progresso, esse igual direito continua marcado por uma limitação burguesa. O direito dos produtores é proporcional a seus fornecimentos de trabalho; a igualdade consiste, aqui, em medir de acordo com um padrão igual de medida: o trabalho. Mas um trabalhador supera o outro física ou mentalmente e fornece, portanto, mais trabalho no mesmo tempo ou pode trabalhar por mais tempo; e o trabalho, para servir de medida, ou tem de ser determinado de acordo com sua extensão ou sua intensidade, ou deixa de ser padrão de medida. Esse igual direito é direito desigual para trabalho desigual. Ele não reconhece nenhuma distinção de classe, pois cada indivíduo é apenas trabalhador tanto quanto o outro; mas reconhece tacitamente a desigualdade dos talentos individuais como privilégios naturais e, por conseguinte, a desigual capacidade dos trabalhadores. Segundo seu conteúdo, portanto, ele é, como todo direito, um direito da desigualdade. O direito, por sua natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida; mas os indivíduos desiguais (e eles não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais) só podem ser medidos segundo um padrão igual de medida quando observados do mesmo ponto de vista, quando tomados apenas por um aspecto determinado, por exemplo, quando, no caso em questão, são considerados apenas como trabalhadores e neles não se vê nada além disso, todos os outros aspectos são desconsiderados. (MARX, 2012, p. 31-32)

Não se trata para Marx de um “paradigma” em que se defenda, em oposição ao Direito burguês, o “direito dos produtores”. Aliás, a própria noção de “paradigma” é equivocada ao passo que invoca justamente um “padrão igual de medida”; na passagem restam claras igualmente a crítica ao Direito (e “o Direito, por sua natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida”) e a crítica o uso do trabalho como padrão de medida (lembrando que na lei do valor justamente o tempo de trabalho socialmente necessário é medida de valor, segundo Marx). O caráter omnilateral do homem (Cf. CHASIN, 2009) é deixado de lado ao se ter o Direito e um igual padrão de medida: uma sociedade que tome o homem somente enquanto um portador de sua

³⁹ Com base neste tipo de questionamento, autores como Lukács se opuseram fortemente ao Direito e à moral, procurando valorizar a ética. Para uma compreensão inicial deste posicionamento, Cf. SARTORI, 2015 d, 2010.

força de trabalho ainda estaria na “pré-história da sociedade humana”. (MARX, 2009, p. 48) Trata-se de uma sociedade em que ainda se está subordinado ao “reino da necessidade”; e, sendo o trabalho essencial para a produção social, “todos os outros aspectos são desconsiderados.” Trata-se do momento em que o Direito aparece por central ao se ter “um padrão igual de medida” para julgar homens essencialmente desiguais. Marx, portanto, procura a supressão do próprio Direito na medida em que “o Direito, por sua natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida”, sendo os indivíduos essencialmente desiguais. Ou seja, tem-se uma crítica decidida tanto à noção de “justiça” quanto ao Direito; deste modo, segundo Marx, com ambos tem-se a aceitação mais ou menos elaborada de determinada forma de produção, de tal modo que, como apontou o autor de *O capital*, “a produção deve ser representada [...] como enquadrada em leis naturais eternas, independentes da história, oportunidade em que as relações burguesas são furtivamente contrabandeadas como irrevogáveis leis naturais da sociedade *in abstracto*.” Tanto o Direito quanto a “justiça”, pois, não são um critério positivo em Marx, mas algo ligado, essencialmente, a determinada fase do desenvolvimento histórico do homem, fase esta que deveria ser suplantada pelo momento em que, na medida mesma em que se tem “a cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades”, tem-se que “no lugar da sociedade civil-burguesa antiga, com suas classes e antagonismos de classe, teremos uma associação na qual o desenvolvimento livre de cada um é a condição para o desenvolvimento livre de todos.” (MARX; ENGELS, 1998, p. 45)

Marx, portanto, passa longe de ser um teórico da justiça ou do Direito. Em verdade, com sua crítica à sociedade civil-burguesa, ele figura como um crítico da noção de justiça e como um crítico do Direito mesmo.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que expusemos, percebe-se que, não obstante o ímpeto inicial daqueles que valorizam a teoria marxiana seja trazer, até certo ponto, uma contraposição entre Direito e justiça de um lado, e entre justiça e as vicissitudes da sociedade capitalista doutro, tal posicionamento não condiz com o texto marxiano. Mesmo que se tenham importantes expoentes da teoria do Direito, da filosofia do Direito e do marxismo que defendam esta posição, ela não corresponde ao que diz efetivamente Marx, de modo que uma questão importante a ser colocada àqueles que buscam uma valorização da noção de justiça é a refutação da posição do autor de *O capital*. Isto não necessariamente é um problema para aqueles que pretendem atualizar a teoria marxista. No entanto, isto coloca importantes meandros para que se trate desta atualização. Autores como Pachukanis e Lukács colocaram-se ao lado de Marx sobre este ponto. (Cf. SARTORI, 2016 c) Um autor essencial para o marxismo do século XX, Lenin,

colocou-se de modo oposto. E, assim, ao se ter em conta o real tratamento marxiano sobre a questão da justiça, um importante tema pode ser discutido com mais propriedade, tanto entre os marxistas, quanto entre aqueles que procuram compreender com cuidado áreas como a filosofia do Direito e a teoria da justiça. Nossa pretensão neste pequeno texto foi, até certo ponto, modesta. Buscamos somente trazer à tona a crítica marxiana à justiça, bem como sua relação com a crítica ao Direito e ao trabalho abstrato. Diante da “confusão” colocada a grande parte dos marxistas do século XX (Cf. LUKÁCS, 1972, 2013, 2012, 2010), isto não é pouco, dado que pretende ser um esforço genuíno no sentido da compreensão da posição marxiana, bastante incompreendida entre aqueles que têm o Direito e a justiça como temas centrais. Neste sentido, este texto pretende poder auxiliar em um embate honesto sobre a teoria de Marx e sobre os desdobramentos desta. Diante do modo, por vezes, apressado que o autor é tratado hoje em dia, acreditamos que isso pode ser essencial, tanto àqueles que pretendem concordar com os delineamentos de sua posição, quanto aos adversários deste importante expoente do pensamento crítico e revolucionário. Se muitas vezes nos deparamos com as “injustiças sociais”, o embate honesto em torno da própria noção de justiça pode ser bastante importante para que a reflexão acerca da atitude a se tomar diante da situação em que vivemos.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx.** Tradução por Dirceu Lindoso. São Paulo: Zahar, 1979 a.
- _____. **Ler O capital.** Rio de Janeiro: Zahar, 1979 b. Nathanael C. Caixeiro. São Paulo: Zahar, 1979 b.
- CASALINO, Vinícius. **O Direito e a mercadoria: para uma crítica marxista da teoria de Pachukanis.** São Paulo: Dobra Universitária, 2011.
- _____. **Troca, circulação e produção em Teoria geral do direito e marxismo: Sobre a crítica “circulacionista” à teoria de Pachukanis.** Verinotio: Revista Online de Filosofia e Ciências Humanas, n. 19. Belo Horizonte: 2015 c. (Disponível em www.verinotio.org)
- CHASIN, José. **Marx: Estatuto Ontológico e Resolução Metodológica.** São Paulo: Boitempo, 2009.
- COTRIM, Lívia. **A arma da crítica: política e emancipação humana na Nova Gazeta Renana.** In: MARX, Karl. **Nova Gazeta Renana.** Tradução por Lívia Cotrim. São Paulo: EDUC, 2010.
- ENGELS, Friedrich. **Anti-Düring.** Tradução por Nélio Schneideman. São Paulo: Boitempo, 2015.

- _____. **Anti-Dühring**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- _____. **A questão da habitação**. Tradução por João Pedro Gomes. Lisboa: Edições progresso Lisboa-Moscovo, 1982. (disponível em www.marxists.org)
- KASHIURA Jr., Celso Naoto. **Crítica da igualdade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. **Sujeito de direito e capitalismo**. São Paulo: Expressão popular, 2014.
- LENIN, Vladimir. **Estado e revolução**. Tradução por Aristides Lobo. São Paulo: Expressão popular, 2010.
- LOPES, Antônio José. **A questão do Standpunkt na científicidade marxiana**. In: In: Verinotio: Revista Online de Filosofia e Ciências Humanas, n. 12. Belo Horizonte: 2010.
- LUKÁCS, György. **Conversation with Gyorgy Lukács (Interview with Franco Ferrarotti)**. In: World View, May, 1972. New York, 1972.
- _____. **El Asalto a la Razón**. Tradução Wenceslau Roces. México, Fondo de Cultura Econômica, 1959
- _____. **Ontologia do ser social I**. Tradução por Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.
- _____. **Ontologia do ser social II**. Tradução por Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2013,
- _____. **Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social**. Tradução por Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2010.
- _____. **Socialismo e democratização**. Tradução por José Paulo Netto e Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** São Paulo: Brasiliense, 1982.
- MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- _____. **Crítica ao programa de Gotha**. Tradução por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.
- _____. **Capítulo VI(inédito)**. Tradução por Pedro Scarón. México: Siglo vinte e uno ediciones, 1971.
- _____. **Glosas Críticas Marginais ao Artigo “O Rei da Prússia e a Reforma Social” de Um Prussiano**. São Paulo: Expressão Popular, 2010 a.
- _____. **Grundrisse**. Tradução por Mario Duayer. São Paulo: Bioitempo, 2011.
- _____. **Grundrisse**. Tradução Martin Nicolaus. London: Penguin Books, 1993.

- _____. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução por Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. **Miséria da filosofia**. Tradução por J. C Morel. São Paulo: Icone, 2004
- _____. **O 18 Brumário de Luiz Bonaparte**. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- _____. **O Capital**, Volume I. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- _____. **O Capital**, Livro I. Tradução por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013
- _____. **O Capital**, Volume II. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- _____. **O Capital**, Volume III. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe São Paulo: Nova Cultural, 1986 b.
- _____. **O Capital**, Volume IV. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe São Paulo: Nova Cultural, 1986 a.
- _____. **Sobre a Questão Judaica**. Tradução por Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010 b.
- _____; ENGELS, Friedrich. **A sagrada família**. Tradução por Marcelo Backers. São Paulo: Boitempo, 2003.
- _____; _____. **Cultura, arte e literatura: textos escolhidos**. Tradução por José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010.
- MASCARO, Alysson. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2012.
- NASCIMENTO, Joelton. **Crítica do Trabalho, crítica do Direito**. In: Crítica do valor e crítica do Direito. São Paulo: Perse, 2014
- NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: expressão popular, 2014.
- _____. **Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis**. Boitempo: São Paulo, 2000.
- PACHUKANIS, E.P. **Teoria geral do Direito e marxismo**. Tradução por Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. **A atualidade da crítica de Marx e Lukács ao Direito**. In: Direito e Práxis n. 9. Rio de Janeiro: UFRJ, 2014.
- _____. **Apontamentos sobre dialética e história em Friedrich Engels**. In: Revista On Line de Filosofia e Ciências Humanas, n° 20. Belo Horizonte: 2015 a. (disponível em www.verinotio.org)

- _____. **Considerações sobre transformação social e Direito em Marx e Engels: sobre a necessidade de uma crítica decidida ao “terreno do Direito”.** In: LIPPSTEIN, Daniela; GIACOBBO, Guilherme; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. Políticas públicas, espaço local e marxismo. Santa Cruz do Sul: Essere del Mondo, 2015 b.
- _____. **De Hegel a Marx: da inflexão ontológica à antítese direta.** In: Kriterion n.130. Belo Horizonte: 2014.
- _____. **“Diálogos”entre Lukács e Pachukanis sobre a crítica ao Direito.** In: InSurgência: revista de direitos e movimentos sociais. Brasília: UNB, 2016 c (no prelo)
- _____. **Direito, política e reconhecimento: apontamentos sobre Karl Marx e a crítica ao Direito.** In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: UFPR, 2016 a. (no prelo)
- _____. **Friedrich Engels e o duplo aspecto da igualdade.** In: Revista da faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2016 b.
- _____. **Lukács e a crítica ontológica ao Direito.** São Paulo: Cortez, 2010.
- _____. **Marx, marxismo e o terreno do Direito: um debate necessário.** In: Verinotio: Revista Online de Filosofia e Ciências Humanas, n. 19. Belo Horizonte: 2015 e. (Disponível em www.verinotio.org)
- _____. **Moral, ética e Direito: Lukács e a teoria do Direito.** In: Sapare Aude. Belo Horizonte: PUC MG, 2015 d.
- _____. **Teoria geral do Direito e o marxismo como crítica marxista ao Direito.** In: Verinotio: Revista Online de Filosofia e Ciências Humanas, n. 19. Belo Horizonte: 2015 c. (Disponível em www.verinotio.org)

* Recebido em 5 jun. 2016.



REFUGIADOS AMBIENTAIS: DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

*Viviane Mozine Rodrigues**

*Alfredo Lampier Junior***

Resumo

O artigo aborda a temática do refúgio motivado por razões ambientais. Conceitua refugiado nos termos dos instrumentos jurídicos internacionais e Convenções Regionais. Demonstra a origem da expressão refugiado ambiental e traça um conceito desta categoria. Apresenta a lacuna jurídica existente em relação aos refugiados ambientais no âmbito do direito internacional dos refugiados. Entabula formas alternativas de proteção internacional a ser concedida aos refugiados ambientais. Sugere a aplicação do direito internacional dos direitos humanos e direito internacional do meio ambiente como forma de tutela dos refugiados ambientais. Conclui pela necessidade de proteção dos refugiados ambientais independente do enquadramento nos exatos termos dos instrumentos específicos de proteção aos refugiados.

Palavras-chave

Refugiados Ambientais. Proteção internacional. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

ENVIRONMENTAL REFUGEES: THE NEED FOR INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION

Abstract

The paper deals with refugee issues motivated by environmental reasons. Conceptualizes as a refugee under the terms of international legal instruments and Regional Conventions. It demonstrates the origin of the environmental refugee expression and traces a concept of this category. It presents the existing legal loophole in relation to environmental refugees under international refugee law. It establishes alternative forms of international protection to be granted to environmental refugees. It suggests the application of international human rights law and international environmental law as a form of protection of environmental refugees. It concludes from the need for protection of environmental refugees regardless of the framework in the exact terms of the specific instruments for the protection of refugees.

* Doutora em Ciências Sociais PUC-SP. Coordenadora do NUARES - Núcleo de apoio aos refugiados no Espírito Santo e da Cátedra Sérgio Vieira de Mello. Professora do mestrado em Sociologia Política e Segurança Pública da Universidade Vila Velha UVV-ES.

** Mestrando em Sociologia Política UVV. Coordenador do Curso de Direito. UNESC - Centro Universitário do Espírito Santo - Campus I.

Keywords

Environmental Refugees. International protection. International Human Rights Law.

1. INTRODUÇÃO

Durante toda a história da humanidade sempre existiram situações de pessoas ou grupos, que tiveram que deixar seu lugar de origem ou residência como forma de adaptação e sobrevivência diante das ameaças de guerra, de perseguição ou de desastres ambientais. De toda sorte, quanto a esse último aspecto, a partir da segunda metade do século XX e no início do século XXI houvera um significativo aumento no número de migrações que tem como causa primeira questões ambientais.

Nesse sentido, o tema refugiados ambientais foi selecionado não apenas no afã de delimitar o exato enquadramento jurídico da figura do termo refugiado, mas sobretudo, pela importância social e humanitária que decorre da premente necessidade de se discutir o regime jurídico aplicável de maneira a conceder uma adequada proteção internacional aos refugiados ambientais.

O artigo apresenta o arcabouço jurídico de proteção internacional aos refugiados e mais especificamente, averigua se existe a categoria de refugiados ambientais. Tem como metodologia a revisão bibliográfica e o levantamento de legislação pertinente¹.

Como resultado, não existe a categoria de refugiados ambientais em Instrumentos Internacionais e há pouca e dúbia brecha em Instrumentos Regionais. Mas urge a necessidade de proteção independente do instrumento utilizado.

2. O ARCABOUÇO JURÍDICO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS REFUGIADOS

2.1. A questão ambiental e a preocupação mundial com as migrações forçadas por razões climáticas

A questão ambiental têm preocupado cada vez mais a sociedade mundial. Certos que os recursos naturais não são infinitos, a sociedade capitalista em que vivemos deve enfrentar esse dilema de conservar a sua desenfreada e

¹ Além da doutrina especializada sobre Refugiados, destaca-se que foram consultados os seguintes instrumentos jurídicos internacionais afeitos à temática: Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 (atualizada pelo Protocolo de 1967); Convenção da Organização de Unidade Africana, de 10 de Setembro de 1969; Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984; Convenção de Kampala de 2009; Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo, de 1972, dentre outros documentos.

exploradora forma de viver ou mudar seu modo de vida com vistas a manter seu futuro.

Nesse sentido, o meio ambiente ganhou destaque na agenda de encontros governamentais, científicos e sociais da humanidade, tanto no âmbito interno quanto internacional. Não se pode negar² que a cada vez mais rápida degradação da natureza é geradora do aquecimento global e suas consequências deletérias, levando a uma verdadeira catástrofe ambiental, tornando inviável a vida em certos locais do nosso planeta.

Contudo, além dos já graves problemas tradicionais que as questões ambientais suscitam, há uma consequência ainda mais assombrosa para a humanidade, qual seja, as pessoas que são obrigadas a abandonar suas casas, sua vida, suas origens e se deslocar de maneira involuntária para outro país, configurando os denominados refugiados ambientais, objeto do presente trabalho.

O deslocamento forçado de milhões de pessoas em todo o mundo causado por desastres naturais e mudanças climáticas é considerado um dos principais desafios humanitários³. Já em 1990, o primeiro relatório de avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em Inglês) já alertava que uma das principais consequências das alterações climáticas ocorreria no campo da migração humana⁴. Por seu lado, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) argumentou que “a influência das mudanças ambientais sobre a mobilidade humana é ostensiva e crescente” e que, neste contexto, o “aquecimento global e mudanças climáticas

² Registre-se que, de fato, há um número considerável de cientistas para os quais o aquecimento global antropogênico não constitui um problema para a humanidade. Entre eles temos inclusive alguns prêmios Nobel como **Ivar Giaever** e **Freeman Dyson**. Outros célicos de destaque são o físico **Fred Singer** e o climatologista do MIT **Richard Lindzen**. Tal ideia negacionista dos efeitos do aquecimento ganhou destaque com a afirmação do presidente americano Donald Trump de que o aquecimento global é uma invenção da mídia ou uma invenção de **Al Gore**. Para ter acesso a um debate mais profundo sobre a temática, sugerimos a leitura do artigo **O debate científico sobre o aquecimento global antropogênico — Parte II** de JUNGES, Alexandre L. Disponível em: <https://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/Texto_Clima_2.pdf> Acesso em: 25 jul. 2017.

³ Segundo relatório de 2015 do Centro de Monitoramento de Deslocados Internos (IDMC, sigla em inglês), a mudança climática é um dos maiores responsáveis pelos atuais fluxos migratórios. Em 2014, calcula-se que houve 19,3 milhões de refugiados em razão de questões climáticas. Entre 2008 e 2015 registraram-se em média 26,4 milhões de deslocados por ano, o que representa quase uma pessoa por segundo. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cresce-o-numero-de-refugiados-no-mundo-em-funcao-do-clima>> Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴ O IPCC foi estabelecido em 1988 pela Organização Meteorológica Mundial (WMO) e o Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP) para analisar a informação científica, técnica e socioeconômica relevante para a compreensão dos elementos científicos relativos às mudanças climáticas bem como suas possíveis repercussões e riscos.

são provavelmente as circunstâncias mais importantes dos novos fatores (de deslocamento)⁵.

Segundo relatório de 2015 do Centro de Monitoramento de Deslocados Internos (IDMC, sigla em inglês), a mudança climática é um dos maiores responsáveis pelos fluxos migratórios atuais. Em 2014, calcula-se que houve 19,3 milhões de refugiados em razão de questões climáticas. Entre 2008 e 2015 registraram-se em média 26,4 milhões de deslocados por ano, o que representa quase uma pessoa por segundo⁶.

O Direito Internacional dos Refugiados vai cobrir um amplo espectro de situações de deslocamento forçado. No entanto, tal arcabouço de proteção se mostra um regime legal incompleto, pois não estão contemplados motivos outros que não sejam os ali previstos expressamente. Assim, a situação das pessoas deslocadas devido às alterações climáticas e catástrofes naturais, objeto do presente trabalho, representam a principal forma de deslocamento forçado não abrangidas pelas regras específicas em matéria de refugiados.

2.2. A convenção de Genebra sobre o estatuto de refugiados e outros instrumentos jurídicos

A Convenção de Genebra de 1951⁷ é a norma internacional fundamental na proteção efetiva dos refugiados, constituindo-se referencial na investigação e abordagem da temática. Em sendo assim, apresenta-se a conceituação do termo refugiado utilizada pela referida Convenção, após a atualização efetivada pelo Protocolo de 1967⁸, relativo ao Estatuto dos Refugiados, no artigo 1º, § 1, alínea c:

[...] qualquer pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse

⁵ ACNUR. *In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*, May 2009. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>> Acesso em: 20 jun. 2017.(Tradução livre).

⁶ Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cresce-o-número-de-refugiados-no-mundo-em-funcao-do-clima>> Acesso em: 20 jun. 2017

⁷ Convenção de Genebra relativa ao *Estatuto dos Refugiados*, adotada 28 de julho de 1951 por uma Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas; convocada pelas Nações Unidas nos termos da Resolução 429 (V) da Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1950. Entrada em vigor em 22 de Abril de 1954, em conformidade com as disposições do artigo 43.

⁸ O Protocolo de 1967, retirou expressões do texto da Convenção de 51 que limitavam o reconhecimento de refugiado apenas a alguns casos específicos, as chamadas reservas geográfica e temporal. Em sua redação original constava a limitação da aplicação somente “às pessoas atingidas pelos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951” (temporal), bem como o § 2 do art. 1º da Convenção, possibilitava uma limitação geográfica uma vez que somente aplicava o termo refugiado para os europeus.

país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Percebe-se, portanto, da singela leitura da definição legal de refugiado acima apresentada que essa traz em si uma restrição conceitual, pois se mostra rigidamente apegada à noção de perseguição e grave ou iminente violação a direitos civis e políticos em seu país de origem. Neste sentido, os refugiados ambientais não se enquadram na Convenção de 1951, não estando assim esses indivíduos abarcados pelo sistema tradicional de proteção internacional dos refugiados.

Também não se enquadrariam na noção de refugiados os denominados “deslocados internos”⁹, quais sejam, pessoas que não cruzaram as fronteiras de seu país, mas que são obrigadas a deixar sua morada em razão das mais diversas causas, dentre elas as ambientais. Sobre os deslocados internos, assim define Jubilut¹⁰:

[...] as pessoas ou grupos de pessoas que se viram forçadas ou obrigadas a escapar ou fugir de seu lar ou de seu lugar de residência habitual, especialmente em função ou para evitar os efeitos de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações de direitos humanos ou de catástrofes naturais ou provocadas pelo ser humano, e que não tenham cruzado uma fronteira estatal internacionalmente reconhecida.

Consideradas, portanto, essas definições restritivas, em termos regionais, têm-se algumas iniciativas no sentido de ampliar o alcance normativo do conceito de refugiado, quais sejam, a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 (OUA) e a Declaração de Cartagena de 1984.

A Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África foi adotada em 1969¹¹ sendo concebida como um complemento à normativa legal até então existente sobre refúgio, ampliou o referido conceito:

Artigo 1º:

⁹ Os líderes africanos reunidos em Kampala, capital de Uganda, adotaram uma convenção comum, conhecida como **Convenção de Kampala de 2009** que garante proteção e assistência legal a milhares de pessoas deslocadas dentro de seus próprios países por conflitos ou calamidades naturais. Ou seja, no âmbito dessa convenção regional há proteção específica aos deslocados internos por questões climáticas, que se poderia denominar refugiados ambientais. Disponível em <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/convencao_de_kampala.pdf> Acesso em: 20 jun. 2017.

¹⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 164.

¹¹ **Convenção da Organização de Unidade Africana**, de 10 de Setembro de 1969. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>> Acessoem: 20 jun. 2017.

2- termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.

Outra extensão do conceito de refugiado foi adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de Novembro de 1984¹².

Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Ambos os instrumentos regionais contemplam no conceito de refugiado, a noção de grave e genérica perturbação da ordem pública que tenha impulsionado a migração das pessoas. De toda forma, ainda assim, as situações relacionadas ao meio ambiente, não são expressamente consideradas para atribuir aos indivíduos a qualidade de refugiados ambientais.

Piovesan¹³, contudo, ao analisar a conceituação contida na Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969, assevera que poderia ser classificado como refugiado todo o indivíduo que fosse compelido a “cruzar as fronteiras nacionais em razão de desastres causados pelo homem, independentemente da existência do temor de perseguição”. Assim, pelo instrumento normativo africano seria permitido, na visão da autora, o enquadramento da figura do deslocado por causas ecológicas como refugiado.

Ao comentar a Declaração de Cartagena, o autor Cançado Trindade¹⁴, por sua vez, destaca que a definição mais ampliada de refugiado prevista na referida Declaração, ao ser submetida à análise de um Comitê de Peritos Jurídicos da Conferência Internacional de Refugiados Centroamericanos no ano de 1989, estes concluíram que a grave perturbação da ordem pública geradora

¹² Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>> Acesso em: 20 jun. 2017.

¹³ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35

¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 133.

de refúgio, nos termos da Declaração, devem ter se dado de maneira exclusiva por atos humanos e não desastres naturais.

Ao analisar essa conclusão restritiva da definição de refugiado do referido comitê, Trindade¹⁵ faz uma construção teórica no sentido de classificar as vítimas de desastres ambientais em duas categorias: as vítimas de desastres naturais “puros” (terremotos, vulcões, etc.) e as de desastres ambientais “causados por erro humano ou negligência” (incêndios florestais, rompimento de barragens etc.), os quais somente essas últimas estariam tuteladas pela definição de refugiado prevista na Declaração de Cartagena¹⁶.

De toda sorte, conforme já se abordou acima, não há ainda um reconhecimento formal e específico no arcabouço jurídico internacional sobre os refugiados ambientais razão pela qual se mostra necessária a ampliação do conceito de refugiado, para que possa torná-lo mais adequado à realidade do fenômeno dos deslocamentos, apresentando-se propostas de novas definições jurídicas que contemplem as recentes situações que se evidenciam no cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.3. Origem do termo refugiado ambiental e o conceito

A expressão refugiado ambiental foi cunhado por Essan El-Hinnawi em 1985, quando em um relatório do PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP, em inglês) chamou atenção para o crescimento de migrantes motivados por catástrofes ambientais, o qual foi chamado por ele de refugiado ambiental, conceituando-os como aquelas pessoas que: “foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente o lugar onde tradicionalmente viviam, devido a visível declínio do meio ambiente (por razões naturais ou humanas) que colocou em perigo sua existência ou afetou seriamente suas condições de vida”¹⁷.

¹⁵ Idem. Ibidem. p.134.

¹⁶ BREITWISSE, Liliane Graciele. **Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional.** In Revista de Direito Ambiental. v. 56/2009. p. 142 — 166. Out - Dez/2009. p. 5. Assevera que, conforme prevê o Relatório do IPCC — Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas coligado ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente de 2007, é muito tênué a distinção entre as espécies de vítimas de desastres naturais proposta por Antonio Cançado Trindade, uma vez que nos termos do Relatório, não se pode falar atualmente em catástrofes naturais “puras”, pois segundo evidências científicas (refutadas por alguns, obviamente) a magnitude destas, deve-se, ainda que forma reflexa, à intervenção humana.

¹⁷ HINNAWI, Essam El. **Environmental refugees.** Nairobi: UNEP, 1985, apud BARBOSA, Luciana Mendes. **A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas.** I Simpósio em Relações Internacionais do Programa de pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP e PUC-SP), 12 a 14 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.santiagodantassp.localweb.com.br/simp/artigos/mendes.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2017. p. 9. Tradução livre

Destaca-se, contudo, que desde a Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo (1972), especificamente no documento que criou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), que tinha por escopo monitorar o avanço dos problemas ambientais do mundo, foi introduzida a expressão “*environmental refugees*” — refugiados ambientais —, que se caracterizou como “pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência desses indivíduos torna-se perigosa”¹⁸.

Para Derani¹⁹, refugiados ambientais são “as pessoas que fugiram de suas casas por causa de mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis”.

A própria nomenclatura refugiados ambientais é objeto de críticas uma vez que, conforme já se expôs, esses migrantes por razões ambientais não se enquadram nas situações convencionais previstas na legislação internacional específica de refúgio. Em razão disso, encontram-se denominações que evitam usar o termo refúgio, dentre as quais se pode citar: migrantes induzidos pelo meio ambiente, migrantes ambientais de emergência, migrantes ambientalmente forçados, migrantes ambientalmente motivados, ecomigrantes²⁰.

Adotar-se-á, para fins da presente análise, a definição terminológica de refugiados ambientais cunhada por Claro²¹:

[...] ‘refugiados ambientais’ são refugiados não convencionais e são migrantes forçados, interna ou internacionalmente, temporária ou permanentemente, em situação de vulnerabilidade e que se veem obrigados a deixar sua morada habitual por motivos ambientais de início rápido ou de início lento, causados por motivos naturais, antropogênicos ou pela combinação de ambos.

¹⁸ OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **Refugiados Ambientais: Uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica internacional**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, jun./2010. p. 125.

¹⁹ DERANI, Cristiane. **Dicionário de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=refugiado+ambiental>> Acesso em: 20 jun. 2017.

²⁰ IOM — INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Discussion Note: Migration and the Environment**. MC/INF/288. 94th session, 1 November 2007 *apud* CLARO, Carolina de Abreu Batista. **O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos “refugiados ambientais”**. In: RAMOS, André Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: ACNUR/ANDHEP/Editora CL-A, 2011, p. 241-269.

²¹ CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A proteção dos “refugiados ambientais” no direito internacional**. Tese de Doutorado em Direito Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2015, 327 f. p. 16.

Nesse sentido, todos os indivíduos que se encontram forçados a abandonar (transitória ou definitiva) seus territórios, devido a motivos gerados por fatores ambientais anômalos, podem ser denominadas refugiados ambientais²².

3. ALTERNATIVAS À PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Os desastres naturais e os efeitos adversos das mudanças climáticas se apresentam como uma séria ameaça ao respeito efetivo aos direitos humanos das pessoas que sofrem as consequências destes fenômenos, dentre os quais, os denominados refugiados ambientais.

Muito embora se possa afirmar que os refugiados ambientais não tenham uma base jurídica protetiva no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, não pode a comunidade internacional fechar os olhos para essa premente necessidade de proteger esse número cada vez maior de pessoas que são obrigadas a se deslocar forçosamente como consequência de questões ambientais. Assim, diante dessa lacuna jurídica existente no âmbito específico, a proteção poderá ser obtida por meio da aplicação da teoria dos Direitos Humanos e dos princípios do Direito Internacional do meio ambiente como possível via de proteção ao refugiado ambiental.

Em razão da internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, a abordagem concedida pelos Estados nacionais aos seus cidadãos deixou de ser matéria de competência exclusiva interna dos países, passando a ser questão de interesse internacional. Assim, uma vez que os refugiados ambientais são sujeitos de direito, devem ser protegidos devido à sua condição humana, independente do enquadramento formal como refugiado.

Neste sentido, na órbita dos instrumentos normativos de proteção, a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 e os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, dotaram a tutela dos direitos da pessoa humana de características especiais como universalidade, indivisibilidade, complementaridade e interdependência e consagrando o direito a todos os homens a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades possam ser plenamente realizados.²³

Também a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 deve ser aplicada aos refugiados ambientais, uma vez que esse instrumento assevera a

²² OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. op. cit. p. 215.

²³ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em: 20 jun.2017.

concepção universalista da proteção dos direitos humanos, enfatizando a importância do compromisso da comunidade internacional no sentido de respeitá-los e promovê-los em seu conjunto.

Ao lado dos instrumentos gerais que universalizaram a proteção dos direitos humanos, inúmeros instrumentos de proteção particularizada foram elaborados para o aperfeiçoamento da plena realização dos direitos humanos em temas específicos que também podem ser aplicados aos refugiados ambientais, como por exemplo: prevenção e repressão do genocídio (1948), eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e de discriminação contra a mulher (1979), eliminação da tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (1984), bem como o de direitos da criança (1989).

A necessidade de proteção dos direitos humanos dos refugiados ambientais deve representar uma preocupação imediata da comunidade internacional uma vez que as pessoas afetadas por questões de instabilidade de toda natureza gerada em decorrência desses fenômenos faz com que direitos fundamentais das vítimas ameaçadas e atingidas pela deterioração do meio ambiente sejam gravemente ignorados e/ou violados.

Neste sentido é importante trazer à baila conclusão de Pires que assevera:

Assim sendo, é possível afirmar que a proteção geral prevista nos instrumentos gerais, centrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é o fundamento primeiro e a razão última para a proteção dos refugiados ambientais. Nesse sentido, os refugiados ambientais encontram-se abrangidos pelos instrumentos universais. Não há dúvida de que se está diante de flagrante violação de direitos humanos a ser combatida²⁴.

Da mesma forma que a Convenção de Genebra 1951 reconhece o direito de buscar a segurança, o art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁵ prevê que “todo o homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. O art. 25 da referida Declaração também estabelece que “Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar...”. Já o art. 13 reconhece o “direito de liberdade de locomoção e residência”, bem como “deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Assim, as pessoas que se encontrem em situação de risco de deslocamento por questões ambientais gozam desses direitos.

²⁴ RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito da USP, 2011. São Paulo: 2011. p.103.

²⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em: 20 jun.2017.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Econômicos, Sociais e Culturais 1966²⁶ continuam se referindo ao direito inerente a toda pessoa de desfrutar e utilizar plena e livremente dos recursos naturais e que nenhuma pessoa pode ser privada de seus meios de subsistência. Assim surge o direito humano a um ambiente saudável, por disposições expressas para a necessidade de melhorar o meio ambiente como um dos requisitos para o bom desenvolvimento da pessoa.

Também a Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo de 1972²⁷ estabelece no Princípio 1, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de “condições de vida adequadas em um ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar”.

Diante de todo esse arcabouço protetivo e outros instrumentos jurídicos que estabelecem uma progressiva vinculação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ao meio ambiente permitiria a proteção jurídica da Convenção de 1951 também para os refugiados ambientais. Porém, infelizmente, o interesse em criar uma nova figura jurídica que regulamente o estatuto internacional de proteção específica ao refugiado ambiental ainda está longe de ser concretizado.

Por derradeiro assevera-se que diante da realidade ambiental que assola a humanidade na atualidade não pode a comunidade internacional se furtar a discutir a temática e apresentar soluções para essa enorme quantidade de indivíduos que são forçosamente obrigados a se deslocar de seus países em razão de questões climáticas. Nesta senda, o mais adequado seria a criação e um tratado internacional específico com vistas a proteger o refugiado ambiental (tal situação, embora ideal, está longe de ser alcançada no âmbito das Nações Unidas). De toda forma, enquanto não se têm tal normativa, deve-se busca-la em outros instrumentos já existentes (mormente o relativo ao direito internacional dos direitos humanos e do meio ambiente) formas de proteção aos refugiados ambientais.

4. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a questão da proteção aos refugiados ambientais se revela no século XXI um grave problema humanitário que necessita de

²⁶ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Econômicos, Sociais e Culturais 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/desc.html>> Acesso em: 20 jun.2017.

²⁷ Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo de 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>> Acesso em: 20 jun.2017.

medidas urgentes. Muito embora seja inegável a existência dessa categoria migratória, sua definição legal se mantém nebulosa, uma vez que estes não se enquadram nos exatos termos das conceituações previstas nos instrumentos jurídicos específicos de proteção aos refugiados, mormente a Convenção de Genebra de 1951.

Nesse diapasão, o presente artigo trouxe à lume a necessidade de se buscar mecanismos de proteção aos refugiados ambientais. Assim, mesmo diante deste eventual limbo jurídico vivenciado por este contingente de pessoas, se defendeu aqui que a tutela jurídica destes não somente pode, mas deve ser embasada em outros instrumentos jurídicos internacionais de proteção da pessoa humana, com destaque para os direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente.

O fundamento da proteção jurídica no âmbito do direito internacional dos direitos humanos é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Em sendo assim, tomando por premissa tal princípio, fundamenta-se e justifica-se a proteção aos refugiados ambientais, sob pena de flagrante violação de direitos humanos, que deve ser repelida pela comunidade internacional.

Considerando ainda que os danos ambientais e suas consequências perversas não tem fronteiras, é necessário que os Estados atribuam efetividade ao princípio da solidariedade internacional. O apoio às populações inteiras que sofrem os efeitos dos problemas ambientais e são obrigadas a migrar, não pode se circunscrever e ser abordado como sendo uma dificuldade de âmbito local ou regional, mas como uma questão de ordem mundial.

Muito embora se possa, como se defendeu nesse trabalho, buscar formas alternativas de proteção aos refugiados ambientais embasadas em outros instrumentos jurídicos já existentes, a circunstância de não estarem claramente tutelados pelo direito internacional dos refugiados tem se mostrado um desafio constante para sua efetiva proteção, ainda mais se considerarmos que as barreiras migratórias se encontram cada vez mais rígidas no século XXI. De toda sorte, “negar-lhes um mínimo de direitos, seja sob a ótica do direito internacional ou do direito interno estatal, é negar-lhes a busca pela própria sobrevivência e os direitos mais básicos inscritos nos instrumentos internacionais de direitos humanos”²⁸.

²⁸ CLARO, Carolina de Abreu Batista. *O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos “refugiados ambientais”*. In: RAMOS, André Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: ACNUR/ANDHEP/Editora CL-A, 2011, p. 257.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção da Organização de Unidade Africana**, de 10 de Setembro de 1969. Disponível em:<<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Convenção de Kampala de 2009**, de 22 de outubro de 2009. Disponível em:<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/convencao_de_kampala.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Declaração de Cartagena**, de 22 de novembro de 1984. Disponível em:<<http://www.acnur.org/t3 /portugues/recursos/documentos>> Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement**, May 2009. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>> Acesso em: 20 jun. 2017.

ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (coords.). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Luciana Mendes. A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas. **I Simpósio em Relações Internacionais do Programa de pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas** (UNESP, UNICAMP e PUC-SP), 12 a 14 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BORRAS PENTINAT, Susana. Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional Del medio ambiente. **Revista de derecho** (Valdivia), 19(2), 85-108. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000200004>> Acesso em: 24 abr. 2017.

BREITWISSE, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. **Revista de Direito Ambiental**. v. 56. p. 142-166, out./dez. 2009.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A proteção dos “refugiados ambientais” no direito internacional**. 2015.327 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

_____. O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos “refugiados ambientais”. In: RAMOS, André Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: ACNUR/ANDHEP/Editora CL-A, 2011, p. 241-269.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>>. Acesso em: 20 jun. 2017

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>> Acesso em: 20 jun. 2017

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Econômicos, Sociais e Culturais 1966**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>> Acesso em: 20 jun. 2017.

DERANI, Cristiane. **Dicionário de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=refugiado+ambiental>> Acesso em: 20 jun. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. Refugiados Ambientais: Uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica internacional. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 7, p. 123-132, junho/2010.

PENTINAT, Susana B. El Estatuto Jurídico de Protección Internacional de los Refugiados Ambientales. **Revista Internacional de Mobilidade Humana**. Brasília, Ano XIX, n. 36, p. 11-48, jan./jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito da USP, 2011. São Paulo: 2011.

* Recebido em 27 jul. 2017.

DOUTRINA ESTRANGEIRA



IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS: ESTUDO LUSO-BRASILEIRO ACERCA DA SUA ADMISSIBILIDADE

*João Ricardo Catarino**
*Denise Lucena Cavalcante***

Resumo

A tributação das grandes fortunas é invocada como meio de alcançar duplo fim: melhorar a distribuição da renda e da riqueza e permitir ao Estado alcançar maiores níveis de receita para fazer face à profunda crise econômica. Neste estudo, discorremos sobre as soluções que, no Brasil e em Portugal, estão sendo adotadas, visando a esses fins e seus contornos específicos. Adicionamos, ainda, alguns dados sobre soluções adotadas noutras países, em especial, europeus, e discorrendo a respeito de algumas das suas características essenciais. Finalmente, refletimos acerca das vantagens e dos inconvenientes derivados da adoção destes modelos impositivos, sistematizando os aspectos positivos e negativos da adoção de um imposto sobre as grandes fortunas, bem como as dificuldades específicas com que se confrontará, seja no plano teórico seja no plano concreto, a sua implementação. A relevância desta pesquisa assenta também no fato de se apontarem, em especial, as dificuldades destes modelos impositivos em face dos princípios fiscais estruturantes e da ideia geral de justiça que sustenta os sistemas fiscais dos nossos dias.

Palavras-chave

Imposto sobre grandes fortunas; tributação da riqueza; justiça fiscal.

TAX ON GREAT FORTUNES: A LUSO-BRAZILIAN STUDY ABOUT ITS ADMISSIBILITY

Abstract

Large fortunes taxation has been used as a way of achieving a double goal: to improve the distribution of income and wealth and to enable the state to achieve higher levels of revenue to cope with the deep economic crisis. In this study we discuss solutions that have being adopted in Brazil and Portugal aiming at these ends and their specific contours. We also added some data

* Doutor pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL). Professor Associado com Agregação do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Membro da Comissão de Implementação do IVA em Portugal (1986), da Comissão de Reforma dos Impostos sobre o Património, e Membro da Comissão de Reforma do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (2014). Juiz-Árbitro na arbitragem tributária no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa. E-mail: jcatarino@iscsp.ulisboa.pt.

** Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação (UFC-FA7). Procuradora da Fazenda Nacional — Ministério da Fazenda/Brasil. E-mail: deniluc@fortalnet.com.br.

on solutions adopted in other countries, especially European ones, and discussing some of their essential characteristics. Lastly, it reflects on the advantages and disadvantages of adopting these tax models by systematizing the positive and negative aspects of establishing of a tax on large fortunes. Besides that specific difficulties will faced, both theoretically and concrete plan, its implementation. The relevance of this research is also based on the fact that, in particular, the difficulties of these tax models are pointed out in view of the structuring fiscal principles and the general idea of justice that support today's tax systems are based on.

Keywords

Tax on large fortunes. Taxation of wealth. Tax justice.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A realidade dos graves problemas financeiros decorrentes da crise econômica vivenciados por Portugal e, agora, pelo Brasil, com a desestabilização da economia, agravada por uma carga tributária pesada e regressiva, com severa desigualdade de rendas, motiva inúmeras reflexões em torno da necessária tributação da riqueza.

Os Estados europeus e, em especial, os mais afetados pela crise, entre os quais Portugal, fizeram grandes esforços para reorganizar as suas finanças depois da crise iniciada na Europa em 2007/2008. Neste caso, os dados demonstram que a consolidação das contas públicas se deu, no caso português, sobretudo pela via do aumento da receita em vez da consolidação (diminuição sustentada) das despesas públicas.¹

Neste estudo, questionamo-nos se a tributação das grandes fortunas constitui um mecanismo adequado, no plano dos princípios e da realidade material, para alavancar mais receita, uma vez que as grandes fortunas costumam se diluir nas grandes empresas e esquivam dos campos de incidência tributária tradicionais. A ser possível alcançar a tributação das grandes fortunas, deve esta ter a finalidade redistributiva, punitiva ou meramente arrecadatória?

Considerando que esta discussão é bem atual no Brasil, em virtude da tramitação do Projeto de Lei do Senado n. 534/2011 e PLP n. 277/2008 (e apêndicos), que tratam da regulamentação do art. 153, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e que Portugal e os demais países da OCDE também debatem o tema, este estudo comparado entre os dois países visa a esclarecer a viabilidade desse tipo de tributação, com reflexões contemporâneas que possam esclarecer alguns pontos ainda obscuros.

¹ CATARINO, João Ricardo; SALVADOR, Rui Miguel Alcario. Consolidação orçamental nas economias em crise: o contributo da despesa fiscal em Portugal entre 2011 e 2014. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 2, p. 462-505, 15 ago. 2016, UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v21n2.p462-505>. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9093/pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

2. TRIBUTAÇÃO SOBRE A RIQUEZA

Teoricamente, podemos distinguir a tributação das grandes fortunas, dos patrimônios elevados e a tributação das grandes heranças.

As soluções internacionalmente adotadas são bastante variáveis, não havendo um padrão geral mais ou menos idêntico, ao contrário do que sucede com a tributação da renda das pessoas físicas que todos os Estados adotam, implantando modelos parecidos entre si.

Neste estudo, debruçamo-nos, especificamente, sobre a possibilidade teórica e prática da tributação das grandes fortunas como meio de reforçar a ideia de justiça no sistema fiscal e como instrumento capaz de alavancar receita fiscal sem violar ou, pelo menos, enfraquecer a ideia de justiça prevalecente.

Esta se distingue da possibilidade de tributação de patrimônios elevados, caso em que o foco está (apenas) nos bens imobiliários e não no patrimônio geral dos visados, ficando de fora a tributação agravada de ativos financeiros da mais variada ordem, bem como outros bens ou ativos de detecção difícil, como é o caso do ouro, das obras de arte etc.²

No caso da tributação *causa mortis*, ela se distingue da tributação das grandes fortunas não só porque o fato gerador é o fato-morte, como porque o imposto recai sobre todas as heranças em geral, variando o imposto em função de vários fatores, como o grau de parentesco ou de algumas isenções de base, ao passo que a tributação das grandes fortunas incidirá, normalmente, sobre o complexo dos bens patrimoniais sem considerações desta ordem.

Trata-se, portanto, de modelos impositivos que têm objetos, funções e objetivos diferentes, objetivados em comum no fato de se usar, em todos os casos, a figura do imposto e de se procurar alcançar nova receita.

Seja como for, a tributação da riqueza, hoje, tem parâmetros diferentes dos então existentes no contexto internacional antes da crise do capitalismo de 2008. Tributar a riqueza é uma necessidade contemporânea, constituindo senso comum a noção de não mais se poder permitir o excesso de tributação aos menos favorecidos e a liberação dos mais ricos. A tributação sobre o capital (e nela incluem-se os impostos sobre heranças e grandes fortunas) tem sido descuidada há muito tempo. O tema é delicado e demanda análises técnicas e compatíveis com a realidade de cada País, de maneira a garantir uma tributa-

² CATARINO, João Ricardo, **O lugar e o papel do imposto sobre as grandes fortunas**, Atas do 1.º congresso Luso-Brasileiro de Auditores Fiscais e Aduaneiros, da FEBRAFITE, Porto, Edição APIT, 2016, p. 125-136.

ção equitativa, sem correr o risco de representar um confisco e gerar mais efeitos danosos à economia, do que propriamente trazer benefícios no que se refere à justiça fiscal.

Atualmente, são poucos os países que têm em seu sistema tributário imposto sobre a riqueza acumulada, e o tratamento é específico em cada lugar³, destacando, na União Europeia⁴, Espanha⁵, França e, na América do Sul, Argentina, Colômbia e Uruguai, todos eles com matrizes de tributação bem diferenciadas.

Na Alemanha, Klaus Tipke alertava sobre as dificuldades técnicas de instituir o Imposto sobre o Patrimônio⁶, entendendo que ele só seria admitido em situações de emergência. A tributação sobre a riqueza é assunto que comparece aos debates políticos contemporâneos. Por consequência, a desigualdade de renda também entra no foco da discussão mundial⁷, principalmente nas nações mais atingidas pela crise do capitalismo, onde acentuam-se os desequilíbrios econômicos causados pela concentração de riqueza.

As consequências danosas no mundo contemporâneo decorrentes da dinâmica do capital privado e da concentração de riquezas são alertadas pelos economistas⁸, considerando a insuficiência do imposto de renda progressivo

³ Sobre os casos existentes nos demais países, recomenda-se a leitura do artigo: COSTA, Francisco José Santos da. **Imposto sobre grandes fortunas: um estudo crítico**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17656/imposto-sobre-grandes-fortunas-um-estudo-critico/3#ixzz38EAs1nX0>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴ "El impuesto sobre el Patrimonio no ha sido objeto de armonización en el marco de la Unión Europea. Y ello parece razonable que se así, en la medida en que son muy pocos los Estados comunitarios que cuentan con un impuesto de esta naturaleza. De hecho, únicamente España, Suecia (donde se está planteando su eliminación) y Francia cuentan con un Impuesto sobre el Patrimonio." (VEGA BORREGO, Félix Alberto. **Impuesto sobre el patrimonio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 27-28).

⁵ Ley n.19/1991 (Espanha).

⁶ "No existe ningún motivo para volver a gravar a aquellos que ahorrán o invierten su renta en lugar de consumirla por completo. [...] No debe existir un impuesto que grave de modo especial a las personas que cumplen con honradez sus obligaciones fiscales. Puesto que el Impuesto sobre el Patrimonio se menciona expresamente en el art. 106.2.1 GG, el Tribunal Constitucional no lo declaró inconstitucional como tal en 1993, pero lo dejó tan mutilado que se ha renunciado a su exigencia, entre otros motivos, por los excesivos costes de la valoración del patrimonio, especialmente de la propiedad inmobiliaria. Si se impusiese un Impuesto sobre el Patrimonio para las grandes fortunas, probablemente no tendría más que un valor simbólico. Los asesores fiscales de la 'burguesía' sabrían cómo evitarlo. El fisco se repondría fácilmente de la caída del Impuesto sobre el Patrimonio si se eliminaran radicalmente los beneficios fiscales." (TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 41-42).

⁷ Sobre os conflitos com relação a receita e poder constantes nas sociedades contemporâneas e as causas do fosso entre prosperidade e pobreza ver: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁸ "The major twentieth-century innovation in taxation was the creation and development of the progressive income tax. This institution, which played a key role in the reduction of inequality in the last century, is today seriously threatened by international tax competition. It may also be in jeopardy because its foundations were never clearly thought through, owing to the fact

como instrumento na redução das desigualdades. Esta realidade é bem evidente nos dias atuais. A tributação da renda conhece assimetrias acentuadas em função da natureza da renda recebida e, por outro lado, são usados impostos alegadamente redistributivos sem que existam a necessária densidade teórica e estudos dos seus efeitos na redistribuição da renda⁹ e da riqueza pelos mais desfavorecidos. No fluxo das grandes fortunas ou dos patrimônios elevados, a tributação é adotada sem a dogmática de suporte que realmente demonstre a existência de capacidade contributiva nova, além da já revelada no processo de obtenção que a antecedeu.

3. A TRIBUTAÇÃO DA RIQUEZA EM PORTUGAL E NAS DIRETRIZES DA OCDE

A OCDE tem-se debruçado sobre o problema da distribuição da renda em diversos relatórios e estudos^{10 11 12 13}. Eles dão conta de que tem ocorrido,

that it was instituted in an emergency that left little time for reflection. The same is true of the progressive tax on inheritances, which was the second major fiscal innovation of the twentieth century and has also been challenged in recent decades." PIKETTY, Thomas. **Capital in the twenty-first century**. Tradução de Arthur Goldhammer. England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 493.

- ⁹ Paul Kirchhof critica o caráter redistributivo do tributo, porém, é preciso destacar que o contexto alemão é bem diferente dos demais países, principalmente, do Brasil, onde a corrida do sucesso não tem o mesmo ponto de partida. Assim expõe o autor: "Ocasionalmente, há referências na doutrina do direito tributário de que os tributos deveriam atuar como instrumentos de redistribuição, não podendo ser limitados por uma garantia à propriedade. [...]. Quem consegue um sucesso acima da média sob essas mesmas condições não pode ser repreendido pelo direito tributário de um Estado que se quer comprometido com as liberdades. Por esse motivo o tributo não é um instrumento de distribuição. (KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado Constitucional**. Tradução de Pedro Adamy, São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 71-72).
- ¹⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **In It Together: Why Less Inequality Benefits All**. 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/employment/in-it-together-why-less-inequality-benefits-all_9789264235120-en#.WMVcbNLvIu#page1>. Acesso em: 12 mar. 2017
- ¹¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising**. 2011. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/the-causes-of-growing-inequalities-in-oecd-countries_9789264119536-en#.WMWLLdIrLIU>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- ¹² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **All on Board: Making Inclusive Growth Happen**, 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/development/all-on-board_9789264218512-en#.WMV52NLvIu>. OCDE. **Income Inequality: The Gap between Rich and Poor**, 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/income-inequality_9789264246010-en#.WMV5NtLyvIU>; OCDE. **Income Inequality: The Gap between Rich and Poor**. 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/income-inequality_9789264246010-en#.WMV5NtLyvIU>. OCDE. **Income Inequality: The Gap between Rich and Poor**. 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/income-inequality_9789264246010-en#.WMV5NtLyvIU>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- ¹³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Income Inequality: The Gap between Rich and Poor**. 2015. Disponível em: <<http://www.keepeek.com/>

nos últimos decênios, um crescimento da desigualdade real de renda, com todos os problemas que isso acarreta, quer do ponto de vista da justiça relativa, quer do desenvolvimento harmonioso das sociedades humanas. Vejamos o quadro geral seguinte:

Quadro 1 - Evolução do índice de desigualdade nos países da União Europeia¹⁴

DESCRIPÇÃO	ANOS					Δ ANOS (%)			
	2010	2011	2012	2013	2014	10/11	11/12	12/13	13/14
DE - Alemanha	4,50	4,50	4,30	4,60	5,10	0,00	-4,44	6,98	10,87
AT - Áustria	4,30	4,10	4,20	4,10	4,10	-4,65	2,44	-2,38	0,00
BE - Bélgica	3,90	3,90	4,00	3,80	3,80	0,00	2,56	-5,00	0,00
BG - Bulgária	5,90	6,50	6,10	6,60	6,80	10,17	-6,15	8,20	3,03
CY - Chipre	4,50	4,30	4,70	4,90	5,40	-4,44	9,30	4,26	10,20
HR - Croácia	5,50	5,60	5,40	5,30	5,10	1,82	-3,57	-1,85	-3,77
DK - Dinamarca	4,40	4,00	3,90	4,00	4,10	-9,09	-2,50	2,56	2,50
SK - Eslováquia	3,80	3,80	3,70	3,60	3,90	0,00	-2,63	-2,70	8,33
SI - Eslovénia	3,40	3,50	3,40	3,60	3,70	2,94	-2,86	5,88	2,78
ES - Espanha	6,20	6,30	6,50	6,30	6,80	1,61	3,17	-3,08	7,94
EE - Estónia	5,00	5,30	5,40	5,50	6,50	6,00	1,89	1,85	18,18
FI - Finlândia	3,60	3,70	3,70	3,60	3,60	2,78	0,00	-2,70	0,00
FR - França	4,40	4,60	4,50	4,50	4,30	4,55	-2,17	0,00	-4,44
GR - Grécia	5,60	6,00	6,60	6,60	6,50	7,14	10,00	0,00	-1,52
HU - Hungria	3,40	3,90	4,00	4,30	4,30	14,71	2,56	7,50	0,00
IE - Irlanda	4,70	4,60	4,70	4,50	4,80	-2,13	2,17	-4,26	6,67
IT - Itália	5,40	5,70	5,60	5,80	5,80	5,56	-1,75	3,57	0,00
LV - Letónia	6,80	6,50	6,50	6,30	6,50	-4,41	0,00	-3,08	3,17
LT - Lituânia	7,30	5,80	5,30	6,10	6,10	-20,55	-8,62	15,09	0,00
LU - Luxemburgo	4,10	4,00	4,10	4,60	4,40	-2,44	2,50	12,20	-4,35
MT - Malta	4,30	4,00	3,90	4,10	4,00	-6,98	-2,50	5,13	-2,44
NL - Países Baixos	3,70	3,80	3,60	3,60	3,80	2,70	-5,26	0,00	5,56
PL - Polónia	5,00	5,00	4,90	4,90	4,90	0,00	-2,00	0,00	0,00
PT - Portugal	5,60	5,70	5,80	6,00	6,20	1,79	1,75	3,45	3,33
UK - Reino Unido	5,40	5,30	5,00	4,60	5,10	-1,85	-5,66	-8,00	10,87
CZ - República Checa	3,50	3,50	3,50	3,40	3,50	0,00	0,00	-2,86	2,94
RO - Roménia	6,10	6,20	6,60	6,80	7,20	1,64	6,45	3,03	5,88
SE - Suécia	3,50	3,60	3,70	3,70	3,90	2,86	2,78	0,00	5,41

Fonte: Elaboração própria. Fontes de Dados: Eurostat | Entidades Nacionais - Painel Europeu dos Agregados Familiares (PEAF); Estatísticas Europeias sobre Rendimentos e Condições de Vida (EU-SILC), extraídos do Portadata. Dados atualizados em 18 out. 2016.

Como se pode verificar, a evolução da desigualdade expressa um crescimento que, em termos percentuais, oscila de mais 10% a menos 4,4%.

Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/income-inequality_9789264246010-en#.WMV5NtLyvIU>. Acesso em: 12 mar. 2015.

¹⁴ **Desigualdade na Distribuição do Rendimento**, S80/S20. O indicador de desigualdade na distribuição do rendimento S80/S20 compara o rendimento dos 20% mais ricos com o rendimento dos 20% mais pobres de uma população. Quanto maior é este indicador, maior é a desigualdade na distribuição do rendimento entre a população. Por exemplo, se o rácio é 6, então o rendimento dos 20% mais ricos é seis vezes superior ao dos 20% mais pobres.

Quanto mais elevada a proporção entre os valores apresentados, maior a desigualdade na distribuição da renda.

Em Portugal, as mesmas fontes evidenciam uma continuada tendência para o crescimento da desigualdade da riqueza e da renda obtida. Os dados disponíveis não só evidenciam que Portugal é dos países mais desiguais da OCDE e da própria União Europeia, como que essa desigualdade se tem acentuado nos últimos anos. Com efeito, os dados evidenciam que não só houve um agravamento da desigualdade, como, em 2014, o rácio foi de 6,20, significando dizer que o rendimento dos 20% mais ricos foi mais de seis vezes superior ao dos 20% mais pobres.

A mais aguda crise financeira dos últimos anos, desde 2007, sujeitou o País a um regime de assistência financeira internacional mediante o qual o conjunto das instituições que prestou essa ajuda impôs modificações expressivas na legislação em diversas frentes (laboral, financeira, fiscal, funcionamento da justiça, mercado de arrendamento, sistema de saúde, entre várias outras) conforme consta do Programa de Assistência Financeira (MoU — *Memorandum of Understanding*) celebrado com o Banco Mundial, a União Europeia e o FMI e que esteve em vigor de 2011 a 2013¹⁵. Deste MoU resultou o compromisso português de realização de várias reformas estruturais, de reforço da arquitetura financeira do Estado, o compromisso da redução da despesa pública e de agravamento de impostos para satisfazer os compromissos financeiros de Portugal e alcançar a consolidação fiscal e a sustentabilidade financeira das contas públicas a longo prazo.¹⁶

¹⁵ Os objetivos fixados foram os seguintes: “Reducir o défice das Administrações Públicas para menos de 10.068 milhões de euros (equivalente a 5,9% do PIB baseado nas projeções ao tempo) em 2011, para 7.645 milhões de euros (4,5% do PIB) em 2012 e para 5.224 milhões de euros (3,0% do PIB) em 2013, através de medidas estruturais de elevada qualidade e minimizando o impacto da consolidação orçamental nos grupos vulneráveis; trazer o rácio dívida pública/PIB para uma trajetória descendente a partir de 2013; manter a consolidação orçamental a médio prazo até se obter uma posição de equilíbrio orçamental, nomeadamente através da contenção do crescimento da despesa; apoiar a competitividade através de um ajustamento da estrutura de impostos que seja neutral do ponto de vista orçamental.” Para alcançar os seus objetivos, foi necessário aumentar o lado da receita e diminuir a despesa e, para isso, houve que implementar medidas no período sob análise. Uma das medidas foi a restruturação das deduções e dos benefícios fiscais em sede de IRS. Assim, o Estado português teve que introduzir uma regra de congelamento em todos os benefícios fiscais, não permitindo novos benefícios nem o alargamento dos existentes. Teve também que reduzir as deduções.

¹⁶ CATARINO, João Ricardo; FONSECA, Jaime. Sustentabilidade Financeira e Orçamental em Contexto de Crise Global Numa Europa de Moeda Única. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 34, n. 67, p.21-52, 9 dez. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p21>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p21/25841>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

Deste quadro muito difícil, resultou amplo pacote de medidas legislativas que, no plano financeiro, não mostrou qualquer preocupação com a já existente desigualdade da renda, uma vez que finalidade dessas medidas era garantir a solvência financeira imediata do Estado.

Nesse contexto, vários impostos foram agravados, inclusive, com maior expressão, o imposto de renda das pessoas físicas (em Portugal, denominadas singulares - IRS). Com efeito, exemplificativamente, o número de escalões de alíquotas de IRS passou e oito para cinco, atingindo-se a alíquota máxima do imposto de 48% logo aos 80.000€ de renda bruta em 2013, contra a alíquota máxima de 46,5% os 153 000€ em 2012, conforme se evidencia nas tabelas 1 e 2 anexas. A partir deste escalão e para rendas até 250.000€, para além da tributação pelo último escalão de renda a uma alíquota nominal de 48%, passou, ainda, a ser aplicado um imposto adicional de solidariedade de 2,5%, ao passo que, a partir de 250.000€, essa alíquota foi elevada para 5%.

Foi ainda criada uma sobretaxa extraordinária de 3,5% para rendas acima dos 80.000€ (em 2016) sobre todos os rendimentos englobados na declaração anual de IRS, auferidos por sujeitos passivos residentes em território português, aplicável à renda coletável de IRS que excede o valor da remuneração mínima mensal garantida (6.790€) por sujeito passivo. Esta sobretaxa incide também sobre alguns rendimentos sujeitos a taxa especial, nomeadamente os rendimentos auferidos pelos residentes não habituais em Portugal. Os sujeitos passivos que auferiram rendimentos de trabalho dependente e pensiones foram sujeitos a uma retenção na fonte mensal. Esta retenção é efetuada a título de pagamento por conta da sobretaxa devida a final e que vier a ser apurada com a entrega da declaração anual do imposto de renda (IRS). Relativamente aos rendimentos de outras fontes, a sobretaxa extraordinária será apurada por meio da apresentação da declaração de rendimentos anual.

Estas modificações foram operadas sob o prisma da ditadura ou da primazia da receita fiscal e não tiveram nenhuma preocupação com uma melhor distribuição da renda, descaracterizaram o modelo de tributação da renda das pessoas físicas¹⁷ e induziram uma clara perda de densidade dos princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da justiça, que enformam, ao menos em teoria, os sistemas fiscais modernos em toda a parte.¹⁸

¹⁷ Essa descaracterização decorreu, ainda, do fato de o modelo ter se tornado mais dual, com perda dos elementos da unidade do imposto e da tributação da renda global, como demonstramos em: CATARINO, João Ricardo; VÔUGA, Margarida. *Personal income tax: comprehensive or dual? A comparative study of the Portuguese and Spanish Systems*. Economic Analysis of Law Review, Revista de Direito da UCB - Universidade Católica de Brasília, ISSN 2178-0587, Vol.VI, n.º 1, jan./jun., 2015, p. 72-90.

¹⁸ Neste sentido, ver: CATARINO, João Ricardo; TEIXEIRA, Maria Adosinda. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise — um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 3, p.718-747, dez. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/>

Desde 2004, todavia, inclusive que Portugal não tributa, em geral, as transmissões por morte quando as mesmas operem a favor do cônjuge, filhos ou ascendentes. As demais transmissões gratuitas *mortis causa* são tributadas a uma alíquota proporcional de 10%, aplicável ao conjunto dos bens deixados.

De 2012 até 2016, vigorou ainda um imposto que tributa os imóveis de valor patrimonial tributário (valor fiscal) superior a um milhão de euros, mas o mesmo foi objeto de larga contestação nos tribunais judiciais e arbitrais (arbitragem tributária) com fundamento na violação do princípio da igualdade, da proporcionalidade e da justiça na tributação.

Com efeito, tem vencido a tese de que esse imposto, entretanto abolido em 2017, inclusive, era violador dos mencionados princípios e, consequentemente, da justiça e da equidade na repartição dos encargos tributários, porque, para além de outros problemas, tratava de forma objetivamente desigual contribuintes materialmente iguais, isto é, possuidores do mesmo nível de patrimônio. Assim, um contribuinte que possua dez imóveis, cada um deles com um valor fiscal de 999.999€, num valor total de patrimônio imobiliário próximo dos dez milhões de euros, não fica sujeito a este imposto, ao passo que um contribuinte possuidor de um só imóvel no valor de 1.000.001€ fica sujeito ao imposto no valor de dez mil euros.¹⁹

Como se vê, é uma solução legislativa incompreensível, violadora do princípio da capacidade contributiva em articulação com o princípio da igualdade e da justiça material na tributação, entre outros.

Em consequência, este imposto sobre imóveis de valor fiscal superior a um milhão de euros foi eliminado em 2016. Atualmente vigora o imposto adicional ao IMI — Imposto Municipal sobre Imóveis, que passa a tributar os prédios urbanos situados no território português.

3.1. Um modelo para a tributação das grandes fortunas em Portugal?

Portugal não possui um imposto que recaia, especificamente, sobre as grandes fortunas, como o previsto no sistema tributário brasileiro. Foram ado-

10.1590/2317-6172201630. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n3/1808-2432-rdgv-12-03-0718.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017; CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária:** Estado social e escolha individual. Coleção Teses de Doutoramento. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁹ A tributação opera através do Imposto do Selo, o mais antigo dos impostos gerais do sistema fiscal português, com origens do século XVII, tributando inicialmente as transações de bens em geral, bem como, mais recentemente, os actos, contratos, documentos, títulos, livros, papeis, e outros factos previstos na tabela geral, bem como as transmissões gratuitas de bens (desde 2004) e que, por aditamento de uma norma geral de incidência (a Verba 28 da respectiva Tabela Geral), veio a tributar bens imóveis de valor (fiscal) unitário superior a um milhão de euros.

tadas, porém, medidas que visam a tributar, na prática, os “maiores patrimônios” materializadas numa proposta concreta, a partir de 2017, pela qual o Governo português, eliminando o anterior imposto que incidia autônoma e isoladamente sobre cada imóvel de valor superior a um milhão de euros, passou a tributar o patrimônio imobiliário global de valor (fiscal) acima de 600.000€, por contribuinte (um milhão e duzentos mil por contribuintes casados que optam pela tributação neste imposto, conjuntamente).

Este novo imposto, que surge sob a forma de adicional ao imposto geral sobre o patrimônio, o IMI (imposto municipal sobre o valor fiscal dos imóveis), passa a abranger todos os prédios urbanos localizados em Portugal, com exceção dos classificados como industriais, comerciais ou para serviços e outros (n.º 2 do art. 135º-B, do Código do IMI). O valor tributável deste Adicional ao IMI incide sobre a totalidade dos valores patrimoniais tributários dos imóveis de cada sujeito passivo, sendo que este imposto incide sobre valores tributáveis acima dos € 600.000.

O valor tributável corresponde à soma dos valores patrimoniais tributários dos sujeitos, reportados a 1º de janeiro do ano a que respeita o Adicional ao IMI, dos prédios que constam nas matrizes prediais na sua titularidade. Do valor tributável assim apurado, são deduzidas as seguintes importâncias:

- € 600 000,00, quando o sujeito passivo é uma pessoa singular;
- € 600 000,00, quando o sujeito passivo é uma herança indivisa;
- € 600 000,00, quando o sujeito passivo é uma pessoa coletiva /jurídica com atividade agrícola, industrial ou comercial, para os imóveis diretamente afetos ao seu funcionamento, que não estejam excluídos.

A tributação incide sobre o valor do patrimônio que excede este montante de base, aplicando-se uma alíquota de 0,4% às pessoas jurídicas e de 0,7% às pessoas físicas e às heranças indivisas. Esta alíquota pode ser de 1% nos casos em que o valor tributável para este efeito seja superior a um milhão de euros. Trata-se de um novo imposto com evidentes preocupações de receita, fracas justificações no plano da justiça, e por objetivo tributar os patrimônios imobiliários elevados. Tributa-se a classe média poupadá.

3.2. Aspectos em favor da tributação das grandes fortunas

Tendo por base os estudos realizados, podemos destacar alguns aspectos relevantes para a tributação das grandes fortunas.

- a) Há um ambiente propício à sua tributação, em razão das manifestas desigualdades de renda, acentuadas nos últimos anos, como o atestam os sucessivos relatórios da OCDE a que fizemos

referência (*Divided we stand: why inequality keeps rising; Income inequality etc*), mostrando que a desigualdade da distribuição da renda e da riqueza no mundo se tem acentuado, com importantes efeitos negativos sobre a estabilidade das relações sociais, a crença no desenvolvimento social, sem que os Estados e as políticas públicas dirigidas ao seu combate evidenciem melhorias num fenómeno que é global.

- b) Há uma pressão clara sobre a receita pública, como resultante da tensão sobre a redução da despesa pública, a necessidade de exercer maior controlo sobre os défices e a dívida pública, que empurram os governos para o aumento sucessivo de impostos, agravando, vez após vez, a tributação sobre todas as rendas capturáveis²⁰.
- c) Há, ainda, nos sistemas tributários, um ambiente propício à tributação (desigualdades; aumento generalizado dos níveis de carga fiscal) das fortunas acumuladas, em especial das materializadas em bens imobiliários, uma vez que as fortunas em ativos financeiros, pela maior facilidade de deslocalização para jurisdições “mais amigáveis”, são mais difficilmente capturadas, por dificuldades de coordenação e de articulação dos sistemas fiscais nacionais e pela ausência de regras universais ou uma autoridade pública internacional que coordene os interesses dos Estados.
- d) Há, ainda, um ambiente normativo propício à promoção e ao aprofundamento da ideia de “justiça social”, ainda que não se saiba exatamente em que ela consiste, e ao reforço da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento como desígnio dos sistemas fiscais dos nossos dias, ainda que não se saiba exatamente se ele produz efeitos reais e expressivos, como se pode concluir da leitura do disposto nos artigos 5º, da LGT, e art. 104, n. 3, CRP ou 153 e 157 da Constituição brasileira, e de propósito nubloso para além da legitimação para alcançar maiores níveis de tributação.

Há, entretanto, dificuldades assinaláveis na tributação das grandes fortunas. Vejamos algumas delas.

²⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Taxing Wages 2015.** 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/taxing-wages-2015_tax_wages-2015-en#.WMWzNdIrLIU>. Acesso em: 12 mar. 2017.

3.3. Dificuldades na tributação das grandes fortunas

A tributação das grandes fortunas exprime dificuldades assinaláveis, algumas das quais de elevado peso, que introduzem fatores de complexidade de relevo e provocam desequilíbrios ao nível dos princípios e valores que devem presidir à tributação.

Há, desde logo, um problema de ordem sociológica; que é o de saber se as grandes fortunas devem ser tributadas autonomamente, enquanto tal.²¹ E, neste respeito, como se pode antever, as opiniões tendem a divergir fortemente. Ao passo que, para uns, as grandes fortunas devem ser tributadas porque representam acervos de riqueza acumulada onde há margem para tributação, para outros, o fato de elas existirem não deve constituir, de *per se*, fundamento para a sua tributação, pelo menos desde que sobre elas não recaiam suspeitas sobre a respectiva ilicitude ou ilegitimidade. Seja como for, um estudo sobre a ocorrência de capacidade contributiva nova, autónoma e distinta da anteriormente revelada ao nível das rendas que geraram o acúmulo patrimonial é requerida para a plena densificação do ideal de justiça prevalente.

Se esta (nova renda) não existir, não deixa de ser fundamentalmente correto considerar que a tributação das grandes fortunas não deve ocorrer simplesmente porque elas existem. Até porque, supondo que os sistemas tributários são (ao menos conceitualmente) eficientes e justos, é de esperar que as grandes fortunas sejam já o resultado da atividade de indivíduos bem-sucedidos que pagaram em tempo todos os respectivos impostos, quando obtiveram as rendas e os demais ganhos acumulados. Sendo assim, não parece legítimo que as grandes fortunas sejam tributadas apenas porque são acúmulos patrimoniais de relevo, pois isso nada nos diz em termos do padrão de justiça que deve prevalecer na distribuição dos encargos fiscais por todos.

Depois, no que respeita às “grandes fortunas financeiras”, há de considerar que elas são o resultado de decisões de não consumo, expressando ponderadas decisões de poupança (riqueza poupada) que são fundamentais para o funcionamento da economia; ou representam decisões de investimento adiado, pelo que têm um potencial de criação de nova riqueza que deve ser valorizado e protegido num mundo carente de investimento.

Há, seguidamente, um problema conceitual concreto, o de saber o que é uma grande fortuna. A este soma-se um outro, saber qual deve ser, à luz do ideal de justiça prevalecente, o racional teórico subjacente à sua tributação autónoma, para além da tributação da (nova) renda anualmente obtida, sob pena

²¹ Ver: FAVEIRO, Vitor António Duarte. **O Estatuto do contribuinte:** a pessoa do contribuinte no estado social de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

da iniquidade e consequente ilegalidade (senão mesmo inconstitucionalidade) do imposto.

Neste contexto há, é certo, a possibilidade de justificar um imposto sobre as grandes fortunas sob a óptica da solidariedade, mas mesmo esta não é consensual. Há, depois, a volatilidade inerente ao ideal de tributação progressiva da renda como forma de efetivar a ideia e justiça social, que pode agravar a justiça material na distribuição efetiva dos encargos tributários.

Há, também, um problema de efetividade prática — as grandes fortunas são avessas a ambientes tributários de alta tributação e tendem a deslocalizar-se facilmente, sobretudo se assentarem em ativos financeiros. O planejamento fiscal agressivo é uma realidade com contornos antiéticos, mas não deve ser descurado.²² Neste contexto, as jurisdições que optem por tributá-las mais pesadamente de maneira autônoma tendem a perder ativos que são importantes como fonte de liquidez e de investimento, necessário ao desenvolvimento econômico. Isso justifica que as alíquotas que normalmente tributam os rendimentos típicos de capitais tendem a ser mais baixas do que as que tributam as rendas do trabalho assalariado ou as pensões, exatamente porque os Estados não querem perder para outros a disponibilidade dessas fortunas líquidas.

Depois, há que ponderar se a perturbação e a alteração de equilíbrios nos sistemas fiscais são compensadas pelas receitas que possam derivar de um imposto sobre as grandes fortunas.

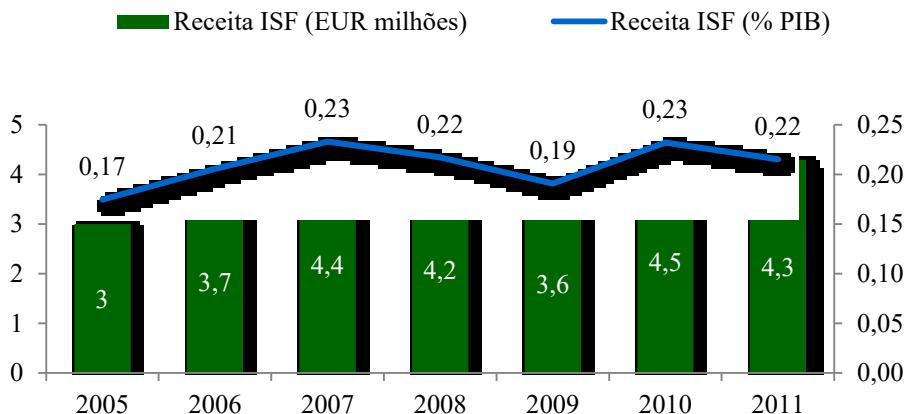
O exemplo mais paradigmático neste respeito é, na Europa, o francês, onde existe um imposto de solidariedade sobre as grandes fortunas. A receita fiscal com o Imposto de Solidariedade sobre a Fortuna (*Impôt de solidarité sur la fortune* (ISF) em França está expressa no Gráfico 1.

A receita, embora expressiva, é, em termos percentuais, muito pequena, sendo legítimas as dúvidas que se possam colocar sobre o impacto nas receitas fiscais totais do Estado francês.

Diante dessas considerações, restam claras as dificuldades na instituição de um imposto sobre grandes fortunas, sendo necessário, não somente uma análise ao nível do equilíbrio dos princípios envolvidos, uma análise jurídica rigorosa, como também precisa ser feita uma análise econômica sobre os benefícios e problemas desta forma de tributar, não esquecendo as (amplos) possibilidades no alcance dos titulares das grandes fortunas em se subtrair a um possível imposto.

²² Ver: CALDAS, Marta. **O conceito de planejamento fiscal agressivo: novos limites ao planejamento fiscal?** Almedina: Coimbra, 2015.

Gráfico 1 - Evolução histórica da receita do ISF



4. A CRISE ECONÔMICA NO BRASIL E A PREVISÃO DE INSTITUIÇÃO DOS IMPOSTOS SOBRE AS GRANDES FORTUNAS E SOBRE GRANDES HERANÇAS

A compreensão sob o ponto de vista político e socioeconômico que atravessa o Brasil é fundamental para uma abordagem crítica sobre a instituição de novos impostos, tais como os tributos incidentes sobre maiores riquezas, como o Imposto sobre Grandes Fortunas e o Imposto sobre Grandes Heranças.

A grave crise econômica, acentuada pela instabilidade política e institucional no País, impõe novas reflexões, tanto no enfoque do cidadão-contribuinte, como no âmbito do Estado.

Neste momento de turbulência, o aumento da arrecadação é sempre assunto em pauta, com previsão constante de medidas fiscais que possibilitem o incremento da receita pública, tais como a instituição de um novo Imposto sobre as Grandes Heranças; da regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas; do aumento da alíquota do tributo sobre Ganho de Capital; da repatriação de bens de capital; da volta da CPMF — Contribuição sobre a Movimentação Financeira — enfim, todas medidas que têm repercussão direta no bolso do contribuinte brasileiro.

4.1. Imposto sobre Grandes Fortunas - IGF

O Imposto sobre Grandes Fortunas - IGF, apesar de previsto desde 1988, no art. 153, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda

não foi regulamentado pela União Federal, sendo um raro caso de não exercício da competência tributária²³.

Como discorrido, se faz necessária uma mudança de padrão na tributação sobre a riqueza no mundo, considerando a acentuada desigualdade de renda dos cidadãos. No Brasil, esta realidade é sensível. O **Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira**²⁴, que apresenta as pesquisas sobre desigualdade da renda no País, destacou a concentração substancial de renda entre os mais ricos. Em média, o 1% mais rico acumula 14% da renda declarada no IRPF e 15% de toda a riqueza.

Mesmo com toda essa discrepância entre as rendas da população, a tributação da riqueza pelo IGF não saiu do Texto Constitucional. As justificativas deste imposto são a redistribuição de riquezas e a minimização das desigualdades econômicas, inclusive vinculando o produto da arrecadação ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos exatos termos do art. 80, inciso III, dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias.²⁵

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, alguns projetos de lei surgiram, mas não tiveram êxito²⁶. Nos últimos anos, há a tentativa de regulamentá-lo, mas ainda de maneira bem confusa. Atualmente, tramitam diversos projetos no Congresso Nacional, sendo eles: PLP n. 26/2011, PLP n. 62/2011, PLP n. 130/2012, PLP n. 48/2011, PLP n. 2/2015, PLP n. 6/2015, PLP n. 10/

²³ “O imposto sobre grandes fortunas é um caso raríssimo de competência tributária não exercida. Embora autorizada sua criação desde o advento da Constituição de 1988, o Congresso Nacional até agora não votou a lei complementar necessária para definir o que se deve entender *como grande fortuna*. [...] A verdadeira razão para a não criação do imposto sobre grandes fortunas não está relacionada a aspectos técnicos ou administrativos. É simplesmente uma questão política. Uma questão relacionada ao exercício do poder e à influência sobre quem o exerce.” (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 345-346).

²⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira**: dados do IRPF 2015/2014. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/transparencia-fiscal/distribuicao-renda-e-riqueza/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

²⁵ Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: [...] III — o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição.

²⁶ O primeiro projeto a ser apresentado foi o PLP n. 108/1989, do deputado Juarez Marques Batista, que juntamente com os PLP n. 208/1989, n. 218/1990, 268/1990, foram posteriormente apensados ao PLS n. 162/1989, arquivado em 2007.

2015, PLP n. 11/2015, PLP n. 281/2016²⁷, PLP. 294/2016²⁸, PLP n. 302/2016²⁹, PLP n. 324/2016³⁰, e o Projeto de Lei do Senado n. 315/2015,³¹ todos apensos ao Projeto de Lei Complementar n. 277/2008. Também em tramitação, segue em separado o Projeto de Lei do Senado n. 534/2011.

Todos cuidam do regulamento do Imposto sobre Grandes Fortunas, com exceção do PLP n. 48/2011, que versa sobre a instituição de uma **Contribuição Social sobre Grandes Fortunas**, vinculando a arrecadação às despesas da saúde. A principal variação entre os textos desses projetos é, tão-somente, em relação ao limite mínimo da primeira incidência, variando de 2 (dois) a 50 (cinquenta) milhões de reais.

O Projeto de Lei do Senado n. 315/2015 é o mais recente, possuindo justificativa semelhante aos anteriores. Destaca-se, contudo, a elevada base de cálculo inicial, indicando o patrimônio cujo valor ultrapasse R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).³² Por sua vez, o Projeto de Lei Complementar n. 277/2008 define limite de isenção bem menor (R\$ 2.000.000,00) e alíquotas que variam de 1% a 5%.

O que se constata nesses projetos é a definição aleatória de valores sem fundamentação técnica adequada que comprove o que é uma grande fortuna.

²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 281, de 17 de maio de 2016. Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal para instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas. **Projeto de Lei Complementar n. 281, de 2016**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1458304&filename=PLP+281/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 294, de 21 de junho de 2016. Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). **Projeto de Lei Complementar n. 294, de 2016**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1469936&filename=PLP+294/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 302, de 13 de julho de 2016. Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas).. **Projeto de Lei Complementar n. 302, de 2016**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1477110&filename=PLP+302/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 324, de 09 de novembro de 2016. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências. **Projeto de Lei Complementar n. 324, de 2016**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1506515&filename=PLP+324/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 315, de 26 de maio de 2015. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras provisões. **Projeto de Lei do Senado n. 315, de 2015 (complementar)**. Brasília, DF, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³² BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 315, de 26 de maio de 2015. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras provisões. **Projeto de Lei do Senado Nº 315, de 2015 (complementar)**. Brasília, DF, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

A disparidade dos valores iniciais da primeira incidência do tributo comprova a ausência da abordagem econômica. O grande risco é a prevalência de um valor inicial de incidência muito baixa, alcançando assalariados e cidadãos que pouparam durante toda uma vida, de modo a ter segurança e um certo patrimônio que não representa uma grande fortuna;³³ ou, de outro lado, estabelecer um campo de incidência tão alto que a arrecadação se diluirá em poucos, não gerando arrecadação que justifique sua instituição.

Comumente, nas justificativas dos projetos do IGF, o fundamento é o art. 3º, da Constituição Federal, que prevê a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, alegando que a incidência sobre o patrimônio seja uma maneira de suprir as deficiências da tributação sobre as fases anteriores.³⁴

Ocorre que tais objetivos estão longe de serem alcançados, se tomarmos como base as superficiais justificativas dos projetos em tramitação. De igual maneira, insuficientes são os relatórios que os rejeitam³⁵, como no caso do PLS n. 128/2008, rejeitado em 2007, com argumentação superficial de que o IGF seria um tributo caro demais para a administração tributária, o que não é verdade, considerando a atual estrutura da administração fazendária federal, com tecnologia e pessoal suficientes para cobrar tributos com estruturas bem mais complexas.

Percebe-se, pois, que o Imposto sobre Grandes Fortunas terá que ser muito bem desenhado pelo legislador, de modo que a lei que o institua não

³³ Ver: TORRES, Héleno Taveira; CAVALCANTE, Denise Lucena. A tributação sobre a riqueza volta a cena: o Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil. In: RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; SILVA, Ruy Martins Altenfeider. *Direito, economia e política*: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: IASP, 2015, p. 682-693.

³⁴ Justificativa do PLS n. 128/2008: “Se patrimônio é renda em estado estático, significa que ela já foi (ou deveria ter sido) tributada no fluxo. Por isso a doutrina aceita que a incidência sobre o patrimônio seja uma maneira de suprir as deficiências de tributação sobre as fases anteriores, o que propicia uma maior aproximação dos parâmetros de justiça fiscal. Os impostos patrimoniais cumprem, nessa concepção, um papel de “sintonia fina”, no sentido de corrigir eventual regressividade do sistema. Os indivíduos de baixa renda consomem proporcionalmente mais — e por isso contribuem proporcionalmente mais com incidências indiretas. Ao contrário, os indivíduos de renda alta consomem e contribuem proporcionalmente menos. Por isso se diz que os impostos indiretos, que incidem sobre o consumo, são injustos e regressivos. A renda não consumida será acumulada sob a forma de patrimônio e, ao fazer incidir sobre ele novos impostos, o sistema estará compensando e corrigindo a tributação sobre o consumo.” (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84527>. Acesso em: 20 maio 2016).

³⁵ Recomendamos a leitura do artigo de Henrique Napoleão Alves sobre a falta de fundamentação nos argumentos que determinaram o arquivamento do projeto de lei, publicado no CONJUR, sob o título “Por que o IGF foi arquivado no Senado?” (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-13/imposto-grandes-fortunas-foi-arquivado-senado>>. Acesso em: 20 maio 2016).

seja, de plano, eivada de inconstitucionalidades. O primeiro passo, não observado nestes projetos, é exatamente a definição da base de cálculo que corresponda à exigência literal da expressão escolhida pelo constituinte originário, qual seja, grandes fortunas³⁶.

Outro ponto a ser considerado refere-se à capacidade contributiva na falta de liquidez do contribuinte, por exemplo, quando o patrimônio for composto exclusivamente por bens imóveis. A lei que instituir o IGF terá que minimizar os efeitos da falta de liquidez, talvez, com um prazo mais elástico para pagamento. Discussão semelhante no contexto estadunidense foi tratada pelo economista John Due³⁷, em meados do século passado, ao alertar sobre as injustiças que podem decorrer da tributação sobre a riqueza. Situações dessa natureza têm que ser avaliadas na instituição desse imposto, de forma que ele

³⁶ “Algumas observações complementares em torno do conceito de “grande fortuna” devem ainda ser estabelecidas. Em primeiro lugar, a noção de grande fortuna pode ser estabelecida pela legislação em termos relativos: um dos projetos apensados estabeleceu o piso de oito mil vezes a faixa de isenção do imposto de renda, outro projeto estabeleceu o piso de seis mil salários mínimos; embora estejam no caminho mais adequado para a questão, ainda cometem equívocos ao se atrelarem a índices determináveis pelo próprio Es-tado. Em segundo lugar, ter uma grande fortuna no Brasil depende do nível de desigualdade existente logo, trata-se de um conceito dependente do grau de disparidade econômica; em outras palavras, é necessário verificar, periodicamente, como estão configuradas as desigualdades econômicas do país. Exemplificativamente, no ano de 2008, o Brasil registrava 220 mil cidadãos que possuíam investimentos no mercado financeiro de pelo menos US\$ 1 milhão, detendo, no total, US\$ 1,2 trilhão em aplicações financeiras; no mesmo sentido, com base em levantamentos das declarações do imposto de renda do ano de 2006, um grupo de 138 declarantes possuíam rendimentos tributáveis acima de R\$ 45 bilhões.” (FERNANDES, André Dias; MELO, Alisson José Maia. O imposto sobre grandes fortunas no Brasil e a redução das desigualdades socioeconômicas: exame da constitucionalidade do PLP 277/2008. Revista *Nomos*, v. 36, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/6324/4553>>. Acesso em: 25 mar. 2017).

³⁷ John Due justifica a incidência do Impuesto sobre la Propiedad Líquida nos Estados Unidos com fundamento na equidadade: “La mayor objeción a un impuesto al patrimonio neto desde el punto de vista equitativo es la carga que recae sobre quienes poseen riqueza pero poco o ningún ingreso corriente. Particularmente si el monto de riqueza poseída fuese pequeño, podrían producirse serias injusticias. Aun los propietarios de grandes fortunas podrían ser castigados seriamente si fuesen compelidos a vender su acervo para abonar impuestos en períodos de depreciación de valores. Tales problemas sugieren la necesidad de una exención mínima del impuesto y de una tasa relativamente baja. Asimismo, podría permitirse al contribuyente pagar en un periodo de años, con recargos moderados, cuando ocurran pérdidas de la venta forzosa del patrimonio. La exención podría establecerse ya sea sobre la base del patrimonio o el ingreso percibido o de una combinación de ambos. Por ejemplo, podría eximirse del pago del gravamen patrimonial a aquellas personas cuyos bienes en conjunto tienen un valor inferior a determinada cifra, si el ingreso corriente anual del año fuese menor del monto fijado. Estos problemas surgen del hecho de que el ingreso es el criterio fundamental de bienestar económico y sugieren que de acuerdo con ningún concepto el impuesto patrimonial puede convertirse en la principal fuente de ingresos fiscales. Claro que ello no impide obtener considerables ingresos de esa fuente.” (DUE, John F. **Análisis económico de los impuestos**: en el cuadro general de las finanzas públicas. Trad. Domingo Jorge Messuti. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1961, p. 356).

não se transforme em mais um objeto de lides judiciais intermináveis que nem um benefício traz para a Nação e, muito menos, para os cidadãos-contribuintes.

Em vista desta realidade, o Imposto sobre Grandes Fortunas, se tiver critérios bem definidos, pode até ser útil no aumento da arrecadação, com ressalvas para uma efetiva possibilidade de redistribuição de rendas, uma vez que é preciso muito mais para que se alcance tal objetivo. O essencial neste momento é o debate em torno da questão, chamando todos os setores para as reflexões e realização de estudos técnicos detalhados do contexto nacional³⁸, o que pouco foi feito neste sentido.

Sabemos que a tributação é um importante instrumento para promoção da justiça distributiva, contudo, também pode interferir no crescimento econômico do País, razão por que é preciso ponderar todos os efeitos da criação deste tributo e, principalmente, seus reflexos nos investimentos, na arrecadação do Governo, na distribuição da renda, dentre tantas outras consequências.³⁹

4.2. Imposto sobre Grandes Heranças e Doações - IGHD

A mesma dificuldade de definição da base de cálculo ocorre na recente Proposta de Emenda Constitucional n. 96/2015⁴⁰, que prevê a criação, pela

³⁸ Ver: CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto. **Imposto sobre grandes fortunas**. Nota técnica IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³⁹ Com propriedade, assinalam Liam Murphy e Thomas Nagel: “É certo que nos últimos anos, depois que *Uma teoria da justiça* de John Rawls chamou a atenção do mundo acadêmico para o assunto, a questão da justiça socioeconômica tem sido muito debatida num nível altamente abstrato; mas essas discussões acerca da teoria geral da justiça não chegaram a vincular-se de modo expressivo com os combates ideológicos acerca do sistema tributário que são o “arroz com feijão” da política nacional. Isso ocorre, em parte, porque o sistema fiscal é marcado por um alto grau de incerteza empírica acerca das consequências econômicas das diversas opções que se apresentam, e é difícil desvincular as discordâncias sobre o que poderá acontecer. Uma teoria da justiça, por si mesma, não pode nem aprovar nem condenar uma redução de impostos, por exemplo; é preciso fazer uma estimativa dos efeitos dessa mudança sobre os investimentos, o nível de emprego, a arrecadação do governo e a distribuição da renda depois de deduzidos os impostos.” (MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6).

⁴⁰ “Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 153-A:
Art. 153-A. A União poderá instituir adicional ao imposto previsto no inciso I do art. 155, a ser denominado Imposto sobre Grandes Heranças e Doações, de forma a tributar a transmissão *causa mortis* e doação, de bens e direitos de valor elevado.

§ 1º O produto da arrecadação do adicional de que trata o caput será destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, para o financiamento da política de desenvolvimento regional.

§ 2º O adicional de que trata o caput terá alíquotas progressivas em função da base de cálculo, e sua alíquota máxima não poderá ser superior à mais elevada do imposto de renda da pessoa física.

União Federal, de um novo imposto adicional ao ITCMD, para tributar “grandes” heranças e doações⁴¹.

No caso da PEC n. 96/2015, a previsão é de que o produto da arrecadação do IGHD seja destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, para o financiamento da política de desenvolvimento regional.

A breve justificativa da PEC n. 96/2015 peca pela falta de dados e de rigor técnico. Apesar da necessidade de revisão da legislação brasileira que trata da tributação sobre as heranças e doações no Brasil, considerando alíquotas baixas para o padrão atual (a alíquota máxima do ITCMD é de 8% — Resolução n. 9/1992), o momento de crise econômica que ora atravessa o País exige muita cautela na criação de tributos. A reação social é fortemente acentuada pela recessão econômica e desconfiança na gestão do dinheiro público, ultimamente muito mal aplicado, conforme os casos recentes de corrupção.

A discussão deste projeto serve aqui para identificar o mesmo problema que ocorre com os projetos do Imposto sobre Grandes Fortunas. Mais uma vez, não são apresentadas justificativas econômicas sólidas que demonstrem a viabilidade de instituição do novo tributo e um conceito adequado do que seja “grandes” heranças e doações. Certamente, um projeto influenciará o outro nesta definição, daí a sugestão de abordá-los em conjunto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moderação de soluções nestas matérias tão delicadas parece ser a melhor opção. Deve apostar-se, como alternativa, na melhoria da repartição do ônus da tributação — dispersão da carga por impostos simples, abrangentes e com boa cobertura de todos os fatos tributáveis no lugar da instituição de um imposto sobre as grandes fortunas /heranças que pode muito bem acabar tributando a classe média.

Alternativamente, como solução conjunta, deve-se ponderar sobre a possibilidade de opção por um imposto moderado sobre transações financeiras (ITI) como o preconizado pela Comissão europeia. Este poderá ser o canal certo para, por intermédio da tributação das operações financeiras, tributar o capital em movimento. Este imposto, em conjugação com a tributação geral sobre a propriedade imobiliária, parece preferível a um imposto facilmente evitável pelas grandes fortunas, mais estruturadas e mais capazes de aceder aos mecanismos de planejamento fiscal para o evitar.

⁴⁰ § 3º Não se aplica ao adicional de que trata o caput o disposto no inciso IV do § 1º do art. 155, e no inciso IV do art. 167.”

⁴¹ Ver: CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação das heranças e doações pela União (?). In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **50 anos do Código Tributário Nacional**. São Paulo, Noeses, 2016, p. 301-315.

Nesta proposta de Diretiva europeia, a opção é a da tributação no local do estabelecimento, sede ou residência, o que não é novo, mas, para os ativos financeiros preconiza-se, de modo muito inteligente, o princípio da emissão como último recurso. Na proposta, o princípio geral de localização das operações financeiras é o do local de estabelecimento, sendo tributáveis “todas as operações financeiras, na condição de que pelo menos uma parte na transação seja estabelecida no território de um Estado-Membro participante e que uma instituição financeira estabelecida no território de um Estado-Membro participante seja parte na transação, quer agindo por sua própria conta, ou por conta de outrem, ou em nome de outra parte na transação” (artigo 3º, n.1).

Só que, como se comprehende, este princípio seria facilmente contornável pelas partes na operação, sendo fácil evitar o imposto. Consciente disso, a proposta de Diretiva vem consagrar o segundo princípio, a saber, o da emissão como último recurso, que complementa o princípio do local de estabelecimento, mantido como princípio fundamental.

Segundo ele, são tributáveis as operações que envolvam títulos referidos no Anexo I da Diretiva emitidos no território de um Estado-Membro (EM), independentemente do local da sede ou estabelecimento das partes da operação (art. 4º — ver em especial a al. g). Assim, as transações com instrumentos financeiros serão tributáveis desde que os títulos sejam emitidos nas jurisdições que apliquem o ITF, independentemente da verificação do princípio da residência dos envolvidos. Isto é, a transação está ligada ao EM participante em que o emissor está situado.

Outras possibilidades em aberto são as de estudar soluções ajustadas às empresas gestoras de patrimônio, para onde confluem as grandes fortunas, garantindo a tributação dos acúmulos subsequentes; ou o agravamento da tributação do patrimônio detido por pessoas jurídicas em certas circunstâncias; ou o aprofundamento das regras antiabuso como mecanismo densificador da tributação segundo a capacidade contributiva.

Soluções ponderadas aconselham que se não confundam grandes fortunas com patrimônio acumulado pelas classes médias, que sejam o resultado da poupança de uma vida de trabalho.

Há de se evitar provocar alterações sensíveis na vida das pessoas ou frustrar expetativas legítimas quanto à forma como o Estado estimula e protege a poupança, o acúmulo patrimonial, sabido que é que este é essencial ao progresso dos povos. A instabilidade nos sistemas e nas soluções fiscais tem efeitos muito nefastos sobre a confiança dos contribuintes e esta pode desmotivar a poupança como instrumento para a riqueza geral das sociedades humanas, presente e futura.

Por outro lado, deve-se estudar a possibilidade real de os Estados focarem a redução da despesa pública como objetivo geral da sustentabilidade a longo prazo das sociedades humanas, gastando menos, reformando-se para conseguir melhor relação entre a despesa pública e o bem-estar coletivo.

Há, ainda, que limitar o exercício do poder de tributar para evitar formas punitivas de tributação que levem à rejeição do imposto, pois o poder de tributar não pode representar uma sanção aos que têm maior patrimônio, o que seria uma contradição no sistema capitalista, com a necessidade de estimular a poupança.

Parece-nos claro que há, em geral, problemas com a distribuição da carga fiscal sobre os distintos grupos de contribuintes. Isso nos leva a crer que os sistemas fiscais são hoje mais iníquos do que eram quando os grandes impostos compreensivos sobre a renda foram adotados, nos anos setenta e oitenta do século passado.

A busca pela tributação das grandes fortunas mais não é do que a materialização da insatisfação das iniquidades dos sistemas onde a percepção geral está certa: os mais ricos estão ficando mais ricos (muitas vezes à custa de planejamento fiscal agressivo) e os mais pobres estão empobrecendo, como revela a OCDE nos seus vários estudos.

Talvez, pois, a resposta não deva ser buscada somente dentro dos sistemas fiscais, pois, assim como os sistemas de tributação redistributiva da renda, com suas taxas progressivas em nome da necessária correção das desigualdades e da riqueza, não lograram desvanecer os desequilíbrios existentes desde a sua adoção, assim também não parece que eles sejam, por si, aptos a resolver um problema situado muito mais além das esferas da fiscalidade.

Assim, parece-nos que um imposto sobre as grandes fortunas, no Brasil ou em Portugal, pode realmente fazer pouco para melhorar os desequilíbrios que perpassam os sistemas fiscais dos nossos dias. Deve-se, antes, buscar soluções compostas, mas moderadas, que alcancem os fatos tributários típicos dos patrimônios mais ricos e não apenas das pessoas mais ricas, para que, de uma forma equilibrada e repartida, se tributem de maneira geral e justa, as manifestações de poder econômico, seja qual for o modo como estas se manifestem.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALVES, Henrique Napoleão. **Por que o imposto sobre grandes fortunas foi arquivado?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-13/imposto-grandes-fortunas-foi-arquivado-senado>>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira:** dados do IRPF 2015/2014. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/transparencia-fiscal/distribuicao-renda-e-riqueza/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 277, de 26 de março de 2008. Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). **Projeto de Lei Complementar Nº 277, de 2008.** Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 281, de 17 de maio de 2016. Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal para instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas. **Projeto de Lei Complementar Nº 281, de 2016.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1458304&filename=PLP+281/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 294, de 21 de junho de 2016. Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). **Projeto de Lei Complementar Nº 294, de 2016.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1469936&filename=PLP+294/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 302, de 13 de julho de 2016. Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). **Projeto de Lei Complementar Nº 302, de 2016.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1477110&filename=PLP+302/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 324, de 09 de novembro de 2016. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências. **Projeto de Lei Complementar Nº 324, de 2016.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1506515&filename=PLP+324/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 335, de 15 de dezembro de 2016. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), e dá outras providências. **Projeto de Lei Complementar Nº 335, de 2016**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1518356&filename=PLP+335/2016>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 315, de 26 de maio de 2015. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências. **Projeto de Lei do Senado Nº 315, de 2015 (complementar)**. Brasília, DF, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BORREGO, Félix Alberto Vega. **Impuesto sobre el patrimonio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

CALDAS, Marta. **O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?** Coimbra: Almedina, 2015.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto. **Imposto sobre grandes fortunas**. Nota técnica IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação das heranças e doações pela União (?). In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **50 anos do Código Tributário Nacional**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 301-315.

COSTA, Francisco José Santos. **Imposto sobre grandes fortunas: um estudo crítico**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17656/imposto-sobre-grandes-fortunas-um-estudo-critico/3#ixzz38EAs1nX0>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária: Estado Social e Escolha Individual**. Coleção Teses de Doutoramento. Coimbra: Almedina, 2008.

_____; FONSECA, Jaime. Sustentabilidade Financeira e Orçamental em Contexto de Crise Global Numa Europa de Moeda Única. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 34, n. 67, p.21-52, 9 dez. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p21>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p21/25841>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____; SALVADOR, Rui Miguel Alcario. Consolidação orçamental nas economias em crise: o contributo da despesa fiscal em Portugal entre 2011 e 2014. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 21, n. 2, p.462-505, 15 ago. 2016.

Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v21n2.p462-505>. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9093/pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____; TEIXEIRA, Maria Adosinda. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise — um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p.718-747, dez. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201630>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n3/1808-2432-rdgv-12-03-0718.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

DUE, John F. **Análisis económico de los impuestos**: en el cuadro general de las finanzas públicas. Trad. Domingo Jorge Messuti. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1961.

FAVEIRO, Vitor António Duarte. **O Estatuto do contribuinte**: a pessoa do contribuinte no estado social de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FERNANDES, André Dias; MELO, Álisson José Maia. O imposto sobre grandes fortunas no Brasil e a redução das desigualdades socioeconômicas: exame da constitucionalidade do PLP 277/2008. Revista **Nomos**, v. 36, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/6324/4553>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **In It Together: Why Less Inequality Benefits All**. 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/employment/in-it-together-why-less-inequality-benefits-all_9789264235120-en#.WMVcbNLyvIU#page1>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. **All on Board: Making Inclusive Growth Happen**. 2015a. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/development/all-on-board_9789264218512-en#.WMV52NLyvIU>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. **Income Inequality: The Gap between Rich and Poor**. 2015b. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/income-inequality_9789264246010-en#.WMV5NtLyvIU>. Acesso em: 12 mar. 2015.

_____. **Taxing Wages**: 2015c. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/taxing-wages-2015_tax_wages-2015-en#.WMWzNdIrLIU>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. **Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising**. 2011. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/the-causes-of-growing-inequalities-in-oecd-countries_9789264119536-en#.WMWLLdIrLIU>. Acesso em: 12 mar. 2017.

PIKETTY, Thomas. **Capital in the twenty-first century**. Trad. Arthur Goldhammer. England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado Constitucional**. Tradução de Pedro Adamy, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Trad. Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Heleno Taveira; CAVALCANTE, Denise Lucena. A tributação sobre a riqueza volta à cena: o Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil. In: RIBEIRO, José Horálio Halfed Rezende; SILVA, Ruy Martins Altenfeider. **Direito, economia e política**: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: IASP, 2015, p. 682-693.

* Recebido em 17 abr. 2017.



LA INDISPENSABLE VISITA DEL PERITO EN LAS VALORACIONES TRIBUTARIAS

*Luis Manuel Alonso González**

Resumen

La indispensable visita del perito en las valoraciones tributarias es un tema recurrente que en las periciales técnicas que realiza la administración tributaria española para la determinación de valores de elementos patrimoniales, muchas veces inmuebles, se prescinde de la visita al inmueble y se sustenta la valoración prescindiendo de tan esencial trámite.

Palabras-clave

Tributos patrimoniales. Valoración tributaria. Periciales técnicas.

A INDISPENSÁVEL VISITA DO PERITO NAS VALORAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Resumo

A indispensável visita do perito nos casos de valoração tributária é um tema recorrente nas perícias técnicas realizadas pela administração tributária espanhola, que ao determinar os valores dos elementos patrimoniais, muitas vezes imóveis, não efetua a necessária visita ao local, sustentando a valoração sem este trâmite essencial.

Palavras-chave

Tributos patrimoniais. Valoração imobiliária. Perícias técnicas.

THE INDISPENSABLE VISIT OF THE EXPERT IN TAX ASSESSMENTS

Abstract

The indispensable visit of the expert in cases of tax assessment is a recurring theme in the technical expertise carried out by the Spanish tax administration, which in determining the values of the property elements, often immobile, does not carry out the necessary visit to the place, sustaining the valuation without this process essential.

Keywords

Patrimonial taxes. Real estate valuation. Technical expertise.

Es tema recurrente que en las periciales técnicas que realiza la administración tributaria para la determinación de valores de elementos patrimoniales, muchas veces inmuebles, se prescinde de la visita al inmueble y se sustenta

* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Barcelona.

la valoración prescindiendo de tan esencial trámite. Afortunadamente, la jurisprudencia está poniendo las cosas en su sitio.

En este sentido puede verse la consolidada doctrina de la Sala 3^a del Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 1999, cuyas conclusiones han sido reiteradas en otras posteriores, como la de 7 de octubre de 2000 y 24 de marzo de 2003, entre otras, y recogida por los Tribunales Superiores de Justicia (así, entre otras, las recientes sentencias 1182/2014 de 23 octubre y 1206/2014 de 29 octubre, del TSJ de Madrid o sentencia núm. 203/2014 de 19 septiembre, del TSJ de Castilla y León, Burgos).

De acuerdo con esta abundante jurisprudencia,

los informes periciales que han de servir de base a la comprobación de valores, deben ser fundados, lo cual equivale a expresar los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta; que la justificación de dicha comprobación es una garantía tributaria ineludible; que por muy lacónica y sucinta que se interprete la obligación administrativa de concretar los hechos y elementos adicionales motivadores de la elevación de la base, no pueden entenderse cumplida dicha obligación impuesta por el art. 121 de la Ley General Tributaria, si se guarda silencio o si se consignan meras generalizaciones sobre los criterios de valoración o sólo referencias genéricas a los elementos tenidos en cuenta mediante fórmulas repetitivas que podrían servir y de hecho sirven, para cualquier bien. Por el contrario la comprobación de valores debe ser individualizada y su resultado concretarse de manera que el contribuyente, al que se notifica el que la Administración considera valor real, pueda conocer sus fundamentos técnicos y prácticos y así aceptarlo, si llega a la convicción de que son razonables o imposibles de combatir, o rechazarlos porque los reputa equivocados o discutibles y en tal caso, sólo entonces, proponer la tasación pericial contradictoria a la que también tiene derecho. Obligar al contribuyente a acudir a la referida tasación pericial, de costoso e incierto resultado, para discutir la comprobación de valores, cuando ni siquiera se conocen las razones de la valoración propuesta por la Hacienda, colocaría a los ciudadanos en una evidente situación de indefensión frente a posibles arbitrariedades o errores de los peritos de la Administración, a cuyas tasaciones no alcanza la presunción de legalidad de los actos administrativos, porque las peritaciones, aunque las practique un funcionario, son dictámenes, sin que el sujeto tributario venga obligado, por su parte, a acreditar el error o la desviación posibles de la Hacienda Pública cuando no conoce una justificación bastante de aquellos nuevos valores, pues en esta materia - como también tenemos declarado- la carga de la prueba del art. 114 de la Ley General Tributaria, rige igualmente tanto para los contribuyentes como para la Administración, tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Abundando en la idea de que la **valoración debe ser individualizada y motivada**, existen diversos pronunciamientos en los que se destaca el **necesario reconocimiento directo y personal del bien objeto de valoración** (entre otras, STSJ Andalucía, de 24 de octubre de 1997, STSJ Murcia de 2 de julio de 1997 y STSJ La Rioja, de 22 de octubre de 1998). En la STSJ de Andalucía, Málaga, núm. 244/2014 de 31 enero, se destaca:

No en vano, es regla comúnmente admitida en el acervo jurídico (art. 611 y 626) que la primera operación de todo dictamen pericial es el reconocimiento del bien u objeto sobre el que ha de versar la pericia, pues difícilmente se puede singularizar e individualizar las características concretas de un objeto sin esa previa operación de reconocimiento. Y no parece que existan motivos razonables para que esas mismas operaciones periciales puedan, por sistema, seguir unos derroteros distintos en el procedimiento administrativo de liquidación tributaria, de los que son válidos y exigibles para otros operadores jurídicos y para instituciones de no menos relevancia que la Hacienda Pública.

Resulta imprescindible la inspección ocular cuando por las circunstancias concurrentes no se puede conocer las características concretas del bien a valorar y los datos a tener en cuenta en la valoración, si no es mediante esa inspección ocular. Consecuencia de ello será que salvo que se justifique la no necesidad, siempre será precisa la inspección personal, como garantía de la individualización de la valoración y con ello que dicha valoración pueda servir de motivación al incremento de la base imponible” (FJ 4).

Aun así, la ausencia de este reconocimiento personal del bien objeto de valoración se configura, en algún caso, como un “*defecto formal no invalidante cuando no haya resultado trascendente para el resultado de la valoración llevada a cabo*”. En este sentido, la STSJ de La Rioja, núm. 444/1999, de 6 de octubre destaca que:

“Aunque el conocimiento de los locales que el arquitecto técnico de la Administración, autor de su dictamen pericial, manifiesta tener al evacuar la confesión judicial que por vía de informe propuso la parte actora en el proceso no puede decirse que cumpla las exigencias de un reconocimiento pericial «ad hoc» del objeto del dictamen, de manera que hubiera de darse la razón al recurrente en cuanto al incumplimiento denunciado, en la concreta comprobación de valores objeto de este proceso no cabe apreciar en ello motivo de anulación de la llevada a efecto. Y ello por cuanto esa falta de reconocimiento directo y personal (que no falta total de conocimiento) de los locales transmitidos para nada ha influido, en este concreto caso, se insiste, en la valoración dada al bien transmitido; o, dicho de otro modo, aquella falta no ha

ocultado circunstancia concreta alguna, sólo perceptible mediante el examen directo y exhaustivo de la cosa, que haga desmerecer el valor de ésta. Así se descubre a través de un minucioso análisis comparativo de la comprobación oficial de valores con los dos dictámenes periciales obrantes en los autos: el uno, aportado con la demanda y ratificado por su autor, y el otro, emitido en trámite procesal por el doctor arquitecto designado por insaculación.

Por cuanto, si ninguno de ellos describe peculiares circunstancias físicas de deterioro del interior de los locales (normalidad de estado de conservación que corroboran los documentos fotográficos aportados a su dictamen por el perito judicial), todos los tres se limitan a considerar unos coeficientes correctores genéricos en función de circunstancias objetivables con facilidad. Así, el año de construcción de la edificación (1977), que se concretan, para el perito de la Administración, en un 0,63 de depreciación de vida útil, y para el perito judicial, coincidente en ello con el de la parte, en los de 0,65 por ese concepto, y los coeficientes de 0,85 por estado de conservación y de 0,75 por depreciación funcional.

Consecuentemente con lo expuesto la alegada falta de reconocimiento directo y personal del inmueble por parte del perito de la Administración no puede determinar, en este concreto supuesto y en los términos que la deficiencia se ha constatado, la anulabilidad de la comprobación de valores practicada, por constituir, a lo sumo, en el caso, un defecto meramente formal o una irregularidad no invalidante en cuanto que no ha resultado trascendente para el resultado de la valoración oficial llevada a cabo.

Débese, además, dejarse aquí constancia de que en ninguna de las Sentencias citadas en apoyo de sus tesis por la parte actora se contiene la doctrina de la necesidad inexcusable, para cualquier comprobación de valores mediante el dictamen de peritos de la Administración, del reconocimiento directo y personal de bien objeto de tasación, sino sólo cuando concurren en éste circunstancias concretas trascendentes para cuya singularización, y determinación de su alcance, resulte imprescindible la inspección directa del objeto por parte del tasado" (FJ 4º).

En este punto se ha de citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (recurso de casación número 3191/2011) cuando dice que:

[...] esta Sala ha venido sosteniendo que para que puedan entenderse debidamente motivados los dictámenes periciales emitidos por la Administración Tributaria para la comprobación de valores respecto a bienes inmuebles, cuando para tal valoración sea necesaria o simplemente tenida en cuenta —circunstancia que solamente pueden ser consideradas a la vista del mismo—, resulta preciso que se haya realizado la visita correspondiente para la

comprobación de la concurrencia y evaluación de tales circunstancias. De tal modo que no podría evacuarse el dictamen debidamente motivado sobre la base de circunstancias como el estado de conservación o la calidad de los materiales utilizados, si no es porque previamente han sido consideradas las mismas respecto al inmueble concernido en razón de la correspondiente visita y toma de datos.

Asimismo, en la STS de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 3368/2014) se postula una interpretación de la normativa vigente que camina en la dirección de promover de modo general la visita del perito:

Resulta necesario, en la mayoría de las ocasiones, el examen personal del bien a valorar por parte del perito para entender correctamente realizado el procedimiento de peritación, salvo que por las circunstancias concurrentes resulte acreditado que no es precisa esa inspección detallada, bien entendido que esta justificación ha de basarse en datos contrastados y cuyos justificantes queden debidamente incorporados al expediente de valoración.

Este Tribunal Supremo ha exigido la inspección personal del objeto de la comprobación. En la sentencia de 29 de marzo de 2012 (casa. 34/2010), asumiendo la doctrina de la sentencia aportada de contraste, se afirma categóricamente que "...el principio general ha de ser la inspección personal del bien como garantía de acierto en la singularización de la valoración y con ello de la suficiente motivación de la resolución. Solo en casos muy concretos, y que deberán ser razonados y fundamentados, con constancia en el expediente de esa fundamentación cabrá admitir la falta de inspección personal.

En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en las sentencias de 22 de noviembre de 2002 (casa. 3754/1997) 20 de septiembre de 2012 (casa. 659/2010) y en la de 26 de marzo de 2014 (casa. 3791/2011).

Hemos destacado la necesidad de que la comprobación de valores sea, como se ha señalado, "individualizada", esto es, la necesidad de que los elementos que determinan la valoración se refieran singularmente al bien concreto valorado. A estos efectos resulta exigible el reconocimiento directo y personal del inmueble por el perito.

Esta doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de proceder a un reconocimiento personal del bien valorado ha sido incorporada a nuestra normativa sobre el procedimiento de comprobación de valores. El artículo 160.2 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de

27 de julio) establece en su primer inciso que “En el dictamen de peritos, será necesario el reconocimiento personal del bien valorado por el perito cuando se trate de bienes singulares o de aquellos de los que no puedan obtenerse todas sus circunstancias relevantes en fuentes documentales contrastadas.

Tan es así que la Sentencia reprocha no sólo que no se haya producido la personación del tasador en los inmuebles sujetos a valoración, sino que endurece su crítica al señalar que ni siquiera se ha justificado la ausencia de dicha personación por parte de la Administración.

En definitiva, como ha expresado con toda rotundidad el Tribunal Supremo:

En atención a la jurisprudencia de esta Sala anteriormente expuesta, con estimación en este punto de la demanda presentada en la instancia, hay que concluir que, no habiéndose realizado visita al inmueble sobre el que se realiza la valoración y teniéndose en cuenta para la misma, como no puede ser de otro modo, circunstancias para cuya consideración y evaluación (estado de conservación o calidad de los materiales), resulta imprescindible tal visita, el dictamen aparece defectuosamente motivado, pues se evidencian insostenibles las consideraciones que al respecto se han tenido en cuenta para la emisión del dictamen, sustrayendo así, del conocimiento del interesado las razones, justificación y datos que llevaron al valor administrativamente otorgado” (STS 29 de marzo de 2012, rec. Cas. 34/2010).

En estas circunstancias no puede considerarse cumplido el mandato de que en los dictámenes de peritos se deberán expresar de forma concreta los elementos de hecho que justifican la modificación del valor declarado, así como la valoración asignada.

* Recebido em 13 jul. 2017.



PARITE ET HAUTE FONCTION PUBLIQUE

*Olivia Bui-Xuan**

Résumé

Allors que la loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes contient un certain nombre de dispositions qui imposent la parité hommes-femmes, ce n'est pas le cas avec l'administration publique de haut niveau. Dans ce secteur, la loi Vallaud-Belkacem est conforme à la loi Sauvadet du 12 mars 2012 favorisant une "obligation d'engagement équilibrée". Bien qu'il ait parfois été introduit comme révolutionnaire, il est certainement contraignant, mais s'applique uniquement aux «premières indemnités»; Comme indiqué explicitement dans la circulaire du 11 avril 2016, des compensations sont également prévues entre les «types d'emplois» pour parvenir aux quotas de genre imposés par le législateur. En conséquence, dans l'état actuel de la loi, la parité entre les hommes et les femmes est loin d'être efficace dans la haute administration publique, soit dans le service public de l'État, dans le service public du territoire ou dans le service public de l'hôpital.

Mots-clés

Égalité entre les sexes. Politique de quota. Haute fonction publique.

PARIDADE E ALTA FUNÇÃO PÚBLICA

Resumo

Embora a Lei de 4 de agosto de 2014 sobre igualdade genuína entre homens e mulheres contenha várias disposições que impõem a paridade do gênero, este não é o caso da alta administração pública. Neste setor, a lei Vallaud-Belkacem está em conformidade com a lei Sauvadet de 12 de março de 2012, favorecendo uma "obrigação de compromisso equilibrada". Embora às vezes tenha sido apresentado como revolucionário, é certamente vinculativo, mas se aplica apenas às "primeiras indenizações"; Conforme explicitamente indicado na circular de 11 de abril de 2016, também são previstas compensações entre "tipos de emprego" para alcançar as cotas de gênero impostas pelo legislador. Como resultado, no estado atual da lei, a paridade entre homens e mulheres está longe de ser efetiva na alta administração pública, seja no serviço público do Estado, no serviço público territorial ou no serviço público hospitalar.

Palavras-chave

Igualdade de gênero. Política de cotas. Alta administração pública.

* Professeure de droit public à l'Université d'Évry

Abstract

While the law of 4 August 2014 on genuine equality between men and women contains a number of provisions that impose gender parity, this is not the case with high-level public administration. In this sector, the Val-laure-Belkacem law complies with the Sauvadet law of 12 March 2012 promoting a "balanced commitment obligation". Although it has sometimes been introduced as revolutionary, it is certainly binding, but applies only to "first allowances"; As explicitly stated in the circular of 11 April 2016, compensation is also provided between 'types of employment' to achieve the gender quotas imposed by the legislator. As a result, in the present state of the law, parity between men and women is far from being effective in the higher public administration, either in the public service of the State, in the public service of the territory or in the public service of the hospital.

Keywords

Equality between the sexes. Quota policy. High public service.

INTRODUCTION

Alors que la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre hommes et femmes comporte plusieurs dispositions imposant la parité hommes-femmes, tel n'est pas le cas s'agissant de la haute fonction publique. Dans ce secteur, la loi Vallaud-Belkacem se situe dans la continuité de la loi Sauvadet du 12 mars 2012, privilégiant une «obligation de nominations équilibrées».

Si celle-ci a parfois pu être présentée comme révolutionnaire, elle apparaît, certes, contraignante mais s'applique uniquement aux «primo-nominations»; comme l'indique explicitement la circulaire du 11 avril 2016, des compensations entre «types d'emplois» sont, de surcroît, prévues pour atteindre les quotas par sexe imposés par le législateur.

Par suite, en l'état actuel du droit, la parité entre hommes et femmes est loin d'être effective dans la haute fonction publique, qu'il s'agisse de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière.

Peut-on parler de «parité hommes-femmes» s'agissant de la haute fonction publique ?

La question mérite d'être posée dans la mesure où la haute fonction publique constitue une sphère de pouvoir au moins aussi importante que les instances politiques. On désigne en effet sous cette appellation l'ensemble des emplois à responsabilité existant dans la fonction publique, lesquels comprennent à la fois les cadres dirigeants et les emplois de direction, et ce aussi bien dans la fonction publique de l'État, que dans la fonction publique territoriale et hospitalière. Concrètement, il s'agit par exemple, pour la fonction publique de l'État, des emplois de directeurs d'administration centrale, de préfets, d'ambassadeurs, pour la fonction publique territoriale, des emplois de directeurs

généraux et directeurs généraux adjoints des services et pour la fonction publique hospitalière des emplois de directeurs de centres hospitaliers universitaires et de centres hospitaliers régionaux. Autant d'emplois qu'on a bien du mal à désigner au féminin: dans le vocabulaire courant, la préfète ou l'ambassadrice désigne l'épouse du préfet ou de l'ambassadeur; le terme «directrice» est, quant à lui, généralement cantonné aux directrices d'école dont les fonctions sont respectées mais dénuées de tout prestige.

La question de la féminisation de la haute fonction publique a commencé à être réellement prise au sérieux à partir de 2012. On a en effet constaté que les emplois de la haute fonction publique étaient occupés par à peine 20% de femmes alors que les femmes occupaient depuis plusieurs années plus de 60% des emplois de la fonction publique en général et même 64% s'agissant de la catégorie A¹.

En se fondant sur la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008², la loi Sauvadet du 12 mars 2012³ a alors, pour la première fois, prévu des dispositions contraignantes, et non plus simplement incitatives, afin de briser le «plafond de verre» rencontré par les femmes en contraignant les administrations à en nommer davantage sur les emplois à responsabilité de la fonction publique. Toutefois, il n'a pas été question d'atteindre une quelconque parité, c'est-à-dire une proportion de 50% d'hommes et de 50% de femmes: dans la haute fonction publique, le législateur a simplement prévu une «obligation de nominations équilibrées», objectif moins ambitieux que l'objectif de parité. En ce domaine, la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre hommes et femmes⁴ n'a introduit aucune évolution: elle n'a pas substitué une obligation de parité à l'obligation de nominations équilibrées dans la haute fonction publique. Lorsque l'on examine les textes relatifs à la féminisation de la haute fonction publique, il n'est donc pas question de parité, l'obligation de nominations équilibrées prévalant sur celle-ci (I). Par suite, il n'est pas étonnant que la parité soit, encore aujourd'hui, inefficace dans la haute fonction publique (II).

¹ DGAEP, *Point Stat* «L'encadrement supérieur et dirigeant dans les trois versants de la fonction publique», février 2015, p. 3.

² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JO* du 24 juillet 2008, p. 11890.

³ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JO* du 13 mars 2012, p. 4498.

⁴ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014, p. 12949.

I. LA PREVALENCE DE L'OBLIGATION DE NOMINATIONS EQUILIBREES SUR LA PARITE DANS LA HAUTE FONCTION PUBLIQUE

L'obligation de nominations équilibrées a été introduite par la loi Sauvadet du 12 mars 2012 (A) et réaffirmée puis la loi Vallaud-Belkacem du 4 août 2014 (B).

A. L'introduction de l'obligation de nominations équilibrées par la loi Sauvadet du 12 mars 2012

Parmi les différentes dispositions de la loi Sauvadet favorisant l'accès des femmes à la haute fonction publique, celles figurant à l'article 56 ont été présentées comme les plus audacieuses. Elles ne visent en effet plus seulement à établir des rapports comprenant des statistiques sexuées mais imposent bel et bien à l'administration de recruter une proportion minimum des femmes aux postes à responsabilité. Si le dispositif est incontestablement novateur (1), il peut néanmoins paraître insatisfaisant (2).

1. Un dispositif novateur

À travers la loi Sauvadet, pour la première fois, le droit de la fonction publique impose des quotas par sexe. Cet article réécrit l'article 6 quater de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 de la façon suivante:

«I. Au titre de chaque année civile, les nominations dans les emplois supérieurs relevant du décret mentionné à l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984⁵, dans les autres emplois de direction de l'État, dans les emplois de direction des régions, des départements ainsi que des communes et des établissements publics de coopération intercommunale de plus de 80 000 habitants et dans les emplois de direction de la fonction publique hospitalière doivent concerner, à l'exclusion des renouvellements dans un même emploi ou des nominations dans un même type d'emploi, au moins 40% de personnes de chaque sexe».

Selon le ministre François Sauvadet, environ 5000 emplois supérieurs étaient concernés par l'instauration de ce quota, dont 3000 dans la fonction publique de l'État (préfets, recteurs, ambassadeurs...), 1600 dans la fonction publique territoriale et 400 dans la fonction publique hospitalière.

⁵ Décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 portant application de l'article 25 de la loi n° 84-16 du 16 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du gouvernement.

Le dispositif a été précisé par le décret du 30 avril 2012⁶ et par la circulaire du 20 août 2012⁷. Il est entré en vigueur le 1er janvier 2013. Concrètement le législateur a prévu un dispositif transitoire. C'est ainsi que des quotas progressifs ont été instaurés: 20% pour les nominations prononcées en 2013 et 2014, 30% pour celles prononcées de 2015 à 2017, le quota de 40% s'appliquant à partir du 1er janvier 2018. Il y est également précisé que l'obligation de nominations équilibrées pèse, non pas globalement, mais sur chaque département ministériel, autorité territoriale et établissements public de coopération intercommunale; elle est en revanche évaluée de manière globale pour les établissements hospitaliers.

La loi du 12 mars 2012 a, en outre, imposé aux administrations qui ne respecteraient pas l'obligation de nominations équilibrées une sanction financière: une contribution due «selon le cas, par le département ministériel, la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération intercommunale concerné ainsi que, au titre des nominations dans les emplois de direction de la fonction publique hospitalière, par l'établissement public mentionné à l'article 116 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 précitée», dont le montant «est égal au nombre d'unités manquantes au regard de l'obligation prévue au I du présent article, constaté au titre de l'année écoulée ou au titre de l'année au cours de laquelle se clôt le cycle de nominations prévu au dernier alinéa du même I, multiplié par un montant unitaire». Le décret n° 2012-601 a précisé le montant unitaire de la contribution: 30 000 euros pour les nominations prononcées au titre des années 2013 et 2014, 60 000 euros pour les nominations prononcées au titre des années 2015 à 2017 et 90 000 euros, à partir de 2018.

Ce faisant, le droit français a imposé, pour la première fois, une sanction financière aux administrations ne respectant pas un quota par sexe. Incontestablement novateur, le dispositif peut néanmoins paraître insatisfaisant.

2. Un dispositif insatisfaisant

L'obligation de nominations équilibrée prévue en 2012 apparaît tout d'abord insuffisante en ce qui concerne son périmètre, dans la mesure où celui-ci ne recouvre en aucun cas l'ensemble de la haute fonction publique. La circulaire du 20 août 2012 prend en effet soin de préciser que sont exclus de cette obligation les militaires, les fonctionnaires des assemblées parlementaires, les magistrats et membres des juridictions ainsi que les personnels des

⁶ Décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique, JO du 2 mai 2012.

⁷ Circulaire du 20 août 2012 relative à l'application du décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique.

établissements publics et des autorités administratives indépendantes. Par ailleurs, la nouvelle obligation ne concerne pas non plus les emplois prestigieux relevant de l’alinéa 4 de l’article 13 de la Constitution: aucun quota ne pèse donc sur les nominations aux postes détaillés dans l’ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l’État, comme les emplois de procureurs généraux près de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou d’une Cour d’appel ou les emplois de direction des grands établissements publics et entreprises publiques, où les femmes sont particulièrement rares.

À ce titre, on peut noter certaines ambiguïtés lorsqu’on tente d’identifier ce que recouvre la haute fonction publique. En effet, depuis quelques années, le ministère de la fonction publique préfère se référer à l’«encadrement supérieur et dirigeant de la fonction publique» ou aux «postes d’encadrement supérieur et de direction»: selon le *Point Stat* publié en février 2015, «*l’encadrement supérieur et dirigeant de la fonction publique représente 21600 agents fin 2012*», soit environ 9900 agents dans la fonction publique de l’État, 5600 agents dans la fonction publique hospitalière et 6000 agents dans la fonction publique territoriale⁸.

Le dispositif de nominations équilibrées entre hommes et femmes mis en place par la loi Sauvadet ne concerne en aucune façon l’ensemble de ces agents: en 2012, on évoquait environ 5000 emplois et, lorsqu’on examine les statistiques en la matière, on constate qu’un nombre bien inférieur d’emplois a jusqu’à présent été concerné.

L’obligation de nominations équilibrées ne vaut, de surcroît, que pour les primo-nominations: selon la circulaire du 11 avril 2016⁹, cela signifie qu’elle ne s’applique ni pour les «*renouvellements dans un même emploi*» ni pour les «*nominations dans un même type d’emploi*». Comme l’a indiqué François Sauvadet lors des débats parlementaires, «*la règle jouera pour les primo-nominations, car il faut permettre que les hommes qui sont déjà en poste soient renouvelés dans la limite fixée par les textes, ou qu’ils soient nommés sur un même type d’emploi. Par exemple, un préfet qui passe d’un département à un autre doit pouvoir échapper au calcul des*

⁸ À titre de comparaison, un rapport de 2003 indiquait que «*les dix-neuf corps d’encadrement supérieur de l’État comptent environ 13 700 agents*», essentiellement issus de l’école Polytechnique et de l’ENA, voir *Moderniser l’État: l’encadrement supérieur*, présenté par la commission sur la réforme de l’ENA et la formation des cadres supérieurs des fonctions publiques présidée par Yves-Thibault de Silguy; la même année, sur le site Internet du ministère de la fonction publique, on pouvait lire que «*Les femmes représentent en 2003 plus de la moitié des cadres des trois fonctions publiques, mais seulement 12% des 7 757 emplois dirigeants*», <http://www.fonction-publique.gouv.fr/peu-de-femmes-dans-emplois-dirigeants-des-trois-fonctions-publiques-2003>.

⁹ Circulaire du 11 avril 2016 relative à l’application du décret n° 2012 - 601 du 30 avril 2012 modifié relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l’encadrement supérieur de la fonction publique.

quotas. En revanche, les départs à la retraite en grand nombre des titulaires de ces emplois permettront de nommer un nombre significatif de femmes».

Pour comprendre la seconde exception relative aux «nominations dans un même type d'emploi», il convient de préciser que le décret du 30 avril 2012 classe en «types d'emplois» les emplois susceptibles d'être concernés par l'obligation de nominations équilibrées afin «*d'assurer une assiette suffisante pour appliquer les objectifs chiffrés*»¹⁰. Le découpage a été effectué en prenant en compte le niveau et la nature des fonctions. La circulaire du 20 août 2012 explique par exemple que si, au sein d'un même ministère, un agent était sous-directeur et est nommé chef de service, sa nomination est soustraite à l'obligation de nominations équilibrées dans la mesure où les emplois de sous-directeur et de chef de service relèvent du même type d'emploi.

Aussi, non seulement la loi Sauvadet n'impose pas la parité, mais encore le champ d'application de l'obligation de nominations équilibrées est au final extrêmement restreint: il ne s'applique en aucun cas à l'ensemble des hauts fonctionnaires et, s'agissant des emplois concernés, seules les primo-nominations sont soumises au quota par sexe.

On peut alors se demander si la loi Vallaud-Belkacem du 4 août 2014 a été plus audacieuse.

B. L'absence de renforcement de l'obligation de nominations équilibrées par la loi Vallaud-Belkacem du 4 août 2014

Il apparaît que la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n'a cherché ni à modifier la nature de l'obligation de nominations équilibrées, ni à en étendre le périmètre d'application.

1. L'absence d'imposition de la parité par la loi du 4 août 2014

S'agissant de la nature de l'obligation, la loi du 4 août 2014 ne substitue pas l'obligation de parité à l'obligation de nominations équilibrées. On peut s'en étonner dans la mesure où les dispositions de cette loi relatives à la haute fonction publique relève du titre V intitulé «Dispositions visant à mettre en œuvre l'objectif constitutionnel de parité»¹¹. Par ailleurs, dans le cadre de ce titre, l'obligation de nominations équilibrées est parfois remplacée par une obligation de parité: il en est ainsi par exemple de «la proportion de personnalités qualifiées» siégeant dans les EPA nationaux (article 65), ou, s'agissant des entreprises publiques, des membres du conseil d'administration, exception

¹⁰ Circulaire du 20 août 2012, op. cit., p. 2.

¹¹ Souligné par nous.

faite des représentants des salariés (article 66). L’obligation paritaire est également imposée à l’ensemble des membres du conseil d’administration des EPCC (article 72), alors qu’ils n’étaient — jusqu’en 2014 — même pas concernés par l’obligation de nominations équilibrées.

On observe, de surcroît, que la loi du 4 août 2014 a étendu la parité à d’autres structures que les établissements publics: il s’agit essentiellement des autorités administratives indépendantes, des autorités publiques indépendantes, des organismes consulaires, des conseils économiques et sociaux locaux, des commissions et instances consultatives ou délibératives placées directement auprès du Premier ministre, des ministres ou de la Banque de France, ainsi que des caisses nationales et de l’agence centrale. En revanche, s’agissant des nominations aux emplois supérieurs de la fonction publique, l’objectif à atteindre reste 40% et non 50% (article 68). Tel est également le cas des instances dirigeantes des fédérations sportives (article 63) ainsi que de l’Institut de France et des diverses académies (article 64). Aucune obligation paritaire n’a donc été imposée s’agissant des hauts fonctionnaires. L’article 68 de la loi du 4 août 2014 a simplement accéléré la mise en place du dispositif de nominations équilibrées, l’objectif des 40% devant être atteint dès 2017, alors que la loi Sauvadet avait fixé l’échéance à 2018. Tel est d’ailleurs l’objet du décret n° 2014-1747 du 30 décembre 2014, lequel impose un quota de femmes de 30% pour les années 2015 et 2016 et de 40% à partir de l’année 2017.

En ce qui concerne la haute fonction publique, la loi du 4 août 2014 s’en tient à cette accélération dans la mise en place du dispositif: elle n’a en aucun cas cherché à atteindre un quota supérieur à 40% après 2017, ni à élargir le périmètre de l’article 56 de la loi Sauvadet.

2. L’absence d’élargissement du périmètre de l’obligation de nominations équilibrées

La circulaire du 11 avril 2016¹² indique explicitement que ne sont pas concernés par l’obligation de nominations équilibrées «les postes militaires de haute responsabilité (non régis par un statut d’emploi); les postes d’encadrement supérieur au sein des assemblées parlementaires; les emplois juridictionnels (magistrats de l’ordre judiciaire et de l’ordre administratif); les emplois des services administratifs placés sous l’autorité du secrétaire général du Conseil d’État et du secrétaire général de la Cour des comptes; les emplois au sein des établissements publics, **à l’exception des emplois**: de directeur général des agences régionales de santé auxquels la loi du 4 août 2014 étend le dispositif; relevant des établissements publics de coopération intercommunale de plus

¹² DGAFP, *Rapport annuel pour l’année 2014 sur le dispositif des «nominations équilibrées» dans les emplois supérieurs et dirigeants de la fonction publique*, 2015, p. 12.

de 80 000 habitants; relevant des établissements publics hospitaliers et établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux pour les emplois relevant de la fonction publique hospitalière listés à l'annexe du décret du 30 avril 2012.»

La loi du 4 août 2014 a seulement soumis à l'obligation les emplois de directeur général des agences régionales de santé (article 68). En revanche, les directeurs d'établissements publics ou les chefs de juridiction ne sont toujours pas concernés.

Par ailleurs, l'obligation de nominations équilibrées concerne toujours exclusivement les primo-nominations. La circulaire du 11 avril 2016 prend soin de préciser que «deux éléments permettent d'identifier une primo-nomination: un changement de périmètre ministériel (ou changement de collectivité territoriale); un changement de type d'emploi»¹³. En outre, les sanctions dues en cas du non-respect du quota demeurent inchangées: on constate notamment qu'à la sanction financière n'a pas été ajoutée la nullité des nominations, comme cela était initialement prévu. Aussi, les textes n'incitent pas à atteindre la parité hommes-femmes dans la haute fonction publique. Dans les faits, celle-ci est très loin d'être atteinte.

II. UNE PARITE HOMMES-FEMMES INEFFECTIVE DANS LA HAUTE FONCTION PUBLIQUE

Il s'agit ici d'analyser les effets des dispositifs juridiques précédemment étudiés, sous un angle tant quantitatif que qualitatif, en se demandant, d'une part, si la proportion de femmes nommées initialement prévue par le texte a été atteinte (A) et, d'autre part, si les emplois sur lesquels sont nommées des femmes sont aussi prestigieux que ceux occupés par des hommes (B).

A. État des lieux quantitatif: combien comptabilise-t-on de femmes dans la haute fonction publique ?

Si le rapport annuel pour l'année 2014 établi par la DGAFP rappelle que «quelques 5000 emplois d'encadrement supérieur et dirigeant sont potentiellement concernés» par l'obligation de nominations équilibrées¹⁴, «en 2013, 1801 agents ont été nommés dans des emplois de l'encadrement supérieur de la fonction publique. Parmi ces agents, 886 ont fait l'objet d'une primo-nomination, dont 33% de femmes. En 2014, 1928 agents ont été nommés sur des postes

¹³ Circulaire du 11 avril 2016, op. cit., p. 5.

¹⁴ «3000 emplois au sein de la fonction publique de l'État, 1600 pour la fonction publique territoriale et 400 dans la fonction publique hospitalière », DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2014 sur le dispositif des «nominations équilibrées » dans les emplois supérieurs et dirigeants de la fonction publique*, op. cit.

à haute responsabilité. Parmi ceux-ci, 1093 ont fait l'objet d'une primo-nomination, dont 33% de femmes»¹⁵. Aussi, les primo-nominations représentent-elles environ la moitié des nominations annuelles.

Concrètement, s'agissant de la fonction publique de l'État, on dénombrait, en 2013, 704 primo-nominations¹⁶ et, en 2014, 616¹⁷. Pour l'année 2013, parmi les 704 primo-nominations, on comptait 230 femmes (soit 32,7%). Pour l'année 2014, parmi les 616 primo-nominations, on recensait 187 femmes (soit 30,3%). Si l'objectif a largement été atteint, on constate également que la proportion de femmes est moindre parmi les nommés que parmi les primo-nommés: on en dénombre en effet 28,4% en 2013 et 28,8% en 2014. En outre, comme l'indique la DGAFP, «le nombre de femmes primo-nommées représente plus de la moitié du nombre total de femmes nommées au cours de l'année 2014, ce qui semble montrer que ce dispositif est un facteur important de féminisation des postes à haute responsabilité de l'État»¹⁸.

En ce qui concerne la fonction publique territoriale, il est important de préciser qu'en 2014, 362 collectivités ou EPCI étaient concernés par l'obligation de nominations équilibrées¹⁹ et devaient par conséquent adresser une déclaration. Or, «deux régions, deux départements et deux EPCI» n'en ont adressé aucune au titre de l'année 2014. Alors que la circulaire de 2012, comme celle de 2016, prend soin de préciser que «des collectivités territoriales concernées par l'application du cycle pluriannuel de nominations prévu au dernier alinéa du I de l'article 6 quater de la loi du 13 juillet 1983 dont, à l'instar de tout employeur, soumises à l'obligation de déclaration annuelle»²⁰, la DGAFP ne comente pas cette lacune.

Par ailleurs, afin de tenir compte des spécificités de la fonction publique territoriale, la loi Sauvadet a prévu que l'obligation de nominations équilibrées est appréciée lorsqu'un cycle de 5 nominations a eu lieu. Or, 2 cycles complets seulement ont été accomplis en 2013: c'est-à-dire que seulement 2 collectivités territoriales ont effectué au moins 5 primo-nominations en 2013: il s'agit de la ville de Paris et du département des Hauts-de-Seine.

¹⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ 27 régions, 100 départements, 64 communes de plus de 80 000 habitants ou surclassées et 171 EPCI, *Ibid.*, p. 112.

²⁰ Circulaire du 20 août 2012, op. cit., p. 4. Elle précise que le comptable assignataire des dépenses de la collectivité territoriale «s'assure, au 30 avril de l'année N+1, que la déclaration a bien été transmise par l'autorité territoriale. Dans le cas contraire, il informe le directeur départemental ou régional des finances publiques compétent, afin d'avertir le préfet compétent de l'absence de déclaration; », p. 9.

La ville de Paris semble exemplaire puisque, en 2013, elle avait déjà atteint le quota de 40% prévu par le législateur pour 2017. Elle a en effet nommé 8 femmes et 6 hommes, soit un taux de 57% de femmes et de 43% d'hommes²¹.

En ce qui concerne le département des Hauts-de-Seine, il a nommé dans un nouvel emploi 5 hommes et 2 femmes (à des postes de directeurs adjoints), soit 28,5% de femmes.

Si l'on prend en compte la totalité de la fonction publique territoriale concernée par l'obligation, le taux de femmes primo-nommées en 2013 était de 33%²².

Étrangement, les statistiques relatives à la fonction publique territoriales ont été moins détaillées pour ce qui est de l'année 2014. Le rapport établi par la DGAFP indique qu'en 2014, 16 collectivités et EPCI ont accompli un cycle complet, parmi lesquels une région, deux départements, neuf communes et 4 EPCI²³, sans les nommer expressément. La DGAFP précise que «globalement, les 16 collectivités ou EPCI concernés ont nommé dans un nouvel emploi de direction une proportion de 34% de femmes et 66% d'hommes. L'exigence de 20% minimum de chaque sexe fixée pour l'année 2014 est donc respectée. Cependant, parmi ces collectivités ou EPCI, 4, soit 25% n'ont nommé dans un nouvel emploi de direction que des hommes, ne respectant pas l'exigence de parité (sic) fixée à 20% pour l'année 2014. Il s'agit d'une région, une commune et deux EPCI»²⁴. Étrangement, aucun commentaire n'accompagne ce constat: le rapport ne précise notamment pas de quelles personnes morales il s'agit, ni si elles ont fait l'objet d'une sanction financière. La circulaire de 2012 précise, quant à elle, que le comptable assignataire des dépenses de la collectivité territoriale «effectue un contrôle de cohérence entre la répartition sexuée sur les nominations entrant dans le champ du dispositif déclarée, et le montant dû, déclaré et payé au comptant. Si le montant de la contribution n'est pas exact, ou en l'absence de paiement d'une contribution due, le comptable informe le directeur départemental ou régional des finances publiques de l'absence de paiement de cette dépense obligatoire»²⁵. La circulaire de 2016 a substantiellement modifié le dispositif: lorsqu'une contribution est due par une collectivité territoriale ou un EPCI, «la déclaration est produite à l'appui du mandat de paiement»²⁶. Contrairement à la circulaire de 2012, elle indique par ailleurs que

²¹ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2013 sur le dispositif des «nominations équilibrées » dans les emplois supérieurs et dirigeants de la fonction publique*, 2014, p. 38.

²² *Ibid.*, p. 39.

²³ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2014*, op. cit., p. 113.

²⁴ *Ibid.*, p. 114.

²⁵ Circulaire du 20 août 2012, op. cit., p. 9.

²⁶ Circulaire du 11 avril 2016, op. cit., p. 10. Elle indique qu'«à réception du transfert comptable et de la déclaration, la direction régionale ou départementale des finances publiques alimente le budget de l'État.

le préfet veille «à ce que les collectivités redevables aient satisfait au paiement de la contribution éventuellement due à l'aide de l'état des sommes versées établi annuellement par la DR DDFiP et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office ou à l'inscription d'office de la dépense»²⁷.

Aussi, les 4 collectivités et EPCI défaillants auraient dû verser une contribution financière dont le montant s'élève à 30 000 euros par unité manquante pour atteindre le quota de 20%²⁸, soit 30 000 euros, puisqu'il manquait une seule unité.

Enfin, s'agissant de la fonction publique hospitalière, en 2013, 150 agents ont été nommés dans un emploi d'encadrement, parmi lesquels 61 ont bénéficié d'une primo-nomination. Parmi ces 61 agents, 17 étaient des femmes (soit 28%) et 44 des hommes (soit 72%), ce qui satisfait l'obligation de nominations équilibrées. On doit tout de même nuancer ce constat en indiquant que sur les 150 nominations, on dénombre seulement 25 femmes, soit à peine 16,7%. Ainsi, sur les 89 renouvellements dans un même emploi ou nominations dans un même type d'emploi seules 8 femmes ont été nommées (soit 9%)²⁹. Aussi, en 2013, sur 150 agents nommés dans la haute fonction publique hospitalière, 25 étaient des femmes dont 17 «primo-nommées». Là encore, le dispositif légal semble avoir joué un rôle de moteur en matière de féminisation.

On note, en outre, une évolution significative en 2014: sur les 182 agents nommés dans la haute fonction publique hospitalière, 87 étaient des femmes (soit 48%). Parmi ces 182 agents, 139 ont fait l'objet d'une primo-nomination, dont 76 femmes (soit 55%). La haute fonction publique hospitalière est ainsi la seule haute fonction publique où l'on puisse parler de parité, du moins en termes de flux, c'est-à-dire le nombre de nominations prononcées chaque année. En revanche, si on raisonne en termes de «stocks», c'est-à-dire si l'on prend en compte l'ensemble des agents travaillant dans la haute fonction publique hospitalière en 2016, la parité est loin d'être atteinte. L'obligation de nominations équilibrées va néanmoins avoir un effet correcteur à moyen terme et incontestablement contribuer à la féminisation des postes d'encadrement de la fonction publique hospitalière.

Afin d'affiner cette analyse, il convient d'introduire des données plus qualitatives, en se demandant non plus simplement combien on comptabilise

Elle transmet au préfet, avant le 31 mai de chaque année, un état des sommes versées établi par collectivité versante. »

²⁷ *Ibid.*, p. 10.

²⁸ Circulaire du 20 août 2012, op. cit., p. 10. «Une unité manquante signifie qu'il manque la nomination d'un homme ou d'une femme pour atteindre la proportion minimale de personnes de chaque sexe », *Ibid.*, p. 10.

²⁹ DG AFP, *Rapport annuel pour l'année 2013*, op. cit., 41.

de femmes dans les postes d'encadrement de la fonction publique mais en identifiant les postes qu'elles occupent.

B. Où sont les femmes ? État des lieux qualitatif

Il convient, tout d'abord, de rappeler que certains emplois de la haute fonction publique ont, dès le départ, étaient exclus du dispositif contraignant : on pense notamment aux responsables d'établissements publics ou aux procureurs généraux. De surcroît, l'obligation de nominations équilibrées ne s'applique pas au concours de l'ENA. Si la promotion 2014 était féminisée à 45% (taux record salué dans de nombreux journaux), la promotion 2016 l'est à hauteur de 35%, ce qui rejoint les pourcentages habituels³⁰.

Rappelons par ailleurs que les emplois concernés par l'obligation de nominations équilibrées ont été classés en «types d'emplois». C'est ainsi que, pour la fonction publique de l'État, il existe 10 types d'emplois, lesquels prennent notamment en compte le niveau et la nature des fonctions à assurer : les emplois à la décision du gouvernement relèvent par exemple du type d'emploi n° 1 tandis que les emplois sensiblement moins prestigieux, comme les sous-directeurs ou les directeurs de projets, relèvent du type d'emploi n° 2³¹. Or, les textes précisent que le quota minimal d'hommes et de femmes s'apprécie globalement à l'échelle de chaque département ministériel pour la fonction publique de l'État, de chaque collectivité territoriale ou EPCI pour la fonction publique territoriale et de l'ensemble des emplois de l'encadrement supérieur pour la fonction publique hospitalière. Comme le rappelle la circulaire du 20 août 2012, au sein de ces périmètres, la non-atteinte de l'objectif sur *un type d'emplois* peut être compensée par les résultats obtenus sur les autres types d'emplois. Autrement dit, afin sans doute d'atteindre les quotas sans trop de difficultés, la circulaire a prévu un mécanisme de compensation entre les différents «types d'emplois». La circulaire de 2012, comme celle de 2016, indique expressément qu'*«au sein d'un même département ministériel, le respect de l'obligation chiffrée de nomination de personnes de chaque sexe peut se compenser entre les différents types d'emplois pour le calcul de la contribution financière»*³². Cela signifie concrètement que les nominations de sous-préfètes (type d'emploi n° 5) peuvent par exemple compenser les nominations de préfets (type d'emploi n° 1).

³⁰ 37,5% pour la promotion 2011, 28,75% pour la promotion 2012, voir *Le Monde* du 7 décembre 2015.

³¹ Les emplois de direction de l'administration centrale de l'État (type d'emploi n° 2) sont distingués des emplois de direction de l'administration territoriale de l'État (type d'emploi n° 4). Les types d'emploi 3, 5, 6, 7, 8, 9 et 10 regroupent par ailleurs des emplois propres à un département ministériel : police nationale (type 3), éducation nationale (type 9), etc.

³² Circulaire du 20 août 2012, op. cit., p. 10. Circulaire du 11 avril 2016, op. cit., p. 11.

Au regard de ce mécanisme de compensation, il est donc intéressant de se demander où ont été nommées les femmes: ont-elles été cantonnées aux postes les moins prestigieux de la haute fonction publique ?

En ce qui concerne la fonction publique de l'État, s'agissant du type d'emploi n° 1, en 2013, 30% des primo-nommés étaient des femmes, ce qui est satisfaisant au regard de l'obligation prévue pour cette année. Le dispositif contraignant semble avoir donné une bonne impulsion en matière de féminisation de la haute fonction publique puisque même chez les ambassadeurs primo-nommés, on comptait 29% de femmes et chez les préfets primo-nommés, on en dénombrait 27%. De telles proportions sont importantes par rapport aux nominations renouvelées en 2013: on comptait en effet parmi les ambassadeurs nommés 26% de femmes et parmi les préfets nommés seulement 15% de femmes.

Mais si 27% des préfets primo-nommés étaient des femmes, on comptait au sein des sous-préfets primo-nommés 42% de femmes (contre 32% parmi les sous-préfets nommés par renouvellement).

Pour l'année 2013, la DGAFF souligne par ailleurs qu'*«aucun type d'emploi ne présente un nombre de femmes nommées supérieur au nombre d'hommes nommés. Seul le type d'emplois n° 7 regroupant les emplois de direction des services du contrôle budgétaire et comptable ministériel affiche la parité, soit un nombre égal de nominations de femmes et d'hommes à ces emplois»*³³. Il est en outre relevé que *«l'accès des femmes à certains emplois, perçus comme «masculins» en raison de leurs domaines d'activité reste [...] difficile. Ainsi les femmes ne représentent que 17% des nominations dans les emplois de direction de la police nationale, 15% des nominations dans les emplois de direction des douanes, et 21% des nominations dans les emplois de la direction générale des finances publiques (DGFIP) entrant dans ce dispositif. Ces résultats s'expliquent notamment par la composition des corps qui constituent les viviers de recrutement pour ces emplois, dont les agents sont majoritairement masculins. Dans les corps de la police nationale, cette situation résulte notamment de l'entrée tardive des femmes dans le corps de commissaires à compter de 1974 et de l'abrogation des quotas qui n'est intervenue qu'en 1998»*³⁴.

La DGAFF met également l'accent sur le fait qu'en 2013 seuls deux types d'emplois n'atteignaient pas le taux de 20% de femmes: il s'agissait du *«type d'emploi n° 8 qui regroupe les emplois de direction de la DGDDI (direction générale des douanes et des droits indirects) et le type d'emplois n° 10 qui réunit les postes les plus importants occupés par des administrateurs généraux des finances publiques à la DGFIP (direction générale des finances publiques)»*³⁵. Là encore cela s'explique par

³³ DGAFF, *Rapport annuel pour l'année 2013*, op. cit., p. 14. On doit par ailleurs indiquer que seulement 4 nominations sont intervenues sur ces emplois en 2013.

³⁴ *Op. cit.*, p. 14.

³⁵ *Op. cit.*, p. 15.

un taux de féminisation faible dans les postes à responsabilité des ministères économique et financier.

S'agissant de l'année 2014, on peut constater que les nominations dans les emplois de type 1 ont été peu féminisées: 22% pour les ambassadeurs, 19% pour les préfets. Le dispositif contraignant a joué un rôle indéniable au niveau des primo-nominations: 23% de femmes primo-nommés à un poste d'ambassadeur et 31% de femmes primo-nommées à un poste de préfet³⁶. D'un point de vue général, la DGAFP constate une baisse de la féminisation des primo-nominations par rapport à 2013: alors que 28% des primo-nominations sur des emplois de type 1 concernaient des femmes en 2013, on en recensait 22% en 2014; surtout, alors que 41% des primo-nominations sur des emplois de type 2 concernaient des femmes en 2013, on en comptabilisait en 2014 seulement 14%³⁷.

Par ailleurs, si en 2013, aucun département ministériel n'avait nommé plus de femmes que d'hommes, en 2014, les ministères chargés des affaires sociales présentaient un taux de nomination de femmes de 56%, le ministère de la justice un taux de 41% et le ministère de la culture et de la communication, un taux de 38%³⁸. La DGAFP souligne d'ailleurs que la «mobilisation des ministères chargés des affaires sociales participe de façon significative à ce que le taux de primo-nominations de l'ensemble de la fonction publique de l'Etat dépasse les 30% en 2014»³⁹. Les ministères présentant, quant à eux, le taux de nomination de femmes le plus faible sont les ministères économiques et financiers (22%), le ministère de l'intérieur (25%), ce qui confirme l'existence de «pa-rois de verre»⁴⁰, mais également le ministère de l'énergie et du développement durable (26%) et le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche (26%).

En ce qui concerne, la haute fonction publique territoriale, on a vu qu'en 2013, une forte proportion de femmes avait été primo-nommée à Paris. La DGAFP nuance néanmoins le bilan dans la mesure où «seuls 20% des plus hauts emplois, ceux de directeur, sont confiés aux femmes contre 78% pour les emplois de sous-directeurs».

En outre, si l'on prend en compte la totalité de la fonction publique territoriale, la DGAFP relève que «les femmes nommées aux emplois de directeur

³⁶ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2014*, op. cit., p. 29.

³⁷ *Ibid.*, p. 96.

³⁸ *Ibid.*, p. 30.

³⁹ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁰ Voir sur ce point Catherine Marry, Laure Bereni, Alban Jacquemart, Fanny Le Mancq, Sophie Pochic, Anne Revillard, «Le genre des administrations. La fabrication des inégalités de carrière entre hommes et femmes dans la haute fonction publique », *RFAP*, 2015, n° 153, p. 45-68.

général des services (les emplois les plus élevés) en 2013 représentent 14% du total des directeurs généraux des services nommés», ce qui reste faible.

La DGAFP note également que, d'un point de vue général, pour la fonction publique territoriale, «à ce jour, plus de 81% des emplois de direction les plus élevés sont confiés à des hommes par primo-nominations»⁴¹.

De même, pour l'année 2014, seulement 17,5% des primo-nominations de directeurs généraux des services concernaient des femmes⁴². La DGAFP conclut que par rapport à l'année 2013 «les tendances sont assez similaires: les régions nomment majoritairement des hommes et les emplois de direction les plus élevés sont confiés en grande partie à des hommes»⁴³.

Enfin, s'agissant de la haute fonction publique hospitalière, le bilan reste aussi à nuancer, du moins pour l'année 2013. Deux types d'emplois sont concernés: le type d'emploi n° 1 regroupe les directeurs de centre hospitalier universitaire et de centre hospitalier régional et le type d'emploi n° 2 comprend des emplois de direction d'hôpital ou des emplois de directeurs de soins. Pour chacun de ces types d'emplois, les femmes représentent moins de 20% des agents nommés et moins de 30% des agents primo-nommés⁴⁴. En ce qui concerne le type d'emploi n° 1 (le plus prestigieux), sur les 4 emplois pourvus en 2013, un seul a été accordé à une femme. Pour ce qui est du type d'emploi n° 2, «les femmes représentent 15% des nominations et 27% des primo-nominations»⁴⁵.

En revanche, pour ce qui est de l'année 2014, on constate une nette augmentation du nombre de femmes tant sur les emplois de type 2 que sur ceux de type 1. S'agissant des emplois de directeur de CHU-CHR, sur les 6 nominations, on note un taux de féminisation de 33%⁴⁶. S'agissant des nominations sur des emplois de type 2, on recense 48% de femmes. La DGAFP souligne toutefois que «ce constat positif doit être nuancé par de fortes disparités entre les emplois. Alors que 70% des 81 nominations de directeurs de soins effectués en 2014 ont concerné des femmes, le taux de féminisation des nominations de directeur d'hôpital est de 32% pour un volume identique»⁴⁷. Par ailleurs, «le taux de féminisation des nominations sur les emplois de directeur d'établissement sanitaire, social et médico-social sur échelon fonctionnel est de 17% (2 femmes nommées) et les deux emplois fonctionnels de directeur d'établissement sanitaire, social et médico-social ont été pourvus par des hommes»⁴⁸.

⁴¹ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2013*, op. cit., p. 39.

⁴² DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2014*, op. cit., p. 115.

⁴³ *Ibid.*, p. 116.

⁴⁴ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2013*, op. cit., p. 43.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁶ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2014*, op. cit., p. 121.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 122.

Au regard de ces différentes données, on peut affirmer que le dispositif contraignant d'obligation de nominations équilibrées a servi de moteur, d'impulsion, en matière de féminisation de la haute fonction publique. Même si on est encore loin d'atteindre la parité, la proportion de femmes dans la haute fonction publique serait sans doute plus faible si le législateur n'était pas intervenu.

Pour des raisons de viviers, on peut comprendre qu'un dispositif transitoire ait été prévu. On peut cependant regretter qu'en l'état actuel du droit, la parité, c'est-à-dire le fait que les femmes occupent autant que les hommes les emplois de la haute fonction publique, ne soit pas imposée, même à plus long terme. Il n'en est tout simplement pas question pour les emplois de cadres dirigeants, alors que, s'agissant des autres responsabilités professionnelles dans l'administration, la loi Vallaud-Belkacem fait référence à cette notion. Un manque d'unité en la matière est ainsi à déplorer.

Par ailleurs, si les pouvoirs publics se réjouissent du respect des quotas par les différentes administrations, il s'agissait, pour les années 2013 et 2014, d'un pourcentage de 20%. Les véritables difficultés sont certainement apparues en 2015⁴⁹, année pour laquelle le seuil est passé à 30%. Elles persisteront en 2017 quand il faudra atteindre les 40%, et ce d'autant plus que la sanction financière est passée à 60000 euros par unité manquante en 2015 et atteindra 90000 euros par unité manquante en 2017.

Enfin, il convient de garder à l'esprit que les statistiques publiées en matière de nominations équilibrées ne concernent que les flux, pas les stocks. Si l'on cherche à photographier les hauts fonctionnaires, on ne recensait au 31 décembre 2012, s'agissant de la fonction publique de l'État, que 16,8% de femmes dans les corps et emplois à la décision du gouvernement⁵⁰, 29,5% dans les corps d'encadrement supérieur. De même, en décembre 2013, on ne comptait que 34 femmes parmi les 180 ambassadeurs (soit 18,9%)⁵¹. On recensait par ailleurs 25,9% de femmes dans les emplois supérieurs et dirigeants de la fonction publique territoriale et 43,5% de femmes dans la haute fonction publique hospitalière⁵², secteur dans lequel le «plafond de verre» semble commencer à se fissurer.

Si la publication de statistiques sexuées en termes de flux est indispensable, elle peut aussi être trompeuse: l'accompagner systématiquement de statistiques sexuées en termes de stocks nous semble indispensable pour prendre

⁴⁹ Les statistiques pour l'année 2015 n'ont pas encore été publiées.

⁵⁰ DGAFP, *Point stat*, op. cit., p. 4.

⁵¹ DGAFP, *Rapport annuel pour l'année 2014*, op. cit., p. 40.

⁵² DGAFP, *Point stat*, op. cit., p. 4.

la mesure de la faible féminisation persistante de la haute fonction publique française.

* Recebido em 28 nov. 2016.