

ARGUMENTUM
PROCESSO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

REVISTA DE DIREITO

10

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM
PROCESSO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM-PROCESSO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL - Revista de Direito – Universidade de
Marília.

Volume 10 – Marília: UNIMAR, 2009.

Anual.

ISSN – 1677-809X

Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –
UNIMAR
CDDir 340

Editora Arte & Ciência
Rua dos Franceses, 91 – Morro dos Ingleses
São Paulo – SP - CEP 01329-010
Tel.: (011) 3258-3153
www.arteciencia.com.br

Editora UNIMAR
Av. Higyno Muzzi Filho, 1001
Campus Universitário - Marília - SP
Cep 17.525-902 - Fone (14) 2105-4005
www.unimar.br


UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof^a Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Prof^a Dr^a Suely Fadul Villibor Flory

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Prof^a Dr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Prof^a Dr^a Francis Marília Pádua Fernandes

Endereço para correspondência ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA Av. Higyno Muzzi Filho, 1001
MARÍLIA – SP – CEP 17525-902 – BRASIL
Telefone: (0xx14) 2105-4028 – fax: (0xx14) 3433-8691

ARGUMENTUM
PROCESSO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

- 1. Dr. Achim Ernest Röhrmann**
Membro do Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der
Länder Berlin und Brandenburg
- 2. Dr. Dimitris Christopoulos**
Universidade de Panteion (Atenas)
- 3. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino**
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
- 4. Dr. Jorge Esquirol**
Universidade Internacional da Flórida – USA
- 5. Drª Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**
Universidade de Marília
- 6. Dr. John Milios**
Universidade Politécnica Nacional (Atenas)
- 7. Dr. Leonardo Greco**
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- 8. Dr. Luiz Edson Fachin**
Universidade Federal do Paraná
- 9. Drª Maria de Fátima Ribeiro**
Universidade de Marília
- 10. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza**
Universidade de Marília
- 11. Profa. Rita Loureiro**
Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo

Direção da Revista ARGUMENTUM
Profª Drª Maria de Fátima Ribeiro

Coordenação Editorial
Profª Drª Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Coordenação Editorial e Preparação de Texto
Profª Drª Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta
Ano 2009 - Volume 10
MARÍLIA – ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL
E-mail: revistaargumentum@unimar.br

Sumário

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	
PARTE TEMÁTICA	
PROCESSO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL	
O CONTROLE DOS <i>PODERES INSTRUTÓRIOS</i> DO JUÍZO PELOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA ISONOMIA, DA AMPLA DEFESA E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA RELEITURA CONSTITUCIONALIZADA DA PRODUÇÃO DE PROVA <i>EX OFFICIO</i> Fernanda Amorim Fraga Fernando Horta Tavares Isabella Saldanha de Sousa	17
LA IMPUGNACIÓN INTERNACIONAL DEL LAUDO ARBITRAL POR FRAUDE PROCESAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA RECLAMACIÓN VENEZOLANA SOBRE EL TERRITORIO DE LA GUAYANA ESEQUIBA Mercedes Alicia Carrillo Zamora	39
O PAPEL DO ESTADO NO TRATADO DE LISBOA E A INTENSIFICAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SUPRANACIONAL EUROPEU Alexandre Coutinho Pagliarini	69
LA PROGRESIVA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS POR LAS REGIONES ITALIANAS Y SUS DIFERENCIAS RESPECTO AL SISTEMA DE ACREDITACIÓN PERUANO Michele Carducci	89
DO NEGÓCIO JURÍDICO: A RELEVANTE QUESTÃO DA EFICÁCIA Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira Melce Miranda Rodrigues	103
A CRISE FINANCEIRA MUNDIAL, O ESTADO E A DEMOCRACIA ECONÔMICA Gabriel Real Ferrer Paulo Márcio Cruz	117
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA EMPRESA NA CONSTRUÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DIANTE DA NOVA REALIDADE ECONÔMICA Lourival José de Oliveira	137
A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS NO PÓS-CONSUMO Andiara Flores Ana Cláudia Bertoglio Dorneles	159

DESCARBONIZAÇÃO: RELEVÂNCIA AMBIENTAL E ASPECTOS TRIBUTÁRIOS Ana Paula Duarte Ferreira Maidana Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi.....	179
A VIABILIDADE DA EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL NO ÂMBITO MUNICIPAL Sabrina Moraes Mantovani	199
AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO PARA AS PRESENTE E FUTURAS GERAÇÕES: PONTO DE ENCONTRO DO DIREITO E MORAL Laura Lucia da Silva Amorim	213
EXTRAFISCALIDADE, INCENTIVOS FISCAIS: AUSÊNCIA DE IGUALDADE E JUSTIÇA NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL Lediane Rano Fernandes da Silva.....	227
PARTE GERAL	
ESTADO, DIREITO E JUSTIÇA NA OBRA DE THOMAS HOBBS Andityas Soares de Moura Costa Matos.....	247
AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA GESTÃO HOSPITALAR NO BRASIL Ana Maria Viçoso Gomes.....	269
A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONCRETIZAÇÃO DO PRÍNCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Claudio José Amaral Bahia Ana Carolina Peduti Abujamra.....	295
RESENHA	
<i>Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica</i> , autoria de Dinaura Godinho Pimentel Lourival José de Oliveira.....	321
COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA	
COMENTÁRIO SOBRE O CASO DE RECOMPENSA INTERNACIONAL: STJ, RO nº 39, de 6 de outubro de 2005 Nelise Dias Vieira.....	327
ENTREVISTA	
ENTREVISTA COM O DR. MAURO CAMPBELL MARQUES MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	335
RESUMO DE DISSERTAÇÃO DEFENDIDA EM 2009	
MELCE MIRANDA RODRIGUES.....	341
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO	343
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	349

APRESENTAÇÃO

A área de concentração em *Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social* do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR proporciona, por meio da REVISTA ARGUMENTUM, possibilidades de reflexão sobre a temática central do Curso, que envolve suas duas linhas de pesquisa: 1) *Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais*; 2) *Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas*.

A referida Revista tem como objetivo disseminar, de forma sistematizada, artigos científicos da área jurídica com a inserção das produções científicas de autores convidados nacionais e estrangeiros e do corpo docente e discente do Programa.

A REVISTA ARGUMENTUM, mantendo sua proposta editorial em volume temático, retoma sua edição anual redimensionada. Neste número estão publicados 15 artigos, sendo 12 da Parte Temática e 3 da Parte Geral. Além dos Artigos, a Revista apresenta Resenha, Comentário da Jurisprudência, Entrevista e Resumo da Dissertação Defendida, além das informações sobre o Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR e das Normas para Publicação.

Atendendo aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES e aos indicativos do sistema *Qualis*, foi definido o perfil editorial deste periódico, tendo em vista os novos padrões. Além das temáticas eleitas, cada número publicará também artigos na Parte Geral que aborda temas relevantes, considerando a contribuição, inestimável, dos colaboradores convidados, que favorece a qualidade das publicações e reforça o intercâmbio de idéias.

A Revista publica, em cada edição, os resumos das dissertações defendidas durante o período, possibilitando maior visibilidade do Programa. Contempla também informações específicas sobre estrutura, objetivos, linhas, grupos e projetos de pesquisa desenvolvidos pelos professores, mestrandos e alunos do Curso de Graduação em Direito da Instituição.

O número 10 – 2009 é inovador, uma vez que insere novas seções: RESENHA de texto Jurídico, COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA e ENTREVISTA. Os 15 artigos que compõem o número 10 da REVISTA ARGUMENTUM agregam finalidades prioritárias e bem definidas. Sob a ótica jurídica e econômica, tratam do tema do *Processo e Desenvolvimento Econômico Sustentável*.

Para este número o Conselho Editorial recebeu 51 artigos que foram selecionados pela Coordenação Editorial da Revista e, posteriormente, submetidos à avaliação de consultores *ad hoc* pelo sistema *double blind peer review*. Compõem o corpo de avaliadores 36 professores de renomadas Instituições de diversos Estados brasileiros. Cada artigo foi analisado por dois consultores.

Está publicado também, no presente número, o RESUMO da dissertação de uma mestranda, defendida em 2009, em atendimento à Portaria da CAPES nº 13 de 15.02.2006 para fins de divulgação digital.

Ao final, estão contempladas as informações sobre estrutura, objetivos e demais informações referentes ao Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, bem como as Normas para encaminhamento e seleção de artigos para a publicação na Revista.

Na home page da UNIMAR (http://www.unimar.br/pos/mestrado_direito.php) estão disponibilizados os números da REVISTA ARGUMENTUM, desde a sua 1ª edição em 2001, possibilitando maior acesso e visibilidade às publicações do Núcleo de Pesquisa e demais informações do Programa.

Com esta publicação, o Programa está contribuindo para ampliar os debates sobre a temática proposta, além de atender às exigências do *Qualis* – Capes estabelecido para a área do Direito.

UNIMAR, Marília – SP
Dezembro de 2009

Profa. Dra. Suely Fadul Villibor Flory
Pró-Reitora de Pós-graduação

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Diretora da Revista ARGUMENTUM

DOCTRINA

PARTE TEMÁTICA

Processo e desenvolvimento
econômico sustentável

O CONTROLE DOS “PODERES INSTRUTÓRIOS” DO JUÍZO PELOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA ISONOMIA, DA AMPLA DEFESA E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA RELEITURA CONSTITUCIONALIZADA DA PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO*

CONTROL OF COURT “INSTRUCTIVE POWERS” BY CONTRADICTORY, EQUALITY, VAST DEFENSE AND, JUDICIAL DECISIONS RATIONALE PRINCIPLES: A CONSTITUTIONALIZED REREADING OF *EX OFFICIO*

.....
Fernanda Amorim Fraga*
Fernando Horta Tavares**
Isabella Saldanha de Sousa***

* Graduada em Direito pela PUC-Minas.

** Pós-doutoramento em Direito Constitucional pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito e em Direito Processual e Mestre em Direito Processual pela PUC de Minas Gerais. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC-Minas. Advogado.

*** Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, advogada militante e professora da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen.

Sumário

1. Introdução. 2. As teorias do processo nos paradigmas dos Estados liberal e social: o papel do juízo na iniciativa probatória e a incompatibilidade de sua atuação com o estado democrático de direito. 3. A importância dos princípios constitucionais-institutivos do processo na produção das provas *ex officio* e a função do julgador na procedimentalidade democrática. 4. O controle dos “poderes instrutórios” do juízo pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa e da fundamentação das decisões judiciais: uma releitura constitucionalizada da produção de prova *ex officio*. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Process theories in the paradigms of social and liberal state: the role of court in evidence initiative and the incompatibility of its activities with the democratic state of law. 3. The importance of the constitutional institute principles of process in the production of *ex officio* evidence and the function of the judge in democratic procedure. 4. Control of judge instructive power by contradiction, equality, legal defense and reasoned judgments principles – a reinterpretation of constitutionalized re reading of *ex officio* evidence. 5. Closing remarks. 6. References.

Resumo

Estuda-se a impossibilidade do juízo de produzir provas *ex officio* sem a participação das partes no processo, a partir do Direito Democrático introduzido pela Constituição Brasileira de 1988, que obrigou a uma nova leitura na interpretação e aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro. Trabalha-se a ideia de que a prova é elemento estruturador do procedimento destinado à resolução dos conflitos intersubjetivos, e da aplicação da sanção penal, e seu fator de valoração e valorização, além de elemento essencial da fundamentação das decisões judiciais, consequência de se decretar a nulidade dos provimentos que determinam a produção de prova ao arpejo dos Princípios Constitucionais do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa, consectários do Devido Processo Legal.

Palavras-chave: poderes instrutórios do Juízo; devido processo legal direito democrático.

Abstract

We study the court inability of producing *ex officio* evidence without the participation of litigants in the process, from the Democratic Law introduced by the 1988 Brazilian Constitution, which required a new reading in the interpretation and application of Article 130 of the Brazilian Code of Civil Procedure. We deal with the idea that evidence is the procedure structural element to solve inter subjective conflicts. We also reflect about the application of penal sanctions, and its assessment and recovery factor, as well as essential elements for reasoning judicial decisions, as a result of decreeing invalidation of assignments that determine the production of evidence against Contradictory, Isonomy and Wide Defense Constitutional Principles part of the Due Process of Law.

Keywords: judge instructive power; due legal process; democratic law.

1. Introdução

O presente trabalho visa demonstrar se há (i) legitimidade e (ii) parcialidade na iniciativa oficiosa do órgão julgador ao determinar a produção de provas *ex officio* (Art. 130 do CPC), a partir do instituto jurídico do Processo democrático, adotando-se como marco teórico a teoria neoinstitucionalista do processo, concebida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal.

A doutrina que desenvolveu a Relação Jurídica Processual, em sua vertente do processo como instrumento da jurisdição, vem conferindo ao magistrado a possibilidade de determinar *ex officio* a produção das provas que julgar necessárias à instrução, excluindo as partes da construção participada desta decisão, sob o fundamento de que o processo deve primar pela efetividade, de forma que a tutela jurisdicional possa ser prestada dentro de um tempo cronológico razoável¹. Em

1 As terminologias mais adequadas para expressar a efetividade do processo e a razoável duração de sua tramitação são Efetividade do Direito e Celeridade do Procedimento, conforme teorizado pelo segundo arti-

razão de uma alegada urgência da tramitação dos procedimentos, a efetividade do processo com a razoável duração de sua tramitação foi erigida como direito fundamental pelo Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Brasileira de 1988.

Neste raciocínio, correlaciona-se a necessidade de imprimir “efetividade e tempestividade à prestação da tutela jurisdicional” à ideia de que o decurso do tempo é “inimigo do processo”. Assim, exige-se do Estado uma “tutela jurisdicional” que proporcione a fruição do direito debatido em juízo do modo mais célere, adequado e tempestivo que for possível, sob consequência de este direito restar corroído pela fluência do tempo, em linha de pensamento da elevada doutrina de Cândido Rangel Dinamarco².

Pretende-se, neste ensaio, demonstrar que esta argumentação, em que pese sua doura origem, não se adapta ao modelo constitucional de processo porque o decurso do tempo cronológico não pode ser responsável pela ausência de efetividade do processo e pela corrosão do próprio direito.

O termo efetividade, significando a capacidade da norma jurídica de gerar efeitos no mundo real, vem sendo aplicado tanto ao processo³ quanto ao direito, como forma de acelerar a fruição dos direitos discutidos em juízo pelas partes. Mas, segundo o marco teórico adotado neste trabalho, é equivocado se atrelar efetividade ao processo, porque ele é uma instituição constitucionalizada que garante que o procedimento seja regido pelos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, na aplicação dos conteúdos da lei ao caso concreto.

A defesa da extirpação ou da redução do tempo lógico de fala das partes na estrutura procedimental processualizada representa o maior entrave para que se alcance a efetividade na implementação dos direitos fundamentais pelo Processo. Uma decisão judicial somente pode ser considerada democrática se puder ser “identificada dentro da estrutura do devido processo constitucional, com o provimento de todos os sujeitos processuais e não exclusivamente do ato do julgador monocrático ou colegiado⁴”, que decide sobre a necessidade ou não de produção de outras provas para esclarecer as pretensões postas em juízo pelas partes, tal como vem sendo interpretado o Art. 130 do CPC.

culista em obra anterior (“Tempo e processo”, In: **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada Curitiba: Juruá, 2007). Ao demais, marco teórico na Teoria Neo-Institucionalista do Processo, o Processo é visto como direito-garantia, cujo tempo lógico e cronológico de argumentação não pode ser reduzido a pretexto de se imprimir celeridade à tramitação do procedimento.

2 “De todos os nossos fantasmas, o que mais assombra é o tempo – tempo-inimigo, que corrói direitos e contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas, mas que até agora não aprendemos a combater”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo, 2007, p. 12.

3 Segundo Zavascki, “o direito à efetividade do processo é um direito fundamental ou também de acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, e compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65.

4 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 120-130.

Por isso, é preciso vislumbrar que o princípio da “efetividade do processo e da razoável duração de sua tramitação” não pode preponderar sobre os demais direitos-garantias fundamentais, que consubstanciam o princípio do devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV, da CR/88). Dessa forma, buscou-se aqui fazer uma releitura do princípio do contraditório, para uma tentativa de adaptação de aplicação do Art. 130 do Código de Processo Civil em conformidade com o modelo constitucional do processo, juntamente com os demais direitos-garantias que consubstanciam o Devido Processo.

Não se pode olvidar que no Estado Democrático de Direito o Princípio do Devido Processo atua como fator de impessoalização das decisões judiciais, concepção que é fundamental para desmistificar o uso acrítico e mítico das expressões “efetividade do processo e poderes instrutórios do juízo”.

2. As teorias do processo nos paradigmas dos estados liberal e social: o papel do juízo na iniciativa probatória e a incompatibilidade de sua atuação como vigente estado democrático de direito

O conceito de paradigma⁵ pode ser aplicado à ciência do Direito e, no período que vai da Antiguidade até a Idade Média, formaria um paradigma único, enquanto a modernidade compreenderia três paradigmas: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal surge com os ideários da Constituição da Federação Norte-Americana de 1776, com o processo da Revolução Francesa de 1789 e com a “Revolução Gloriosa” ocorrida na Inglaterra em 1688. O Estado Liberal é construído com o intuito de limitar o poder do soberano e não permitir a ingerência do Estado na vida e nos negócios da burguesia. Este modelo é marcado pelo constitucionalismo e pela separação das funções em legislativa, judicial e executiva. Apenas os direitos fundamentais de liberdade e igualdade eram garantidos em face do Estado, que atuava de forma mínima, resguardando o exercício de tais direitos apenas no plano formal. Na prática, o ideal de fraternidade nunca pôde ser alcançado porque cada indivíduo era responsável pela busca da própria felicidade, que encontrava seu limite no exercício da liberdade do outro⁶.

O Direito, por sua vez, passa a ser compreendido como:

5 Para Thomas Kuhn, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 43. 217-232

6 Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 55.

uma ordem, um sistema fechado de regras, de programas condicionais, que tem por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo⁷.

E o Poder Judiciário passa a exercer a função de

dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a Administração pública, quando provocado, através dos procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a “boca da lei” (Montesquieu)⁸.

Diante desse contexto, o juiz deveria se limitar a aplicar a letra da lei, atuando de forma “equidistante em relação ao embate travado entre as partes no processo, de forma que não tinha iniciativa probatória”. Adotava-se, então, o princípio dispositivo¹⁰, em seu sentido estrito, de forma que somente as partes estavam autorizadas a produzir provas. Assim, até o final do sec. XIX, o juiz era o diretor formal do processo, cabendo-lhe apenas valorar “as alegações de fato, provadas pelas partes”¹¹ ou decorrentes de fatos incontroversos, na prolação da decisão final. Segundo Verdi, “essa ideologia liberal, que atribui às partes a iniciativa probatória, foi claramente adotada pelo Código de Processo Civil italiano, em seu Art. 115”¹².

E, como destacam Wambier e Santos,

7 Idem, p. 57.

8 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 57.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil. In: **Temas de direito processual**, Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, cit. n.º 3, p. 6.

10 O juiz aguarda a iniciativa probatória das partes em relação às provas dos fatos controvertidos, sem que ele possa verificar outros fatos e determinar a produção da prova que julgar pertinente para o melhor esclarecimento da lide. O julgamento da lide lastreava-se exclusivamente nas alegações fáticas comprovadas pelas partes.

11 “Em direito democrático, diferentemente do que dizia Carnelutti, as provas não têm a finalidade de fixar os fatos no processo, mas sim, as alegações factuais no discurso processual proceduralizado. As alegações factuais demonstradas por instrumentos de prova ou pela formação de um ponto processual devem figurar na fundamentação do provimento”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p.174-175.

12 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 p. 103.

circunscrever a atividade jurisdicional, o quanto possível, ao âmbito de disposição dos interesses da parte, representava a manifestação concreta do poder de disposição característico da autonomia privada defendida pelo liberalismo¹³.

Portanto, diante do ideário liberal se pode concluir que a iniciativa probatória do juiz era praticamente inexistente, já que estavam em jogo apenas os interesses das partes e aquele figurava como mero expectador do procedimento, decidindo apenas o que foi pleiteado em juízo pelas partes. Assim, o processo foi concebido como instrumento de satisfação dos interesses exclusivos das partes. Tal perspectiva de processo incentivou a utilização da razão estratégica pelas partes, como afirmado por Dierle Nunes,

uma vez que desde a abertura do procedimento até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas¹⁴.

Com o estremecimento do Estado Liberal, que já não era mais capaz de controlar a profunda crise social e econômica que se seguiu à ausência de regulamentação das relações sociais em face da ausência do Estado, a opção encontrada para evitar uma revolução do proletariado foi a adoção do modelo de Estado Social. Ele foi adotado pela primeira vez pela Constituição Mexicana de 1917, mas só ganhou repercussão a partir da Constituição de Weimar de 1919. Com um viés nitidamente protetivo e paternalista, o Estado Social buscou solucionar as mazelas deixadas pelo Estado Liberal, adotando uma intervenção na economia e na esfera privada dos indivíduos, implementando políticas sociais que viabilizassem direitos sociais mínimos para os cidadãos.

Nesse contexto, “o direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas de fins, realizáveis no limite do possível”¹⁵.

No dizer de Marcelo Cattoni, passa-se a

aplicar o direito aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso

13 WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, Miguel Garcia et al. (coords.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 103.

14 NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 77.

15 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 60.

ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativo ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, a Justiça no caso concreto¹⁶.

Tratava-se de conceber o juiz como o diretor material do processo, nas palavras de Cappelletti, em que “ele está investido de uma função assistencial para proteger a parte mais fraca ou mal defendida por profissional negligente ou inexperiente”, de forma que lhe “são assegurados poderes instrutórios para a apuração dos fatos, com a finalidade de alcançar o resultado mais justo e adequado”¹⁷ para se atingir o bem comum. No mesmo sentido é o pensamento de Bedaque, que afirma que

um dos mais poderosos instrumentos que os magistrados têm nas mãos e que lhes possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual é reforço dos seus poderes instrutórios¹⁸.

Fomentando-se um papel mais ativo ao julgador, passou-se a proteger o interesse das partes, evidenciando a “firme tendência central de entender e tratar o processo como ‘instrumento’ a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial, tal como preconizam Dinamarco¹⁹ e os adeptos da Teoria da Relação Jurídica Processual²⁰. Este foi o pensamento que influenciou, em parte, a redação do Art. 130 do Código de Processo Civil, vigente desde 1973. Além dessa conotação social, com o abrandamento do princípio dispositivo puro ou clássico, facultou-se ao juiz a produção de prova *ex officio* e o indeferimento da produção das provas que reputasse desnecessárias à instrução. Dessa forma, o viés

16 Idem, p. 61.

17 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 89.

18 BEDAQUE, Roberto dos Santos. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário, **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol.700, p.35, fev. 1994.

19 DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**, São Paulo: Malheiros, 1999, p.57.

20 “A partir do “fenômeno da “publicização do processo”, surge uma verdadeira “marcha do processo para sua socialização ou democratização”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol.263, p. 41.

liberal foi parcialmente mantido, ao se garantir às partes a iniciativa probatória em relação à comprovação de suas alegações, mas já era possível ao julgador atuar, ainda que de forma subsidiária no plano probatório.

No Estado Social, conclui-se que a iniciativa probatória do magistrado se tornou viável, mas a partir de uma perspectiva nitidamente assistencialista em que ele, através de seu livre convencimento e de sua persuasão racional, procede na busca da “verdade real”, determinando a produção das provas que fossem indispensáveis ao desate da lide e indeferindo as que fossem desnecessárias. A resolução da lide se dava, assim, por meio do “processo que era o instrumento para a realização de uma justiça efetiva e da paz social”²¹.

Contudo, segundo André Cordeiro Leal, o Estado Social entrou em crise em razão da

complexidade das sociedades modernas culturalmente multifacetadas, mostrando-se insuficiente ao enfrentamento das várias indagações oriundas do fenômeno da perda de legitimidade do direito e do questionamento incessante do mito da autoridade²².

Nesse contexto, passou-se a ter que se optar entre a via neoliberal e a democrática. É o que informa Mario Lúcio Quintão Soares, para quem

no âmbito do Estado social de direito, carcomido pelas reformas neoliberais, digladiam-se forças econômicas e ideológicas, que através da imposição de umas sobre as outras podem reduzi-lo a simples cobertura formal de ditadura capitalista, frustrando a via ocidental baseada na democracia, ou, então, podem conduzir a evolução progressiva e a construção de autêntico Estado Democrático de Direito²³.

O Brasil adotou, então, o paradigma do Estado Democrático de Direito a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, passando, numa viragem linguística normativa, a garantir “a participação efetiva dos destinatários das decisões estatais na sua criação, aplicação e fiscalização por meio (*medium* linguístico-jurídico) da processualidade jurídica (isonomia, ampla e contraditório)”²⁴, qual seja, o Processo, tal como concebido pela teoria neo-institucionalista, que confere, em última instância, a legitimidade ao direito.

21.

22 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 28.

23 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 214-215.

24 ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005 p. 124.

Portanto, para ser coerente com o paradigma vigente, a iniciativa probatória do juízo não pode ocorrer de ofício sem se ofertar aos destinatários normativos a possibilidade de debate em torno dessa decisão. Não é mais possível adotar na contemporaneidade os ideários do *Welfare State* (o Estado como provedor do bem comum), porque “a justiça não é mais a do julgador, mas a do povo (fonte única do direito), que a faz inserir em leis democráticas”²⁵. A partir daí, cai por terra a concepção pragmática de que o juiz, como autoridade, tem o poder de definir, ao seu alvedrio, a necessidade ou não de que sejam produzidas outras provas em relação aos fatos controvertidos da lide, destinadas a formar o “seu livre convencimento motivado”²⁶ para a aplicação da norma ao caso concreto.

3. A importância dos princípios constitucionais-institutivos do processo na produção das provas *ex officio* e a função do julgador na procedimentalidade democrática

O Processo, na pós-modernidade²⁷, se estrutura pela principiologia constitucionalmente instituída do contraditório²⁸, da ampla defesa²⁹ e da isonomia³⁰, que atuam como direito-garantia às partes de que a judicância³¹ será exercida de forma legítima e válida. A produção da lei, pelo Devido Processo

25 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 102.

26 A expressão foi utilizada entre aspas porque o juiz não tem o poder de determinar a produção da prova de ofício porque esta decisão deve ser estruturada de maneira dialógica para resguardar o princípio democrático.

27 A pós-modernidade se caracteriza, em substituição à modernidade fundada numa razão prescritiva/instrumental, “por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica, em que os destinatários das normas não são clientes passivos da legalidade produzida, [...] se realizaria a legitimidade do direito mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo devido processo legislativo”, também sujeitas à fiscalização pelo devido processo legal. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 28.

28 “O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercerem a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo o direito garantia de se manifestarem”. Nesse enfoque, é inadmissível o contraditório postecipado ou postergado, segundo LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 110.

29 “O princípio da ampla defesa é coextenso ao do contraditório e da isonomia, porque a amplitude de defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório, pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 111).

30 “O princípio da isonomia é referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (processo), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 111.

31 Entenda-se como ato de decisão egresso do conteúdo da lei.

Legislativo, não é capaz, por si só, de lhe conferir legitimidade. Esta somente poderá ser alcançada pelo Povo por meio da “formalização de um discurso procedimentalizado dos argumentos numa condição ideal de fala, com vistas à obtenção de uma decisão compartilhada e legítima”³².

Daí a importância de se aplicar à procedimentalidade democrática os princípios institutivos do processo, a partir da necessária distinção entre o Processo³³ e o Procedimento³⁴, que a Teoria da Relação Jurídica Processual não dá conta de explicar, pois o procedimento ainda é visto como “o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica³⁵”, é dizer, não se consegue antever a distinção entre um e outro nesta visão, não obstante a contribuição normativa expressamente prevista nos artigos 5º, incisos LIV e LV e 24, inciso XI, da Constituição Brasileira.

Assim, não é qualquer procedimento (considerado como uma mera sequência ordenada de atos procedimentais) que se encaminha pelo Processo, para que seja exarado o provimento final (sentença), mas somente aquele procedimento democrático que permita aos destinatários normativos a fiscalização ampla e irrestrita, através de uma participação dialógica na preparação dos provimentos (todas as decisões exaradas desde o início do procedimento até a sentença). Nesse sentido, a “atividade cognitivo-processual (análise dos instrumentos de prova e argumentos) não pode sofrer nenhuma restrição quanto aos princípios institutivos do processo”³⁶, sob consequência de “anulação do provimento exarado, porquanto ilegítimo e inconstitucional”³⁷.

Raciocínio análogo deve ser adotado em relação ao instituto jurídico da prova no Estado Democrático de Direito, especialmente em relação ao tema controvertido da possibilidade de produção de provas *ex officio*, neste paradigma.

32 MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 128.

33 O Processo na teoria neo-institucionalista deve ser compreendido como uma instituição constitucionalizada, apta a reger o procedimento em contraditório, isonomia e ampla defesa.

34 O procedimento “é uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direitos, que se configura pela sequência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativos do modelo de procedimento”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 107.

35 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 106.

36 MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 134.

37 MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 134.

O Código de Processo Civil adota predominantemente o princípio dispositivo³⁸, que foi atenuado pelo princípio do impulso oficial³⁹, ao permitir que o juiz tenha a liberdade de determinar que sejam produzidas provas *ex officio*, desde que necessárias à instrução do processo, na literalidade do Art. 130 do CPC. O princípio dispositivo vem sendo tratado de forma contraposta ao princípio da busca da “verdade real”, também denominado de livre investigação das provas, segundo o qual o julgador teria o dever legal de iniciativa probatória e não mera faculdade ou poder na apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da lide.

Sob esta ótica, na condição de dirigente do processo, o julgador adota uma posição mais ativa, independente e participativa, atuando de forma excepcional na produção de provas *ex officio*, na medida em que as partes tenham se desincumbido do ônus de prova que lhes cabe em relação às alegações deduzidas em juízo. Além disso, exige-se que ele esteja convicto na formação de seu convencimento, a partir do exame das provas já produzidas. Contudo, nesse viés, em momento algum se pensa em facultar às partes a oportunidade de debater se há realmente a necessidade da produção de outras provas (além daquelas eventualmente já existentes nos autos), para o desate da lide.

Sem embargo da boa intencionalidade, essa interpretação equivocada da livre iniciativa probatória do juízo tem sido admitida em nome de uma ideologia de que “a justiça deve ser célere, efetiva e asseguradora da paz social”, através da intervenção de um Estado (ainda social e não democrático) que se preocupa em garantir aos cidadãos a maior aproximação possível de uma não constitucionalmente recepcionada “igualdade substancial”:

Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes⁴⁰.

38 O princípio dispositivo, em sua acepção clássica, determina que o juiz deve julgar a lide exclusivamente com fundamento nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a produção de prova de ofício, em relação aos fatos não alegados pelas partes, cuja prova não tenha sido postulada por elas. Isso sob o fundamento de que o Art. 2º do CPC estabelece que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Sob essa visão o magistrado não poderia determinar a produção de prova *ex officio*. Em razão da publicização do processo, a partir do séc. XX passou-se a permitir que o juiz pudesse determinar a produção de prova *ex officio* desde que primeiramente as partes se desincumbissem do ônus de comprovar as suas alegações, de acordo com o Art. 333, I e II do CPC.

39 Também denominado de princípio inquisitivo, mas que, no Estado Democrático de Direito, segundo Rosemiro Pereira Leal, deixou de ser aplicado, porque não existe atuação jurisdicional sem conteúdo legal.

40 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 77.

A finalidade da jurisdição é não outra que a manutenção da paz social, das relações intersubjetivas, ou seja, do convívio harmônico entre os cidadãos em suas relações no cotidiano. Desta maneira o juiz, na perseguição dos objetivos da prestação jurisdicional, através de todas as maneiras conferidas pela instrumentalidade do processo, deverá recorrer às partes para que, diante da eventual insuficiência de provas, persistam na busca daquilo que irá fazer com que seja cumprida, de maneira mais eficaz possível, a função social da jurisdição⁴¹.

Para essa corrente teórica o processo teria deixado de ser algo das partes e passa a ser o local onde o “Estado exprime a sua autoridade”, tendo como norte não somente a tutela dos interesses privados, mas primordialmente a tutela do interesse público e a “distribuição da justiça”. Esta distinção entre interesse público e interesse privado, utilizada para justificar a iniciativa probatória do julgador, afigura-se inócua, porque esta suposta supremacia de um indemarcado “interesse público”, na verdade, fundamenta a ausência de imparcialidade do juízo que direciona e estabelece a produção da prova ao seu livre alvedrio, sem que essa decisão possa ser previamente debatida entre as partes, em clara colisão com o princípio do contraditório e, principalmente, com o **Direito Democrático** muito bem definido pelo artigo 1º, da Constituição Brasileira de 1988.

A mesma crítica se faz em relação à ideia de que deveria ser amplamente permitida a instrução probatória *ex officio* quando a lide versar sobre direitos indisponíveis, porque esse dever legal, supostamente, independeria da natureza jurídica do direito discutido em juízo (se disponível ou indisponível). Outro argumento, também vinculado ao “interesse público” e que é utilizado para fundamentar a produção *ex officio* de provas, é o de que o juízo deve sempre primar pela busca da “verdade real”, ou seja, as provas seriam o meio de aproximação máxima da “verdade” em relação aos fatos alegados pelas partes.

Neste ideal de se procurar uma “verdade” na maioria das vezes inatingível, a finalidade não é outra senão a de “convencer o juízo” acerca das alegações apresentadas pelas partes no curso do *iter* procedimental, com o fito precípua de obter uma “decisão justa”.

Todavia, a busca pela verdade, ainda que esta pudesse ser possível de se alcançar, não pode ser o fim colimado pelo processo porque, no dizer de Dhenis da Cruz Madeira,

a verdade não pertence nem ao julgador, nem às partes, pois a exatidão ou não das alegações factuais só é confirmada ou negada após a instalação do discurso processual, exigindo-se a testificação irrestrita

41 BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 54-56.

das afirmações ao longo de toda a estrutura procedimental, assim como a observância do devido processo⁴².

Já em relação a uma esperada “justiça da decisão” e ao protagonismo judicial, esclarece Dierle Nunes que

não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, uma vez que só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado. O juiz democrático deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais inclusive daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão. O que se critica é a ideia de que tal distanciamento (atuação do juiz como um mero autômato neutro na aplicação do direito) poderá ser reduzido mediante uma postura criativa e incontrolável, como se o juiz possuísse um privilégio cognitivo no sistema jurídico⁴³.

Dessa forma, o exercício da atividade judicial de dirigir o procedimento, desvinculada da democrática participação da partes, traz problemas como o da falta de legitimidade decisória e da quebra da imparcialidade porque, na atividade probatória por impulso oficial (Art. 130 do CPC), o juízo está autorizado a determinar a produção das provas que ele julgar necessárias à formação de seu convencimento **à revelia das partes**, o que se afigura inadmissível no Processo democrático.

Sem embargo do respeito que a ela se deve, não se pode aceitar essa corrente teórica⁴⁴, porque, ao se admitir que, em nome de uma suposta “efetividade do processo e da celeridade de sua tramitação”, a atuação do juízo se dê com fundamento em sua autoridade⁴⁵, haverá violação aos princípios institutivos

42 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185.

43 NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá. 2008, p. 199, 260 e 261.

44 “O processo efetivo é somente aquele que atinge todos os escopos, o que não acontece se o juiz (pilatos) está tolhido e tem as mãos amarradas, condenado a ser mero espectador de uma batalha muitas vezes extremamente desigual e que, sem sua intervenção, pode resultar na vitória de quem nenhum direito material tinha naquela hipótese”. BRAGA, Sidnei da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89.

45 “O conceito de efetividade do processo e da celeridade na tramitação do procedimento, tal como vem sendo divulgado pela maioria dos juristas brasileiros, não tem como fundamento o ganho de legitimidade nas decisões judiciais, mas sim o ganho de utilidade dessas decisões, que está voltado para o alcance dos escopos metajurídicos (da jurisdição e do processo). A ideia de jurisdição centrada na figura do magistrado (onipotente e onipresente) colide fundamentalmente com a ideia de participação democrática dos cidadãos por meio da igualdade de argumentação para a formação das decisões judiciais, quando da aplicação do

do processo (especialmente a isonomia e o contraditório) no curso da atividade probatória.

A iniciativa probatória do juízo, mesmo exercida em nome da “efetividade do processo” e da celeridade do procedimento, da conveniência do “interesse público” na busca ou perseguição da “verdade real”, é perigosa porque é discricionária, na maioria das vezes, impondo uma decisão arbitrária que não é passível de controle dialógico pelas partes. Neste sentido, coloca-se a afirmativa de Rosemiro Pereira Leal, segundo a qual

O juiz, mesmo obediente à imperatividade legal da livre investigação da prova, ainda assim, não pode, a seu talante, exceder-se aos limites da atuação jurisdicional, porque quebraria a imparcialidade, que é pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição, reunindo isenção para assegurar às partes o direito fundamental da isonomia (liberdade de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental)⁴⁶.

Assim, constata-se que os princípios constitucionais institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), que deveriam propiciar às partes a fiscalização do exercício da judicância, foram suprimidos da atividade probatória normativa-constitucional e substituídos por uma visão solipsista de aplicabilidade dos princípios da efetividade do processo e da celeridade do procedimento.

Através da prática do ato decisório segundo os parâmetros da Teoria da Relação Processual, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, o juiz se torna “eloquente e solitário na realização de justiça”⁴⁷ e passa a ser visto como um “depositário público da confiança da sociedade civil”⁴⁸ para dizer, com fundamento em sua autoridade, qual prova é necessária e qual não é quando, em conformidade com o Processo Democrático Constitucionalizado, asseguraria a definição dos elementos capazes de formar a sua convicção (legal e racionalmente motivada) acerca dos fatos (re)construídos pelas partes durante o procedimento (cognitivo, cautelar ou executivo).

Por isso, se faz necessária uma incursão pelo instituto jurídico da prova para verificar se há possibilidade de sua produção “por impulso oficial” a partir do modelo constitucionalizado de processo. Segundo Rosemiro Pereira Leal, o

direito”. SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <www.conpedi.org.> Acesso em: 05 out. 2008.

46 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 116 e 123.

47 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 70.

48 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 69.

instituto jurídico da prova somente pode ser operacionalizado a partir de um procedimento constitucionalmente processualizado para que ela seja produzida de forma compartilhada *entre o juízo e as partes*. Ainda segundo o referido doutrinador, “o procedimento (processo) visto como estrutura técnica de asseguarção do direito probatório é um direito fundamental das partes⁴⁹”, porque através da reconstrução dos fatos e do próprio direito que será aplicado ao caso concreto, é que se lhes confere a condição de sujeito processual.

O órgão judiciário também é um sujeito processual, mas é considerado um terceiro em relação aos efeitos das decisões que prolata durante todo o procedimento e deve garantir às partes o exercício do contraditório, de forma que mesmo as “provas determinadas de ofício devem ser postas no debate do contraditório”⁵⁰. É no ato de assegurar o contraditório prévio entre as partes, diante da possibilidade de aplicação do Art. 130 do CPC pelo juízo, que se implementa o processo (democrático) pela atividade compartilhada entre os sujeitos processuais (juiz e partes, mais especificamente)⁵¹.

Portanto, a produção de provas é destinada sempre à convicção e argumentação das partes e não do juízo, porque elas são os destinatários normativos e, como tal, sofrerão os efeitos das decisões judiciais, especialmente da sentença. Por isso se faz necessário lhes garantir uma participação isonômica na construção da decisão sobre a necessidade ou não da produção da prova, mesmo quando aplicado o Art. 130 do CPC.

4. O controle dos “poderes instrutórios” do juízo pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa e da fundamentação das decisões judiciais: uma releitura constitucionalizada da produção de prova *ex officio*

Os próprios processualistas vinculados à bicentenária Escola da Relação Jurídica do Processo reconhecem que a atuação oficial do juízo na produção da prova deveria

propiciar, dentro do processo, ambiente no qual as partes possam litigar em igualdade substancial, isto é, que qualquer vantagem de uma sobre a outra decorra, exclusivamente, da superioridade de seu direito, em nome de um processo socialmente efetivo (que deve

49 LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 195.

50 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 124.

51 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá. 2008, p. 233.

servir às partes e à sociedade), mas sem elementos objetivos (sem dados constantes do conjunto fático retratado nos autos) que exijam a intervenção do juiz, restará prejudicada a sua parcialidade⁵².

Ora, para verificar se estão presentes os elementos objetivos que exigiriam a intervenção do juízo na determinação da produção de certa prova é indispensável que se garanta às partes um diálogo prévio acerca da necessidade ou não dessa produção. Veja-se que tal posicionamento também é defendido por José Roberto dos Santos Bedaque⁵³; contudo, o problema está em se adotar a noção de contraditório exercido de forma postecipada e não antecipada, conforme adverte Nunes:

o delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório se inicia na percepção de que o mesmo não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões, de forma que existiria um dever de consulta do juiz impondo o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos da futura decisão ao contraditório⁵⁴.

Nessa perspectiva democrática, segundo Leal, somente haverá impessoalização das decisões se elas forem obtidas a partir da institucionalização do processo constitucionalizado, que é a fonte da vontade político-jurídica da vontade popular em combate ao império da decisão pela tutela jurisdicional. Assim, o incremento dos “poderes instrutórios” do juízo não pode ser inversamente proporcional à concessão de garantias às partes de controle da judicção pelo princípio do Devido Processo (isonomia, ampla defesa, contraditório e fundamentação das decisões judiciais), sob consequência do ato decisório (produção oficial de prova) ser passível de anulação, por ofensa ao mencionado princípio, carecendo tal decisão de legitimidade e de imparcialidade.

Este posicionamento, de todo coerente com o Direito Democrático instituído pela Constituição Brasileira de 1988, já vem sendo defendido no direito

52 WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, Miguel Garcia *et al.* (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

53 “Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra o seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 83.

54 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá. 2008, p. 233.

alienígena, visando resguardar a simétrica paridade das partes de participação e de influência na construção da decisão acerca da necessidade ou não de produção de outras provas pelo juízo⁵⁵.

Nesta perspectiva, a ampla liberdade investigativa do juízo sobre os fatos e sobre a produção de prova em torno deles não estará sendo cerceada, mas fiscalizada pelas partes, de forma prévia, respeitando-se o contraditório e os demais princípios institutivos do processo (ampla defesa e isonomia) para preservar o modelo procedimental democrático. Por isso, além de se garantir às partes a participação na produção das provas que o juízo entenda convenientes, é indispensável a criação de um espaço discursivo prévio acerca da necessidade ou não de produção desta(s) prova(s) porque “a direção do julgador é exercida em conjunto com as partes, sujeitando-se todos, às diretrizes do paradigma constitucional”⁵⁶. Trata-se de uma garantia contra o perigo de decisões parciais, que não foram submetidas ao contraditório e que por isso são arbitrárias, já que o julgador impõe às partes a produção de determinada prova que ele julgar necessária, o que é vedado em Direito Democrático. Não é outra a ideia esposada por Dhenis da Cruz Madeira, segunda a qual

Vê-se que a efetivação dos princípios institutivos do processo torna menos penosa a atividade do juiz, porquanto esse não mais precisa realizar uma investigação extra-autos nem mesmo possuir uma inteligência, sensibilidade ou sapiência sobre-humanas, o que facilita em muito a sua atividade profissional⁵⁷.

Inovação salutar, e na direção da teorização neste ensaio defendida, foi trazida recentemente pelo legislador reformista ao alterar a redação do Art. 155 do Código de Processo Penal, com o advento da Lei 11.690/08⁵⁸, que estabelece em seu Art. 1º que o juízo formará sua convicção pela livre apreciação da prova **produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase investigatória, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

55 “O juízo passa a garantir o exercício do contraditório entre as partes no curso do procedimento, através da provocação de um debate prévio entre as partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito, que devem ser esclarecidas para a resolução da demanda. Trata-se de garantir o contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e no resultado do processo, evitando as decisões surpresa”. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influencia e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 152.

56 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008 p.200.

57 Idem, p.183.

58 BRASIL. Lei 11690/08, de 09 de jun. 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 09 jun. 2008.

Por este novo diploma legal, o juízo está obrigado a submeter tal decisão *ao debate prévio entre as partes*, em respeito ao princípio do contraditório, antes de determinar a produção de outras provas para o desate da lide. E, ainda assim, ao fundamentar tal decisão deverá explicitar as razões de sua decisão. Isso porque, na visão de André Cordeiro Leal,

o contraditório, na condição de princípio constitucional, se atendido, torna-se, nesse passo, hábil, por um lado a garantir imparcialidade e, por outro, a balizar a própria racionalidade das decisões⁵⁹.

O juízo deixará, então, de ser o único destinatário das provas, para que as partes também o sejam, já que a atividade probatória exige uma atuação compartilhada, como garantia de que os argumentos expendidos pelas partes em torno da necessidade ou não de produção de outras provas sejam analisados, de modo a se obter uma decisão legítima.

A partir desses pressupostos, não é mais concebível que a iniciativa probatória do juízo, tal como prevista no Art. 130 do CPC, macule a produção de tais provas e tampouco a sua posterior valorização, sob consequência de restar violado o Devido Processo. É através desse democrático discurso viabilizado procedimentalmente que as alegações deduzidas pelos destinatários normativos poderão se sujeitar à crítica⁶⁰, no sentido de que cada parte irá demonstrar as razões pelas quais uma nova prova deverá ser produzida, ou não, argumentando em torno de sua relevância ou da ausência dela para o esclarecimento da lide.

Corolário lógico da dicção que se extrai do inciso IX, do artigo 93, da Constituição Brasileira, tal decisão deverá estar necessariamente fundamentada, inclusive para refutar ou acatar as alegações das partes em relação à necessidade ou não da produção de novas provas. Daí também exsurge a importância do princípio da fundamentação das decisões, cabendo ao juízo justificar as razões de seu convencimento. Ao se viabilizar o conhecimento dos fundamentos de determinada decisão, no sentido de determinar ou indeferir a produção de outras provas, as partes poderão também fiscalizá-la pelo exercício do contraditório sucessivo, através da via recursal, tal como destaca Nunes:

O instituto jurídico do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões suscitadas de

59 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.108.

60 Segundo Madeira, no discurso processual há alegações factuais sujeitas à crítica, que são certas até que outras sejam opostas ou lhe substituam. Cf. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 182.

ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim um espaço de debate. Entretanto, quando mais presente for o papel ativo do julgador, maior razão existe para a implementação do contraditório e da ampla defesa em seu perfil dinâmico, a permitir uma comparticipação ativa das partes no *iter* procedimental⁶¹.

Desta forma, a inobservância de todos esses princípios que estruturam o Devido Processo, mais especificamente do contraditório (antecipado, sempre!), da isonomia, da ampla defesa e da fundamentação das decisões judiciais⁶², ensejará a possibilidade de declaração de invalidade do ato probatório por iniciativa oficial porque, como assevera André Cordeiro Leal,

uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltará a necessária legitimidade⁶³.

Não é por outro motivo que Rosemiro Pereira Leal conclui que, numa perspectiva democrática, “o objeto do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento, como requisito de causalidade da fundamentação legal (Art. 93, incisos IX e X, CR/88) do provimento (ato decisório)”⁶⁴.

5. Considerações finais

Não se pode olvidar que, com a adoção do paradigma do Direito Democrático, após a vigência da Constituição Brasileira de 1988, o art. 130 do Código de Processo Civil, que permite a iniciativa probatória por impulso oficial, precisa ser ressemantizado a partir do estudo do instituto jurídico da prova e dos princípios constitucionais institutivos do processo (que compõem um princípio maior, o do Devido Processo Legal), de forma a permitir que os litigantes participem de forma isonômica e em contraditório da construção da

61 NUNES. Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso:** da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 163 e 168.

62 “Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões judiciais de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões”. LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

63 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

64 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo.** 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 194.

decisão a respeito da necessidade ou não da produção de outras provas, com fito de esclarecer algum fato relevante para o julgamento da lide.

O princípio do contraditório, consagrado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira de 1988, constitui-se num direito-garantia fundamental, **que não pode ser suprimido da estrutura procedimental quando da aplicação do art. 130 do CPC**, sob consequência de restar violado o princípio do Devido Processo, que “impõe a participação lógico-procedimental probatícias das partes na preparação do provimento”⁶⁵.

Assim, carece de legitimidade e imparcialidade a decisão que impõe a realização de uma determinada prova por alvedrio do juízo, sob o fundamento de melhor formação de seu convencimento acerca dos fatos discutidos e a pretexto de alcançar a efetividade do processo, impondo às partes indemarkados escopos metajurídicos do processo, sem um **prévio debate** sobre o cabimento e a oportunidade de produção, ou não, de determinada prova.

Na Democracia, “o princípio da isonomia é assegurado pela paridade de distribuição normativa do tempo-espço procedimental para todos os sujeitos do processo na preparação do provimento e não pela autoridade do juiz”⁶⁶. Assim sendo, o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro é inconstitucional, por não estar em consonância ao modelo constitucional de processo, instituído pelo Povo brasileiro em 1988.

Frisa-se que esta ideologia de um incentivo crescente ao ativismo judicial “torna a cidadania sem efeito e desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante”, correndo-se o risco de “se evoluir para uma organização clerical do poder e de confiscar a soberania”⁶⁷ popular.

Por isso, por coerência à roupagem de direito fundamental com que se reveste o Devido Processo como esculpido pelos incisos do artigo 5º da Constituição Brasileira, o julgador deve assumir a função de garantidor do devido processo que irá reger todo o procedimento para assegurar o direito das partes de participação na construção da decisão que ensejará ou não a produção de novas provas, além daquelas já requeridas e produzidas por elas, para um melhor esclarecimento da lide.

Referências

BEDAQUE, Roberto dos Santos. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol.700, fev. 1994.

65 Idem, p. 197.

66 Idem. ibidem.

67 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 62.

BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRAGA, Sidnei da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei 11.690/08, de 09 de jun. 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 09 jun. 2008.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998. 168p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p.

DELGADO, José Joaquim. Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os deveres e poderes instrutórios do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. p. 271-289. In: MEDINA, Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**: São Paulo, 2007, p. 333.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 270p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. 219 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy. 2002.

_____. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. p. 123-143. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências Contemporâneas do Direito processual civil. In: **Temas de direito processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá. 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em: 05 out. 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: _____. **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada. Curitiba: Juruá, 2007, p.112-117.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol.263, p.39-47, jul.-set.1978.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. p. 152-164 In: MEDINA, Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

Artigo recebido em 04/10/09

Aceito para publicação em 19/11/09

LA IMPUGNACIÓN INTERNACIONAL DEL LAUDO ARBITRAL POR FRAUDE PROCESAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA RECLAMACIÓN VENEZOLANA SOBRE EL TERRITORIO DE LA GUAYANA ESEQUIBA

ARBITRATION AWARD INTERNATIONAL OBJECTION FOR PROCEDURAL FRAUD: SPECIAL REFERENCE TO VENEZUELA CLAIM ON THE GUYANA BOUNDARY TERRITORY

Mercedes Alicia Carrillo Zamora*

* Consultora Jurídica na Secretaria do Tribunal Administrativo de La Organización de Estados Americanos. Doutoranda de Universidad Complutense de Madrid. Abogada, (Diplomada en Estudios Avanzados en Derecho Internacional y RR.II.) Estudio realizado con el apoyo del Programa Alban, Programa de Becas de Alto Nivel de la Unión Europea para América Latina.

Sumario

1. EL FRAUDE PROCESAL Y SU VINCULACIÓN AL CONFLICTO DE LA GUAYANA ESEQUIBA 1.1. Nociones generales de fraude procesal 1.2. Sobre el modo de diagnosticar al fraude procesal 1.3. Sobre el proceder del Tribunal Arbitral que decidió los límites de Venezuela y la Guayana Británica y su adecuación a la figura del fraude procesal 2. LA IMPUGNACION INTERNACIONAL DEL LAUDO ARBITRAL POR FRAUDE PROCESAL 2.1. Sobre el carácter de *res iudicata* de la sentencia arbitral 2.2. Admisibilidad de la demanda de nulidad por Fraude Procesal 2.3. La necesaria inducción del orden jurídico interno para determinar el alcance del Fraude Procesal. 2.4. Fraude procesal en un proceso arbitral? 3. Consideraciones Finales CONSIDERACIONES FINALES 4. REFERENCIAS.

Sumário

1. A FRAUDE PROCESAL E SUA VINCULAÇÃO AO CONFLITO DA GUAYANA ESEQUIBA 1.1. Noções geraes de fraude processual 1.2. Sobre o modo de diagnosticar a fraude processual 1.3. Sobre o proceder do Tribunal Arbitral que decide os limites de Venezuela e da Guayana Británica e sua adequação à figura da fraude processual. 2. A IMPUGNAÇÃO INTERNACIONAL DO LAUDO ARBITRAL POR FRAUDE PROCESSUAL 2.1. Sobre o carácter de *res iudicata* da sentença arbitral 2.2. Admisibilidade da demanda de nulidade por Fraude Procesal 2.3. A necessaria indução da orden jurídica interna para determinar o alcance da Fraude Processual. 2.4. Fraude processual no processo arbitral? 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

Resumen

Ante las sobradas lagunas en materia de invalidez de sentencias arbitrales en el ámbito internacional, este estudio pretende profundizar acerca de los motivos por los cuales un Estado que esté sufriendo las secuelas de un proceso arbitral injust puede llegar a invocar la nulidad de una sentencia arbitral ante la Corte Internacional de Justicia. Se aborda la conveniencia de que un Estado perjudicado apoye su pretensión en base a un vicio de nulidad reconocido en diversas legislaciones internas que ofrece una mayor flexibilidad en materia probatoria: el fraude procesal. Al mismo tiempo, siendo el fraude procesal una figura desconocida en la práctica internacional, se plantea la posibilidad de que el Juez internacional acuda al Derecho Comparado y se sirva de las regulaciones que allí se contemplan en materia de nulidad de sentencias, a fin de confirmar la viabilidad de impugnar un laudo arbitral en base a dicha causal.

Palabras-clave: arbitraje; laudo arbitral; impugnación; nulidad; fraude procesal.

Resumo

Diante das várias lacunas em matéria de invalidez de sentenças arbitrais no âmbito internacional, este estudo propõe um aprofundamento acerca dos motivos pelos quais um Estado que esteja sofrendo as sequelas de um processo arbitral injusto pode chegar a invocar a nulidade de uma sentença arbitral à Corte Internacional de Justiça. Aborda-se a conveniência de que um Estado prejudicado apoie sua pretensão com base em um vício de nulidade reconhecido em diversas legislações internas que oferece uma maior flexibilidade em matéria probatória: a fraude processual. Ao mesmo tempo, em sendo a fraude processual uma figura desconhecida na prática internacional, considera-se a possibilidade de que o Juiz Internacional recorra ao direito comparado e se sirva das regulações que ali se contemplem em matéria de nulidade de sentenças, a fim de confirmar a viabilidade de impugnar um laudo arbitral com base em dita causal.

Palavras-chave: arbitragem; laudo arbitral;impugnação, nulidade, fraude processual.

En el contexto histórico de las Relaciones Internacionales de finales del siglo XIX, América Latina fue el ámbito espacial por excelencia en la implementación del arbitraje como medio de solución de controversias territoriales.

Muchos han sido los esfuerzos llevados a cabo, mediante la celebración de instrumentos internacionales, por regularizar el arbitraje y establecer los principios de derecho sobre el cual esta institución debe apoyarse. Entre ellos se encuentran por ejemplo:

- El Tratado de Arbitraje Obligatorio de 1902 para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos.

- La Convención de La Haya de 1907 sobre solución pacífica de controversias
- La Convención General de Conciliación Interamericana de 1929
- El Tratado relativo a la Prevención de Controversias de 1936
- El Tratado Americano de Solución Pacífica de Controversias (Pacto de Bogotá), de 1948

Asimismo, contamos en la actualidad con los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional, la cual, en su *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral*, contempla significativas directrices a seguir en la práctica arbitral internacional.

No obstante la amplia gama de instrumentos señalados, una de las cuestiones que ha sido objeto de mayor polémica respecto a su admisión y posterior regulación corresponde al tema de la *invalidéz de las sentencias arbitrales*. En la actualidad, ante la ausencia de instancias jurisdiccionales a través de las cuales un Estado pueda apelar una sentencia arbitral contraria a derecho, existe la posibilidad de acudir a ciertas vías que procuran proteger la seguridad jurídica que debe seguir al arbitraje, a saber, los procedimientos de *revisión, interpretación y nulidad* de la sentencia arbitral.

Las *Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre solución pacífica de controversias* regularon ambas en su Título IV, Capítulo III, todo lo concerniente a los procedimientos de interpretación y revisión de las sentencias arbitrales. Sin embargo, en lo tocante al tema de la nulidad de la sentencia arbitral, el Derecho Internacional ha tenido mayores problemas para establecer una regulación positiva al respecto toda vez que entran en juego cuestiones tan importantes como el principio de la cosa juzgada, las atribuciones de los árbitros o la ausencia de jerarquización en el orden internacional. Esto ha traído como consecuencia que sea básicamente la misma jurisprudencia y la práctica internacional quienes arrojen los elementos a tomar en cuenta para la interposición de una demanda de nulidad de la sentencia arbitral, todo lo cual induce a confusión e incertidumbre debido a la indeterminación de las causas de nulidad de las sentencias arbitrales o a la imprecisión de su contenido.

Visto lo anterior, se considera menester profundizar acerca de los motivos por los cuales un Estado (especialmente aquellos que estén sufriendo las secuelas de procesos arbitrales injustos acaecidos a finales de siglo XIX) puede llegar a invocar la nulidad de una sentencia arbitral en el marco del Derecho Internacional actual. La importancia de este tema radica en que, si bien gracias al arbitraje gran parte de los países latinoamericanos pudieron definir satisfactoriamente sus fronteras, la realidad es que no sucedió lo mismo con respecto a determinados conflictos limítrofes de los cuales inclusive algunos permanecen hasta la fecha sin solución

definitiva. En efecto, véanse por ejemplo las situaciones desencadenadas a raíz del mantenimiento de casos no resueltos como el de la reclamación guatemalteca del territorio de Belice, la controversia entre Colombia y Nicaragua por las islas de San Andrés y Providencia, la controversia limítrofe entre Venezuela y Gran Bretaña (sucedida luego por Guyana) sobre el territorio de la Guayana Esequiba, entre otros.

Dado a las sobradas lagunas en materia de impugnación de laudos arbitrales fraudulentos, se plantea la necesidad de que pueda el Juez internacional acudir en ciertos casos al Derecho Comparado y servirse de las regulaciones que allí se contemplan en materia de nulidad de sentencias, de modo que aquellas situaciones, previstas en los ordenamientos jurídicos internos como invalidantes de una sentencia, puedan ser extrapoladas al ámbito internacional llegándose a subsanar así la falta de regulación al respecto.

Dicho planteamiento ha sido desarrollado en busca de una solución alterna a una controversia que data de la época del colonialismo y a cuya solución increíblemente no se ha podido llegar debido a las significativas deficiencias del sistema arbitral. Se trata de la controversia que resolvió los límites entre Venezuela y la Guayana Británica en relación al territorio de la Guayana Esequiba.

Tomando en cuenta la persistente contención venezolana al laudo de 1899 que la despojó de casi 160.000 Km² de territorio, se aborda la conveniencia de que Venezuela, como Estado perjudicado, acuda ante la Corte Internacional de Justicia y apoye su pretensión en base a un vicio reconocido en diversas legislaciones internas como susceptible de causar la nulidad de una sentencia y el cual, a su vez, ofrece una mayor flexibilidad en materia probatoria: *el fraude procesal*.

Lo que se plantea entonces es la posibilidad de acudir al arreglo judicial contemplado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, pero no para resolver el fondo de la controversia limítrofe en sí, sino para solventar la controversia sobre la validez de la sentencia de 1899 e impugnar así el carácter de *cosa juzgada*, en el cual se apoya el gobierno guyanés para no ceder en su posición. De este modo, conforme a lo dispuesto por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 37 de su *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral de 1958*, una vez que el laudo de 1899 sea declarado nulo y se recupere el *status quo* de 1897 (fecha en que se inició el arbitraje anglo-venezolano), la disputa limítrofe sobre el territorio de la Guayana Esequiba podría ser sometida a otro Tribunal, originándose así, para Venezuela, una nueva oportunidad para hacer valer sus derechos y exigir justicia.

1. El fraude procesal y su vinculación al conflicto de la Guayana Esequiba

1.1. Nociones generales de fraude procesal

Se cree que para hacer efectiva la reclamación venezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba, el primer paso a dar debe ser el invocar la nulidad del laudo de 1899, pero con fundamento al *fraude procesal* acaecido en el arbitraje que decidió los límites entre Venezuela y la Guayana Británica. Pero ¿qué es exactamente el fraude procesal? Según el autor Christian Pacheco:

El empleo del proceso judicial, por uno cualesquiera de los que en él intervienen, a fin provocar en el juzgador un error de hecho y de derecho, lo cual conduce a un resultado ilícito contrario tanto a la ley procesal, como a la sustantiva, resultado que se materializará y proyectará a través de una resolución judicial que pase en autoridad de cosa juzgada, ya sea una sentencia, o acto homologatorio de un acuerdo procesal y que tendrá consecuencias normales de beneficio propio o ajeno y un perjuicio para una de las partes o un tercero¹.

Dentro del ámbito jurídico venezolano, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con escasos antecedentes, también ha definido lo que se debe entender por fraude en el ámbito procesal. Así, en sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera, ha proclamado en relación a este tema lo siguiente:

El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, **a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero**. Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante [...] o por el concierto de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden perseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas (como ocurre en el proceso no contencioso), y mediante la apariencia procedimental lograr un efecto determinado; **o perjudicar**

1 PACHECO VALDERRAMA, Christian. **Fraude procesal**. Chile: Editorial Congreso, 1998, p. 113

concretamente a una de las partes dentro del proceso, impidiendo se administre justicia correctamente². (El resaltado es propio).

Conviene distinguir entre el fraude *en perjuicio de la ley* y el fraude procesal *en perjuicio de las partes intervinientes en el proceso o los terceros*. El fraude a la ley puede ser entendido como *el acto jurídico en sí mismo válido que se otorga con la exclusiva finalidad de evitar la aplicación de una ley imperativa o prohibitiva y que por ese motivo es anulado en ciertos casos por la ley o la jurisprudencia³*. Un ejemplo concreto de este primer supuesto puede ser el establecimiento de un juicio cuya causa sea supuestamente la enajenación de un bien, con el objeto real de escapar a los acreedores que, según la ley, puedan haber ejercido sus acciones sobre dicho bien para satisfacer sus derechos; o la donación disfrazada entre cónyuges con el objeto de escapar a la regla de la revocabilidad⁴. Por su parte, el fraude procesal en perjuicio de una de las partes o terceros, es el que resulta de un conjunto de artimañas y maquinaciones desplegadas a lo largo del proceso, que sustituyen la verdadera causa del mismo por otra causa tendentes a la obtención de un provecho ilícito en perjuicio de alguno de los intervinientes dentro del proceso.

1.2. Sobre el modo de diagnosticar al fraude procesal

Tomando como referencia la definición de fraude procesal elaboró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, citada anteriormente, puede inferirse que, con respecto al arbitraje realizado entre Venezuela y Gran Bretaña, basándose esta figura en el conjunto de maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, por la mala fe de uno o más sujetos procesales, destinados a impedir la eficaz administración de justicia, en perjuicio del juez o de la otra parte procesal, estaríamos en presencia indiscutiblemente de un caso de fraude procesal. ¿Pero qué tipo de fraude procesal exactamente? Se trata de un fraude procesal bilateral, cometido dentro del proceso. Dicho tipo de fraude se corresponde con la figura de la colusión, que es el acuerdo ilícito de dos o más sujetos procesales en perjuicio de otro en donde la simulación viene a ser el instrumento defraudativo⁵. En el proceso arbitral objeto de nuestro estudio, tomando como base toda la argumentación aportada por el gobierno

2 GOVEA & BERNADON. El fraude procesal ante la acción autónoma de nulidad y el amparo constitucional. En: **Nueva Jurisprudencia**. Caracas: Editorial La Semana Jurídica, Año 1, No. 11, p. 6, septiembre 2000.

3 CAPITANT. Vocabulario Jurídico. En: GELSI BIDART, Adolfo. Noción de fraude procesal. Madrid, Separata de la **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, Num. I, p. 27, 1970.

4 GELSI BIDART, Adolfo. Op. cit., p. 26.

5 ESTÉVEZ, José Lois. **Teoría del fraude en el proceso civil**. Santiago de Compostela: Editorial-Librería Porto, 1948, p. 85.

venezolano y la doctrina relacionada, puede decirse que, de resultar verdaderos todos los alegatos expuestos (y aclaro, no se puede afirmar hasta ahora que tal argumentación sea verdadera, ni es el objeto de este análisis determinarlos), se estaría en presencia de un claro caso de colusión entre el Tribunal Arbitral y Gran Bretaña (a través de sus representantes, evidentemente), en perjuicio de Venezuela. ¿Pero cómo podría probarse esto? Tal y como señala hasta con humor el Profesor Piero Calamandrei, acreditar la existencia de fraude procesal, en especial si se trata de un fraude bilateral en el que gran parte de las actuaciones procesales han sido simuladas, implica la carga de probar la inexistencia de una serie de actuaciones abstractas, lo cual constituye **no una prueba diabólica, sino una prueba superior a todas las potencias infernales**⁶.

Si bien tanto la doctrina como las leyes adjetivas de diversos Estados han establecido un conjunto de principios, obligaciones y facultades tanto para el Juez como para las partes para prevenir el fraude procesal (por ejemplo, las facultades del Juez en su actividad rectora del proceso, por las cuales puede tomar las medidas que considere necesarias para hacerse de un mejor criterio; o el deber de las partes en actuar con lealtad y probidad; o la consagración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva etc.), lo cierto es que, una vez que el fraude se presenta como bilateral y más aún, si en este participa el órgano jurisdiccional, resulta sumamente complicado comprobar el conjunto de maquinaciones y artificios desplegados en el proceso.

No obstante, conviene señalar las palabras del Profesor Estévez quien aporta soluciones al respecto al afirmar que ha de observarse siempre *la actitud de los potenciales sujetos activos del fraude ya que esta será determinante*. Esta actitud varía según se trate de fraude unilateral o bilateral; según la simulación empleada, que puede ser anterior o posterior al proceso; según se trate de aportar hechos inexistentes o de amañarlos de modo que se tergiverse la decisión, entre otros. Pero que en todo caso, todas las conductas fraudulentas tienen un mismo punto de partida en común, que es la *labor preparatoria previa*. En otras palabras, el fraude siempre se proyecta, mas nunca se improvisa; siempre requiere un acuerdo previo que delimite el plan a seguir en el proceso⁷.

Sin duda, la mejor forma en que puede probarse la colusión dentro de un proceso sería mediante la aportación de una “contradecларación” o del **pactum simulationis**, al que se refiere el Profesor Estévez, y en nuestro caso de estudio, esta contradecларación se asimilaría al acuerdo suscrito que (según la doctrina y el gobierno de Venezuela) pudieron haber firmado el Juez Martens, en nombre de Rusia, y los jueces británicos en nombre de Gran Bretaña, en donde se revelen

6 CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. T. I. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 405.

7 ESTÉVEZ, José Lois. Op. cit., p.114.

las compensaciones recíprocas secretas que ambas potencias acordaron a expensas de Venezuela.

Ante la evidente dificultad para conseguir este documento, no por ello la reclamación venezolana sobre la nulidad del laudo de 1899 ha de estar perdida ya que, como se verá, existen diversos *factores indiciarios* desarrollados por el Derecho Comparado y por la doctrina mayormente, a los que puede llegar a acudir para diagnosticar al fraude procesal.

En este sentido, el profesor Estévez esquematiza los indicios del fraude procesal bilateral del siguiente modo⁸:

– durante el período *extraprocesal* del fraude bilateral los indicios pertinentes para su diagnóstico se encuentran todos ligados a un elemento subjetivo como lo es el vínculo de confianza, amistad, complicidad, o la gratitud que exista entre las partes. En efecto, no se podría pensar en la posibilidad de que las partes puedan celebrar un *pactum simulationis* sin que exista entre ellas un marcado nivel de confidencialidad o cercanía.

– durante el período *intraprocesal* del fraude bilateral los indicios de los cuales puede valerse el Juez para diagnosticar el fraude son entre otros: la sorprendente ineficacia jurídica de las alegaciones de una parte; la abundancia de documentos quirografarios (no reconocidos por autoridades públicas); el uso del contradictorio para la discusión de asuntos de escasa importancia; las excepciones no se oponen o resultan inviables; se percibe cierta complicidad entre las partes; si existe violencia verbal entre las partes, se puede entrever la falsedad; hay un desinterés de las partes en la investigación oficial de los fundamentos de la litis, entre otros.

En nuestro caso de estudio, puede llegar a afirmarse que la naturaleza de las relaciones entre Rusia y Gran Bretaña, así como la ideología y el proceder de los árbitros pueden considerarse todos como significativos indicios para pensar que el laudo de 1899 fue consecuencia de un procedimiento arbitral fraudulento en virtud de un posible acuerdo político celebrado entre Rusia y Gran Bretaña, en el cual ambas potencias se hicieron recíprocas concesiones en perjuicio de Venezuela.

8 *Idem*, p. 116.

1.3. Sobre el proceder del Tribunal Arbitral que decidió los límites de Venezuela y la Guayana Británica y su adecuación a la figura del fraude procesal

A. La posición previa de Gran Bretaña como “labor preparatoria” del fraude procesal

El día 12 de noviembre de 1896, Estados Unidos y Gran Bretaña firmaron las bases del Tratado de Arbitramiento que decidiría los límites entre Venezuela y la Guayana Británica. No obstante, ya con anterioridad a la firma de este tratado, empezaría a suscitarse una serie de irregularidades en perjuicio de Venezuela, promovidas por representantes del gobierno británico, según consta en los archivos históricos recopilados por el gobierno venezolano. En efecto, conviene señalar en este caso tres importantes documentos ordenados cronológicamente que respaldan las anteriores afirmaciones.

En primer lugar, merece la pena resaltar la nota del *12 de agosto de 1896* del Ministro de Relaciones de Gran Bretaña, Lord Salisbury, al Ministro de Colonias en Gran Bretaña, Lord Chamberlain, en la que se revela la manifiesta preocupación del gobierno británico en asegurarse una “conveniente” constitución del Tribunal Arbitral que decidiría la controversia anglo-venezolana. En dicha nota, Lord Salisbury expresa la necesidad de evitar, a toda costa, que se integrara al Tribunal Arbitral algún miembro con ideas “anglofóbicas”. Afirmar la conveniencia de no designar como Presidente del Tribunal a ningún jurista de nacionalidad española, portuguesa u holandesa, y asimismo, sostiene que ni los italianos ni los belgas eran muy amigos de los ingleses; que los franceses, alemanes y rusos eran demasiado hostiles, que los suizos no apoyaban el régimen monárquico; y por ende, una correcta elección del Presidente del Tribunal Arbitral debía recaer sobre un sueco o un danés debido a *la imparcialidad de sus países*⁹.

En segundo lugar, está la famosa nota del *29 de octubre de 1896* del Secretario de Estado de Estados Unidos, quien a la vez fue designado por el Presidente Cleveland para negociar por Venezuela, Richard Olney, a Sir Julián Pauncefote, Embajador británico en Washington, en la que Olney señala, dentro del contexto de las negociaciones de las bases del Convenio de Washington, lo siguiente:

[...] Es muy conveniente, según creo, que no se le dé al Acuerdo de 1850 ningún status en la letra misma del Convenio, ni siquiera por medio de una referencia, mucho menos intentando definir su extensión

9 GROS ESPIELL, Héctor. **Estudio preliminar de la obra de Federico de Martens “Rusia e Inglaterra en Asia Central”**. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República, 1981, p. 22

*y significado. Si se intenta interpretarlo, esto nos envolvería en un prolongado debate que pospondría indefinidamente **la obtención del fin que ahora tenemos en mente.***¹⁰ (El resaltado es propio).

Este acuerdo de 1850 al que se refiere Olney es el que firmaron Venezuela y Gran Bretaña en el que se comprometen a no ocupar el territorio disputado desde 1840 a raíz de la publicación de la línea Schomburgk extendida. La exclusión por completo de algo tan importante, como lo era el compromiso anterior acordado por las partes en no ocupar el territorio reclamado, se explica en base al interés británico de alegar la prescripción adquisitiva a la que se refiere el artículo IV del Convenio de Washington como un título legítimo sobre el territorio disputado. Pero lo cierto es que era totalmente ilógico hablar de prescripción habiendo un acuerdo de por medio que prohibía la ocupación del territorio, por lo tanto, la ocupación inglesa no podía ser invocada como título cuando ésta no era una posesión legítima, pacífica, ni contaba con todos requisitos para poder ser adquisitiva.

En tercer lugar, está la nota del *8 de diciembre de 1896* del Embajador británico en Washington, Julián Pauncefote al Ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña, Lord Salisbury, luego de haberse concluido las bases del Convenio de Washington. En esta nota, Pauncefote luego de negociar con Olney las bases del Convenio, comenta lo siguiente:

No hay peligro de que el Señor Olney preste oídos, ni por un momento, a los aullidos venezolanos pidiendo una modificación de nuestros términos de arbitraje. [...] Puede aparecer injusto que haya dos ingleses de nuestra parte y ningún venezolano de la otra, pero los venezolanos aceptaron estar representados por los Estados Unidos, y yo ciertamente entendí que la cuestión sería arbitrada precisamente como si la controversia fuera entre Gran Bretaña y EE.UU., por la razón, entre otras, que no conocemos un jurista venezolano digno de ese nombre, **o a quien nosotros consentiríamos que le fuera confiada la función de Árbitro en este caso.**¹¹ (El resaltado es propio).

Ciertamente, Venezuela fue menospreciada al desconocérsele su derecho de que sus propios juristas pudieran formar parte del jurado en un arbitraje de tan vital importancia para ella. Según informes presentados al gobierno de Venezuela,

10 Public Record Office (London) FO 80/375. En: **La reclamación esequiba. Documentos.** Caracas: Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, 1984, p. 182

11 Christ Chorch College (Oxford), Salisbury Papers A/139, f.141. En: **Reclamación de la Guayana Esequiba. Documentos.** Caracas: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1967, p.180

los árbitros ingleses se pronunciaron en términos como estos: “no estaban dispuestos a **sentarse junto a un jurista mestizo, con olor a trópico**¹².”

No se puede desconocer el carácter vergonzoso de declaraciones como éstas ni mucho menos la injusticia cometida en la constitución del Tribunal Arbitral. Sin embargo, me atrevo a afirmar que más que por motivos racistas o discriminatorios, la principal justificación de la exclusión de Venezuela en el Tribunal Arbitral se debió al interés de *salvaguardar la consecución de los fines fraudulentos* que ya con anterioridad se plantearon los ingleses realizar durante el arbitraje, los cuales evidentemente no podrían ser negociados con representantes venezolanos mientras que los estadounidenses se mostrarían, como en efecto lo hicieron, más flexibles ante una negociación.

En otro orden de ideas, aún a pesar del planteamiento inicial de Lord Salisbury, en su nota del 12 de agosto de 1896, en la cual expresaba la inconveniencia de designar a un árbitro ruso por la hostilidad de sus compatriotas frente a Inglaterra, se estima que las buenas relaciones existentes entre Sir Julián Pauncefote, Embajador británico en Washington, y el Profesor Federico de Martens, fueron determinantes en la designación de este último como Presidente del Tribunal¹³. En efecto, ambos juristas habían participado en la **Conferencia Internacional de Paz de La Haya** con anterioridad a la creación del Convenio de Washington de 1897; y una vez que la Conferencia comienza sus labores en mayo de 1899, 5 meses antes de producirse el laudo que resolvería los límites entre Venezuela y la Guayana Británica, ambas personalidades mantenían un continuo contacto.

Los ingleses sabían perfectamente cuáles eran las ideas de Martens que estaban plenamente recogidas en su obra **Rusia e Inglaterra en Asia Central** publicada en 1879, en la cual Martens promovía una política de cooperación anglo-rusa justificada en la “misión especial” que les había sido encomendada por “Dios” para conquistar y, posteriormente, civilizar a los pueblos “semi-bárbaros” de Asia, a los cuales de seguro se le asemejaba Venezuela¹⁴. Para Martens, dado a que el Derecho Internacional le era exclusivo a las naciones civilizadas, éstas por lo tanto, no podían hacer menos que asumir la tarea de inculcar a las tribus y a los pueblos de Oriente, África y Latinoamérica, las ideas de Derecho y los principios benéficos que habían puesto a los pueblos de Europa a la cabeza de la civilización¹⁵. No obstante, el autor prefiere naturalmente centrar su estudio en

12 Ministerio de Defensa de Venezuela; **El litigio de la Guayana**. Revelación de los papeles de los “Árbitros” **que habían permanecido ocultos en archivos ingleses**. Caracas Oficina de Publicaciones del Estado Mayor Conjunto, 1965, p. 13.

13 GROS ESPIELL, Héctor; **Estudio preliminar...**Op. cit., p. 23.

14 Ministerio de Defensa de Venezuela. Op. cit., p. 4

15 GROS ESPIELL, Héctor; **Estudio preliminar...**Op. cit., p. 57.

las naciones semi-salvajes de Asia Central, en virtud de las posesiones que Rusia tenía en dicho continente; y estando las posesiones rusas (Afeganistán, entre otras) considerablemente próximas a las posesiones inglesas (India, por ejemplo), Martens advierte en la necesidad de promover un contacto directo entre ambas posesiones, como forma de incrementar la influencia positiva en las relaciones de estas dos potencias. En este sentido, Martens sostiene la tesis de que siendo las dos potencias vecinas en Asia Central, éstas no podrían defender mejor sus intereses sino mediante el respeto recíproco de sus intereses individuales. Así, mientras por un lado, la vecindad entre dichas naciones debía inspirar al Gobierno Inglés al más grande respeto de los derechos de Rusia, esta última por su parte, debía descartar toda idea hostil a los intereses británicos en Asia¹⁶. Así pues, la misión de ambas naciones en Asia Central, les imponía a su vez los deberes de actuar de común acuerdo frente a los países asiáticos, a defender sus conquistas hechas en nombre de la “civilización y de la humanidad”; y en definitiva, a no perder de vista el “papel sublime que la Providencia divina les ha impuesto para el bien de las naciones semisalvajes y bárbaras de esta parte del mundo”¹⁷.

A medida en que más se incrementase el sentimiento de solidaridad entre Rusia e Inglaterra; más se defendiesen recíprocamente sus intereses, y más intensa fuese su cooperación en su misión civilizadora, más sólidas serían por ende, las bases de sus dominios y más eficaces las garantías de paz en Europa y Asia¹⁸.

En definitiva, las relaciones existentes entre Martens y Pauncefoot, aunadas al pensamiento propio del Profesor Martens, les aseguraba de antemano a los ingleses un voto favorable y sobre todo determinante en la decisión de la controversia anglo-venezolana. Esta conveniencia constituye a mi juicio una “labor preparatoria” del fraude que se disponían a cometer los ingleses, en principio unilateral, pero luego, una vez que se suma la intervención del Presidente del Tribunal, Federico de Martens, actuando en defensa de su doctrina y de sus propios intereses, es cuando se configura la colusión entre una de las partes y el órgano jurisdiccional, a saber entre Rusia y Gran Bretaña, en perjuicio de Venezuela.

B. La posición de Martens y Gran Bretaña en el transcurso del arbitraje. Se consuma el fraude procesal

Según a los artículos 3 y 4 del Tratado de Washington de 1897, los árbitros estaban obligados a decidir la cuestión de los límites entre Venezuela y la Guayana Británica conforme a la verdad, debiendo investigar y cerciorarse de todos los

16 MARTENS, Federico; **Rusia e Inglaterra en Asia Central**. Traducción y Estudio Preliminar de Héctor Gros Espiell. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República, 1981, p. 151.

17 Ibidem, p. 87.

18 Idem.

hechos necesarios para la decisión de la controversia. A lo largo de 4 meses, de junio a octubre de 1899, el Tribunal Arbitral estuvo reunido en París, en una sala del Palacio del Quai D'Orsay. Allí se realizaron en total 58 sesiones, en las que los abogados de Venezuela y Gran Bretaña debatieron sus argumentos (6 en junio, 13 en julio, 17 en agosto y 18 en septiembre). El día 27 de septiembre de 1899 culminaron los debates de los abogados y, según el artículo 10 del Convenio de Washington, a partir de esta fecha, el Tribunal Arbitral dispondría de un período de noventa días para tomar su decisión.

Resulta sorprendente, sin embargo, ver cómo le bastó 6 días al Tribunal para preparar una sentencia que en teoría **debía estar basada en el análisis de más de tres mil documentos, y con una bibliografía que se calcula en unos cien volúmenes**¹⁹. La sentencia resultante establecía una línea divisoria en un 90% favorable a las pretensiones británicas sobre el territorio en disputa. En el discurso que pronunció el Presidente del Tribunal Arbitral, Federico de Martens el día 3 de octubre de 1899, fecha en que el Tribunal dicta el laudo, refiriéndose a la decisión de los árbitros, Martens, se expresa en los términos siguientes:

En este caso, hemos tenido la gran felicidad de tener la unanimidad de los árbitros sobre todos los puntos de la sentencia, sin ninguna reserva.[...] Permittedme creer que en los conflictos internacionales solucionados por el arbitraje esta unanimidad es un bien inmenso. Es un hecho que es necesario afirmar y proclamar, es un ideal hacia el que hay que tender. Para las potencias en litigio una sentencia acordada por mayoría de votos tiene indudablemente fuerza legal. Pero la fuerza moral de una sentencia arbitral unánime es de un valor incalculable. Si en el dominio de las relaciones internacionales el derecho no siempre prima, es sobre la moral que debe, necesariamente imponerse.²⁰(El resaltado es propio).

Pues bien, cabe destacar que esta unanimidad a la que llegaron los árbitros constituye el punto de partida de las incontables críticas que se han formulado en torno a la inexplicable decisión del Tribunal Arbitral. Tanto la doctrina, la opinión pública en general, los representantes del Gobierno de Venezuela, e inclusive uno de los mismos árbitros ingleses se han pronunciado infinidad de veces concluyendo que tal unanimidad, alcanzada en la decisión arbitral no era sino el resultado de un pacto o acuerdo político llevado a cabo entre el Presidente del Tribunal, Federico de Martens con los demás árbitros del Tribunal, coaccionados estos últimos por aquél.

Sobre el particular, conviene señalar en orden cronológico tan solo algunas de las más importantes declaraciones que han sido recopiladas a lo largo de estos años por el trabajo de personas adeptas a la reclamación venezolana (abogados,

19 Ministerio de la Defensa de Venezuela. Op. cit., p. 13..

20 GROS ESPIELL, Héctor; Op. cit., p. 35.

periodistas e historiadores) en base a las cuales Venezuela sustenta su posición acerca de la nulidad del laudo de 1899.

La primera de las declaraciones producidas, luego de que el Tribunal se pronunciara, es la de la esposa del ex Presidente norteamericano Benjamin Harrison, quien era uno de los abogados de Venezuela en el proceso arbitral:

Diario de la Sra. Harrison. París 3/X/1899.

Esta mañana el Tribunal fue convocado para oír la decisión. Fue exactamente lo que se podía haber esperado; cuando Inglaterra vaya a devolver algo que retiene aún dudosamente, será el fin del mundo. Algo de lo que tomó ha concedido, pero en los alegatos se demostró que mucho no lo poseía legalmente. Todos nos hallamos más bien furiosos. Rusia era el quinto en el Tribunal, y es su diplomacia ponerse del lado de Inglaterra[...]²¹.

La segunda de las declaraciones producidas y que constituye un documento relevante en la oposición venezolana al laudo, es la nota del 7 de octubre de 1899 de Lord Russell, uno de los árbitros ingleses, a Lord Salisbury, Ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña, quien ya con anterioridad reflejaba su intriga respecto a la causa venezolana. En esta nota, cuya existencia se desconocía hasta su publicación en 1979, Russel expresaba lo siguiente:

*I must say here that in one very important respect L.J. Collins and I were grievously disappointed by the attitude assumed by Mr. Martens. He had up to this, shown that he had a good grasp of the legal question involved and of the facts, but having expressed his opinion on the governing principle rigidly and fearlessly, seemed to cast about for lines of compromise and to think that it was his duty, **above all else**, to secure, if he could, a **unanimous** award. I am sorry to be obliged further to say that he intimated to J.L. Collins, in a private interview, while urging a reduction of the British claims, that if we did not reduce them he might be obliged in order to secure the adhesion of the Venezuelan Arbitrators to agree to a line which might not be just to Great Britain. I have no doubt he spoke in an opposite sense to the Venezuelan Arbitrators, and fear of possible a much worse line was the inducement to the them to assent to the Award in its present shape. However this may be I need not say the revelation of Mr. De Martens state of mind was most disquieting²².*

21 Biblioteca del Congreso (Washington). Harrison Mss. Serie XIII, Caja 4.

22 Hatfield House, Herts, Papers of 3rd. Marquess of Salisbury, Vol. A/94, Doc. No. 2, Accuracy of transcription verified by Mr. R. Harcourt Williams, Librarian and Archivist to the Marquess of Salisbury. Citado por: GILLIS WETTER, J.; **The international arbitral process**. Vol. III. Oceana Publication, Inc, Dobbs Ferry, New York, 1979. En: GROS ESPIELL, Héctor; **Estudio preliminar...** Op cit., p. 28

En sentido cronológico, la tercera declaración más próxima a la fecha del laudo es la que proviene de otro de los norteamericanos, que abogado de Venezuela en el arbitraje, a saber, el primer memorando de Severo Mallet-Prevost del 26 de octubre de 1899 dirigido al historiador George Lincoln Burr, en el cual el abogado responde a las sospechas de fraude en el Tribunal Arbitral por parte del historiador:

Mi querido Profesor Burr:

A mi regreso de Europa he encontrado su carta del 3 de Octubre. Es una larga historia que no trataré de contarle ahora. Quisiera disponer de una hora para conversar con Ud. sobre este tema. Sé que es imposible, pero prometo escribirle pronto. Tengo, como Ud. puede imaginarse, las manos muy ocupadas por el momento.

La decisión le fue impuesta a nuestros árbitros y, en estricta confidencia, no tengo la menor duda en decirle que los Árbitros Británicos no fueron llevados por consideración alguna de derecho o justicia y que el Árbitro Ruso fue probablemente obligado a tomar la decisión que tomó por razones totalmente ajenas a la cuestión. Sé que esto abrirá su apetito, pero no puedo hacer más por los momentos. El resultado es, en mi opinión, un golpe al arbitraje²³.
(El resaltado es propio).

Otra declaración posterior que conviene citar es la del ex Presidente norteamericano Harrison, representante de Venezuela en el proceso arbitral, dirigida a William E. Dodge, del 15 de enero de 1900:

Con respecto al consejo de Lord Russell de que debería procederse con espíritu judicial en estos asuntos, lo único que tengo que decir es que ni él ni sus colegas británicos practicaron tan buena doctrina. Podría contar, pero no por escrito, algunos incidentes que le sorprenderían [...]. En controversia entre individuos, los Tribunales ingleses suelen ser notablemente justos e independientes, pero cuando se trata de extender el dominio de Gran Bretaña, y sobre todo cuando están de por medio, terrenos donde hay oro es demasiado esperar de ellos. La decisión en el caso de Venezuela, como un compromiso, dio a Venezuela los puntos estratégicos, pero la despojó de una inmensa parte de territorio que un tribunal imparcial le habría adjudicado, y de ello no me cabe ninguna duda²⁴.

23 Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela; **La reclamación**...Op. cit., p.163

24 Biblioteca del Congreso (Estados Unidos). Benjamin Harrison Mss. Vol. 176, fol. 38. p.134-35. En: Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela; **La reclamación**...Op. cit., p.191.

Y por supuesto, resulta imposible no mencionar aquí al que constituye quizá el documento más importante dentro de la contención venezolana al laudo: es el antes señalado Memorando también de Severo Mallet-Prevost (abogado de Venezuela en el arbitraje), de fecha *8 de febrero de 1944* y que es publicado por su socio, Dr. Otto Shoenrich, en julio de 1949:

Cuando entré al departamento en donde me esperaban los árbitros americanos, el Juez Brewer se levantó y dijo muy excitado: ‘Mallet-Prevost, es inútil continuar por más tiempo con esta farsa pretendiendo que nosotros somos jueces y usted abogado. El Magistrado Fuller y yo hemos decidido revelarle confidencialmente lo que acaba de pasar. Martens ha venido a vernos. Nos informó que Russel y Collins – los árbitros ingleses – están dispuestos a decidir a favor de la línea Schomburgk, que partiendo de Punta Barima en la costa, daría a la Gran Bretaña el control de la boca principal del Orinoco; y que si nosotros insistimos en comenzar la línea partiendo de la costa en el Río Moruca, él se pondría del lado de los británicos y se aprobará la línea Shomburgk como la verdadera frontera. **Sin embargo, Martens estaba ansioso de lograr una sentencia unánime.** Lo que Martens proponía era que la línea en la costa comenzara a cierta distancia al sudeste de Punta Barima, de modo de dar a Venezuela el dominio de la boca del Orinoco y que esta línea se conectase con la línea Shomburgk a cierta distancia en el interior, dejando a Venezuela el control de la boca del Orinoco, y cerca de 5.000 millas cuadradas de territorio alrededor de esa boca [...]. Lo que tenemos que decidir es si aceptamos la proposición de Martens o suscribimos una opinión disidente. En estas circunstancias, el Magistrado Fuller y yo hemos decidido consultar con usted y ahora quiero hacerle saber que estamos dispuestos a seguir uno u otro camino, según lo que usted desee que se haga’ [...]. Naturalmente, me di cuenta de que yo solo no podía asumir la enorme responsabilidad de la decisión que se me exigía. Así lo hice ver a los dos árbitros y les pedí autorización para consultar al General Harrison – otro abogado de Venezuela –. Cuando revelé al General Harrison lo que acababa de pasar, éste se levantó indignado, y caminando de un lado a otro, calificó la conducta de Gran Bretaña y Rusia en términos que es para mi inútil repetir. Su primera reacción fue la de pedir a Fuller y a Brewer –los árbitros norteamericanos– que presentasen una opinión disidente, pero cuando se calmó y estudió el asunto desde un punto de vista práctico me dijo: ‘Mallet-Prevost, si algún día se supiera que estuvo en nuestras manos conservar la desembocadura del Orinoco para Venezuela y que no lo hicimos, nunca se nos perdonaría. Lo que Martens propone es inicuo, pero no veo cómo Fuller y Brewer pue-

den hacer otra cosa que aceptar'. Estuve de acuerdo con el General Harrison y así se lo hice saber a los Magistrados Fuller y Brewer. *La decisión del Tribunal fue, en consecuencia, unánime*²⁵ (El resaltado es propio).

La gran cantidad de aseveraciones (de las cuales sólo se han citado algunas) en las que se sostiene comúnmente la hipótesis de que el Tribunal Arbitral no actuó conforme a Derecho sino por el contrario, se condujo en función de un pacto político celebrado a espaldas de Venezuela; constituyen todas ellas un *sólido indicio de colusión* entre los miembros del Tribunal Arbitral que dictó el laudo de 1899.

Esta colusión pudo venir fundamentada por un lado, en la falta de legitimidad de la reclamación británica, y por el otro, en la oportunidad que para Martens significó su posición como Presidente Arbitral para negociar con Gran Bretaña un acuerdo en función del cual éste pudiera materializar su doctrina de cooperación anglo-rusa en beneficio de su nación. A este respecto, hay quienes afirman que el objeto de estas negociaciones pudo ser la concesión de ventajas recíprocas en cualquier otra parte del globo, como por ejemplo China, o que los británicos acordaran la unanimidad a fin de quedar bien con Martens y apaciguar así la actitud de Rusia ante la guerra en África Austral²⁶. Pero independientemente de las verdaderas concesiones que hayan sido negociadas entre Rusia y Gran Bretaña, lo cierto es que el cause por el cual fueron concertadas las mismas (mediante un arbitraje no previsto para tal fin), convierten al proceso en fraudulento, todo lo cual da cumplimiento a la siguiente premisa:

Cuando sólo es posible explicar los actos de las partes partiendo de la existencia de una finalidad fraudulenta y ésta encaja en las anomalías del proceso de tal modo que da cumplida interpretación a todas, la presunción de fraude lograda **por otros indicios es de tal fuerza, que alcanza la seguridad humanamente posible**²⁷ (El resaltado es propio).

En consecuencia, conviene señalar que, si bien es cierto que no dispone Venezuela de la prueba más eficaz del fraude procesal como lo es un posible *"pactum simulationis"* entre Rusia y Gran Bretaña, en base a la cual aquella pudiera argumentar de un modo más contundente su reclamación; no menos cierto es que, tomando en consideración todos los indicios ya señalados, sí existen a mi juicio,

25 SUREDA DELGADO, Rafael. **Venezuela y Gran Bretaña. Historia de una Usurpación**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1980, p. 254.

26 GROS ESPIELL, Héctor; **Estudio preliminar...** Op. cit., p. 46.

27 ESTÉVEZ, José Lois. Op. cit., p.120.

suficientes razones por las que Venezuela puede y debe invocar la nulidad del laudo de 1899, *sobre la base del fraude procesal acaecido en el procedimiento arbitral* por el cual se decidió la controversia sobre los límites de Venezuela y la Guayana Británica, un procedimiento en el cual quedan suficientemente demostrados los elementos constitutivos del fraude procesal, a saber:

– *la existencia de un fin ilícito*, el cual en este caso viene determinado por los fines propios tanto de Gran Bretaña como de Rusia negociados por sus representantes; es decir, la obtención ilegal de territorio a costa de Venezuela y la materialización de la necesaria cooperación anglo-rusa (en beneficio de Rusia), respectivamente;

– *el uso del procedimiento con fines distintos a los de su creación*, ya que antes de buscar una *justa composición de la litis*, queda suficientemente entendido que el proceso arbitral no fue utilizado sino para la consecución del móvil de los árbitros que intervinieron en la colusión y, en consecuencia, los actos procesales no fueron sino parte de una maniobra;

– y por último, *el perjuicio* ocasionado al sujeto pasivo del fraude procesal mediante una decisión, el cual recae evidentemente sobre Venezuela, quien es la única y verdadera víctima de un laudo injusto y contrario a derecho que la despojó de casi 160.000 Km² de territorio legítimamente suyo y que hasta la fecha reclama.

2. La impugnación internacional del laudo arbitral por fraude procesal

2.1. Sobre el carácter de *res iudicata* de la sentencia arbitral

En el *asunto del Canal Beagle* entre Argentina y Chile se evidenció que se puede poner en tela de juicio la validez de una sentencia arbitral; y en el *asunto relativo a la sentencia arbitral del Rey de España*, del 23 de diciembre de 1906, la Corte Internacional de Justicia reconoce la eventual nulidad de las sentencias arbitrales. En este caso, la Corte partió de la premisa de que las sentencias arbitrales podrían estar viciadas de nulidad, y al hacerse cargo del asunto, puso de manifiesto que otro órgano distinto al que dictó la sentencia arbitral, podría conocer sobre la nulidad de aquélla.

Como es bien sabido, las partes en todo proceso arbitral están obligadas a ejecutar la sentencia de buena fe en concordancia con el principio *pacta sunt servanda*, contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con en el artículo 37 de la Convención de La Haya

de 1907, según el cual: *El recurso al arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia.*

Centrándonos en el procedimiento arbitral que es objeto de nuestro estudio, a saber, el arbitraje de finales de siglo XIX que decidió los límites entre Venezuela y la Guayana Británica, conviene recordar la posición inglesa y ahora guyanesa respecto a la oposición venezolana al laudo de 1899 y su vigente reclamación sobre el territorio de la Guayana Esequiba: el asunto ya es “*cosa juzgada*”, por lo tanto, se reafirma el criterio de considerar al laudo de 1899 intangible y como un arreglo pleno, final y definitivo.

Para que una sentencia arbitral pueda ser considerada como definitiva y sin apelación debe necesariamente ser válida, es decir, *estar exenta de ciertos vicios que podrían provocar su nulidad*. Resulta pues necesario esclarecer ahora la duda sobre la viabilidad de impugnar la *cosa juzgada* del laudo de 1899, a partir de la figura que ocupa nuestro estudio, el fraude procesal, dentro de un ámbito procesal (el arbitral internacional) en el cual, a diferencia del judicial, nada se ha dispuesto en relación a esta causal de nulidad.

Comencemos recordando que la nulidad de los actos jurídicos no es sino una sanción que se establece como un repudio a los actos jurídicos que han sido realizados con violación a los principios y normas procesales de carácter esencial. En el plano que nos interesa, es decir, en el ámbito internacional, a diferencia de lo que sucede en las legislaciones internas, no existen causas o motivos prescritos para el procedimiento de nulidad. No obstante, ya desde 1875 se vienen realizando esfuerzos para la concreción de las posibles causas de nulidad, toda vez que el *Proyecto de procedimiento arbitral* del Instituto de Derecho Internacional recogía, en su artículo 27, cuatro causas de nulidad de sentencias arbitrales tomadas a partir de Goldschmidt. Estas eran: invalidez del compromiso original; exceso de poder; corrupción comprobada y error esencial²⁸.

En la época actual, la Comisión de Derecho Internacional en 1958, ha querido recoger las tendencias del Derecho Internacional, contemporáneo en esta materia a la luz de la práctica convencional, y ha contemplado así en su *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral* ciertas circunstancias “generalmente admitidas” como causas de nulidad de la sentencia arbitral, a saber: el exceso de poder del tribunal; la corrupción grave de un miembro del tribunal; la violación a una regla fundamental del procedimiento y los vicios del consentimiento. La misma Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados, mediante su *Resolución 1262* de 1958, que tuviesen en cuenta dicho modelo en su práctica arbitral²⁹.

28 XII Jornadas de la Asociación Española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales; **El arbitraje internacional**. Edición preparada por Fernando M. Mariño. Zaragoza, 1989, p.140.

29 Ibidem, p.17.

Ahora bien, aunque la mayoría de estos vicios pueden formar parte de toda una maniobra fraudulenta, el caso es que *el fraude procesal*, como figura independiente susceptible de causar la nulidad, no ha sido contemplado expresamente. En este sentido, cabe recordar que existe un principio de derecho de aceptación universal, *nulla poena sine lege*, conforme al cual, en materia de sanciones, la interpretación que se haga de la norma ha de ser de carácter restrictivo. Es aquí cuando puede surgir la duda en cuanto a la posibilidad de impugnar una sentencia arbitral con el carácter de *cosa juzgada*, en base a un vicio que no ha sido constatado en la práctica internacional.

Sobre el particular, se cree que ante la barrera de la interpretación restrictiva que habrá de hacer todo tribunal al momento de dilucidar la admisibilidad de una demanda de nulidad de un laudo arbitral por fraude procesal, y en nuestro caso específico, al estudiar la impugnación del laudo de 1899, nos encontramos, sin embargo, con una “puerta de salida” que nace a la luz del artículo 35 del **Modelo de Reglas sobre Procedimiento Arbitral** de 1958, sobre el cual bien puede apoyarse un Estado que pretenda la impugnación de la cosa juzgada derivada de un proceso fraudulento, toda vez que se dispone lo siguiente:

The validity of an award may be challenged by either party on one or more of the following grounds:....(c) That there has been a failure to state the reasons for the award or a serious departure from a fundamental rule of procedure. (El resaltado es propio).

Siendo el arbitraje un procedimiento establecido sobre la base de los *principios de igualdad y de derecho sobre los cuales descansan la seguridad de los Estados y el bienestar de los pueblos* (preámbulo de la Convención de La Haya de 1907), sobre la base de la equidad y de la buena fe (arts. 37 y 38 *esjudem*), toda actuación procesal que en apariencia sea lícita, pero que se realice en perjuicio de tales principios fundamentales (lo cual es propio del fraude procesal), debe ser considerada como una violación a “las reglas fundamentales del procedimiento” a que se refiere el artículo antes citado, entre las cuales se encuentra la obligación para las partes de actuar con probidad y lealtad en el transcurso de un proceso.

Así pues, se estima entonces que no debiese resultar inadmisibles la impugnación de la *cosa juzgada* del laudo arbitral de 1899, por el cual la ex colonia británica tiene en su haber casi 160 mil Km² de territorio pertenecientes a Venezuela, con fundamento a lo siguiente: la cosa juzgada debe reconocer límites, entre los cuales se encuentra el fraude procesal, y en consideración a él, el ordenamiento jurídico procesal internacional debe amparar, más allá de la certeza jurídica que nos proporciona la cosa juzgada, la verdad que aparece alterada o modificada en el proceso como consecuencia del fraude procesal.

2.2. Admisibilidad de la demanda de nulidad por Fraude Procesal

Dado a que en la Convención de La Haya de 1907 no se hace mención sobre el recurso de nulidad de las sentencias arbitrales como sí lo hace en cambio con los recursos de revisión y de interpretación, del **Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral**, así como del mismo Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se desprende que ésta última es el órgano competente para conocer de las demandas de nulidad de sentencias arbitrales. Así, señala el artículo 36 del *Modelo de Reglas*, lo siguiente:

1. If, within three months of the date on which the validity of the award is contested, the parties have not agreed on another tribunal, the International Court of Justice shall be competent to declare the total or partial nullity of the award on the application of either party.

Del mismo modo, en concordancia con el artículo 36.b del Estatuto de la Corte, la competencia de esta para conocer de *cualquier cuestión de derecho internacional*, constituye en si misma el fundamento para que ésta pueda conocer de un recurso de nulidad de sentencias arbitrales. Ahora bien, ¿Es posible que la Corte Internacional de Justicia pueda declarar la nulidad de una sentencia arbitral en base a una causal no tasada en el Derecho Internacional positivo?

Tal y como indica el autor Quel López, en el contexto actual de un ordenamiento jurídico internacional básicamente descentralizado, resulta inadmisibles inducir un derecho sustantivo de la nulidad de las sentencias arbitrales, basándose en extrapolaciones del derecho interno de los Estados, toda vez que no se cuenta con mecanismos de control de la sentencia. Y es que en efecto, debido a la naturaleza, en parte consensual del arbitraje, nada obsta para que los Estados admitan como válida una sentencia viciada. Por lo tanto, no se puede crear ningún régimen objetivo de la nulidad al margen de la actitud de las partes.

Señala el autor que, a la hora de pretender concretar los motivos de nulidad de un laudo arbitral, tal cuestión debe hacerse al margen de cualquier dependencia de orden procesal institucionalizado y debe remitirse más bien a la *teoría de validez del acto jurídico internacional en el orden jurídico existente*, toda vez que la sentencia constituye en si misma un acto jurídico que, por lo tanto, está sujeta a ciertos requisitos de validez como son, la capacidad del órgano, una voluntad real y desprovista de vicios, el cumplimiento de formalidades, entre otros³⁰.

30 QUEL LÓPEZ, Javier. **La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales**. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 2000, p. 128-129

Así entonces, si de lo anterior se concluye que los vicios de nulidad de la sentencia deben apreciarse a la luz de la teoría de la validez del acto jurídico internacional, tomando como referencia al orden jurídico existente, *se cree que no es sino el artículo 35.C del Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral de 1958, el que nos ofrece una posible vía para invocar la nulidad del laudo de 1899 por fraude procesal*, toda vez que este señala que la validez de una sentencia puede ser impugnada por la *violación de una regla fundamental del procedimiento*.

En este sentido, constituye una realidad innegable que la presencia del fraude procesal en cualquier proceso resulta no sólo una violación de una regla fundamental del procedimiento, sino algo mucho más grave que es *el quebrantamiento de toda la institución arbitral en si*. Por lo tanto, aunque un procedimiento arbitral aparente ser lícito por haberse cumplido en principio todas las reglas fundamentales previstas en el acuerdo, si tales reglas han sido cumplidas con temeridad y engaño, no deben en consecuencia tenerse como válidas, ya que han sido llevadas a cabo con menoscabo de su propia finalidad, la cual es abrir el camino a la justa composición de la litis, todo lo cual a su vez, se traduce *en una violación a la obligación de las partes a actuar con buena fe en el transcurso de la controversia*.

2.3. La necesaria inducción del orden jurídico interno para determinar el alcance del Fraude Procesal.

Si bien se dijo que no es posible pretender extrapolar categorías de vicios o causales de nulidad de las sentencias del derecho interno al ámbito internacional, sino que se debe más bien atender a la teoría de la validez de los actos jurídicos para esclarecer aquellos, se piensa que esto no impide, una vez que se confirme la admisibilidad de una causal de nulidad (a la luz de la teoría de la validez de los actos), que pueda la Corte Internacional de Justicia acudir al derecho interno de los Estados *en miras de forjarse un mayor conocimiento sobre el vicio en cuestión*, especialmente cuando sobre el mismo, se encuentren muy pocas referencias en la práctica internacional (que es lo que sucede respecto al fraude procesal).

Tal como señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte deberá decidir las controversias que le sean planteadas (en este caso la demanda de nulidad), conforme al Derecho Internacional, para lo cual aquella cuenta con una serie de fuentes del Derecho a las cuales acudir para valerse de todos los argumentos necesarios en su decisión, entre ellas:

- a) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y
- b) las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

Es en base a estas dos fuentes que se considera viable la idea de que la Corte Internacional de Justicia, al admitir una demanda de nulidad por fraude procesal, puede acudir a los derechos internos de los Estados, obvio que ya no para determinar si el fraude procesal puede ser tomado como una causal de nulidad de sentencia (lo cual no puede hacerse como se dijo anteriormente), *sino más bien para aprehender las nociones necesarias que sobre tal figura antijurídica hayan arrojado los distintos ordenamientos jurídicos internos*, de modo que pueda servirse de la información necesaria para lograr identificar el fraude procesal en aquel proceso cuya decisión se impugna.

A esta conclusión se ha llegado tomando como base el trabajo que ciertos autores han realizado sobre los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, mereciendo la pena comentar el importante análisis que al respecto realiza el Profesor J. A. Pastor Ridruejo en su obra **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**.

Según el mencionado autor, para poder entender el alcance de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, hay que remitirse a los trabajos preparatorios del Comité de Juristas, también llamado “Comité de los diez”, que redactó el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia de 1920.

En el marco de los trabajos para la determinación del Derecho que debía ser aplicado por el Tribunal, se terminó acogiendo la fórmula planteada por uno de los miembros del Comité, Root, según la cual el Tribunal Permanente de Justicia podría valerse también, a la hora de sentenciar, de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, entendiéndose estos como aquellos que son aceptados por todas las naciones *in foro doméstico*³¹, es decir, aquellos elementos normativos que, por ser comunes a los diferentes ordenamientos estatales y expresar así una concepción común de justicia, pueden ser llevados también a las relaciones internacionales³².

Bajo esta perspectiva, la Corte podría acudir al Derecho Comparado con miras a extraer aquellos principios comunes de todos los sistemas jurídicos de los Estados con independencia de sus ideologías, sistemas políticos y grados de desarrollo, siendo la mayoría de estos principios de carácter procesal, tales como la buena fe, la igualdad de las partes, la cosa juzgada, antes que de derecho sustantivo, en virtud de que son aquellos los que gozan de un rango común a escala universal y por ende, de mayor susceptibilidad para ser trasladados al ámbito internacional.

31 PASTOR RIDRUEJO, José A. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. Novena Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 40.

32 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y otros; **Curso de derecho internacional público**. Tercera Edición. Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 94.

Nos estamos refiriendo así a la posibilidad de que, una vez planteada una controversia de nulidad de la sentencia arbitral de 1899 que decidió la controversia anglo-venezolana ante la Corte Internacional de Justicia por fraude procesal, pueda la Corte, ante la falta de regulación internacional del fraude procesal, recurrir al Derecho Comparado, con miras a determinar el alcance y las características propias de esta figura antijurídica, de un modo tal que le sea posible determinar que todos los vicios que se han alegado en relación al arbitraje que decidió los límites de Venezuela con la Guayana Británicas, no deben ser considerados en sí mismos como vicios aislados, sino como el conjunto de irregularidades que formó parte de toda una maniobra fraudulenta desencadenada a lo largo de todo el procedimiento arbitral, inclusive desde antes que comenzara.

Se piensa que si Venezuela interpone una demanda de nulidad del laudo de 1899 con fundamento a los vicios que reiteradamente ha alegado a los largo de estos años, existiría un gran riesgo de que su demanda pueda ser desestimada ante la muy probable interpretación que efectuaría la Corte, la cual, en mi opinión, de tomar como referencia la línea que ha seguido la práctica internacional, conllevaría a desestimar casi todos los vicios que hoy día son alegados por Venezuela, en virtud de que entrarían en juego muchos principios como el *estoppel*, la aquiescencia o el principio de la *competencia de la competencia* del árbitro, los cuales provocarían que uno a uno, los vicios en los que se apoya Venezuela para invocar la nulidad del laudo, se vayan desvaneciendo hasta dejarla indefensa, en razón de que casi todas las irregularidades alegadas por aquella no encajan precisamente dentro de los supuestos que la práctica internacional ha identificado como propios de tales vicios.

En orden contrario, si todas las irregularidades presentes en el arbitraje pudiesen ser enmarcadas dentro de un mismo vicio, distinto a los comúnmente alegados en la práctica, como lo es el fraude procesal, la Corte Internacional de Justicia, luego de percatarse de los límites y del alcance de esta figura, a partir de los principios procesales del Derecho Comparado (como forma de valerse de “los principios generales de derecho de las naciones civilizadas”), bien podría concluir que efectivamente el laudo de 1899 debe ser impugnado.

2.4. ¿Fraude procesal en un proceso arbitral?

Tomando en cuenta que toda la regulación prevista en materia de fraude procesal suministrada por la jurisprudencia y las legislaciones internas, pertenecen propiamente al ámbito *judicial*, ¿pueden estos aportes tener cabida dentro de un proceso *arbitral*? En mi opinión, la respuesta es afirmativa y ello es así como consecuencia de la naturaleza jurídica misma del procedimiento arbitral que como se verá, admite tal posibilidad.

Si se atiende a las características mismas del proceso arbitral, se podrá observar que se está en presencia de una institución intermedia entre la solución transaccional (basada en el consentimiento) y la solución judicial. Así pues, si bien por un lado la voluntad de las partes determina cuestiones tan importantes como la designación del órgano arbitral, el alcance de la competencia del órgano, las reglas aplicables al procedimiento y al fondo del litigio; en contrapartida, desde el mismo momento en que se inicia la función jurisdiccional, la voluntad de las partes pasa a un segundo plano y éstas quedarán obligadas a acatar la decisión arbitral³³.

En este sentido, hay autores que afirman que a partir de la existencia de una controversia, del recurso a un tercero para que la resuelva, del procedimiento que se sustancia, de la “competencia de la competencia” del órgano, y de la autoridad de *cosa juzgada* que posee el laudo, puede intuirse que el arbitraje es un verdadero juicio³⁴. Esta posición de equiparar al arbitraje con el arreglo judicial no es del todo aceptada en la doctrina, especialmente por el hecho de que no existe en el ámbito procesal una jerarquización jurisdiccional, o por el hecho de que en el sistema judicial los órganos jurisdiccionales ya están preconstituidos y su intervención no responde al consentimiento de las partes.

Pero aún así, lo cierto del caso es que no estamos hablando de trasponer normas adjetivas del proceso judicial interno para que estas sean aplicadas al ámbito arbitral. Estamos hablando de tomar como referencia a las normas y a las jurisprudencias internas “que versen sobre principios en materia procesal” (como por ejemplo, aquellas que delimiten el alcance de las conductas contrarias a la buena fe procesal o que definen al fraude procesal), que no resultan en modo alguno incompatibles con el ámbito arbitral, ya que el arbitraje es un proceso, y, como tal, lo rigen los mismos principios procesales de cualquier mecanismo jurisdiccional de solución de controversia, y sólo en la medida en que tanto las partes como el mismo órgano jurisdiccional internacional ante el cual se ventile un proceso, sea arbitral o judicial, reconozcan la existencia del fraude procesal y estén en conocimiento de sus características, efectos, alcance y formas de manifestarse para poder identificarlo, es que se podrá salvaguardar, antes de que la *cosa juzgada* despliegue sus efectos, la finalidad misma de todo procedimiento de solución de controversias, obteniéndose a la postre una mayor garantía de seguridad jurídica. Por lo tanto, si del ordenamiento jurídico internacional o de la práctica misma no se desprenden las nociones necesarias del fraude procesal para conseguir aquello, se debe en mi criterio, recurrir entonces a la labor que al respecto se realiza el

33 QUEL LÓPEZ, Javier. Op. cit., p. 179.

34 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe; **El arbitraje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 30.

Derecho Comparado, para impedir la consumación de arbitrajes fraudulentos en perjuicio de los Estados que actúan de buena fe.

3. Consideraciones finales

La razón que justifica la propuesta de que Venezuela invoque la nulidad del laudo de 1899, con fundamento al fraude procesal acaecido en el procedimiento arbitral, que decidió la controversia de la Guayana Esequiba, reposa sobre el hecho de que: si bien es cierto que todas las irregularidades presentes en el arbitraje no podrían enmarcarse dentro de los vicios de nulidad comúnmente admitidos por la Corte, no menos cierto es que, tales irregularidades no dejan de resultar insostenibles y violatorias de los principios rectores del proceso arbitral.

Así pues, si para impedir a toda costa que dichas anomalías procesales continúen desplegando sus efectos en perjuicio de un Estado, debe de admitirse entonces la posibilidad de recurrir a una figura antijurídica propia de derecho interno, no debe, en consecuencia, desvirtuarse la idoneidad que a tal efecto presenta el fraude procesal, como un vicio que, a diferencia de todos los comúnmente admitidos en la práctica internacional, sí es capaz de ser fundamentado en base a todos los motivos que son alegados por Venezuela al invocar la nulidad del laudo de 1899. En efecto:

a) Si bien la exclusión de Venezuela en las negociaciones del Tratado de Washington y la violación de su derecho de igualdad respecto a la constitución del Tribunal Arbitral no podrían en mi criterio ser alegadas como causal de nulidad de la sentencia bajo el vicio reconocido internacionalmente de “nulidad del compromiso arbitral y la incapacidad del órgano arbitral por defectos en su composición”, en virtud del principio del *estoppel* (dado a que Venezuela a pesar de tales circunstancias consintió en firmar y ejecutar dicho Tratado hasta la emisión del laudo), dicha circunstancia sí pudiese, en cambio, ser alegada como prueba de la labor preparatoria (ya no indicio) del fraude procesal, por parte de Gran Bretaña, toda vez que se cuenta con una serie de declaraciones y notas fidedignas en las cuales se revela la mala fe en la actuación británica.

b.) Si bien el *exceso de poder* (otro de los vicios generalmente admitido en la práctica) que cometiese el Tribunal Arbitral al no motivar el laudo de 1899, no pudiese ser invocado (a mi juicio) por Venezuela, también por el principio del *estoppel* (ya que Venezuela no alegó este vicio al momento en que fue dictada la sentencia a pesar de que ya para entonces, de acuerdo al artículo 52 de la Convención de la Haya de Julio de 1899, existía la obligación internacional de motivar los laudos; e inclusive consintió en enviar su comisión para la delimitación de la nueva línea fronteriza establecida en la sentencia en fecha 3 de octubre de

1900), dicha circunstancia, en cambio, sí puede ser tomada en cuenta como prueba de una maniobra fraudulenta, en virtud de lo siguiente:

b.1) Primero, porque la falta de motivación constituye un indicio contundente de que hubo simulación (que es el cauce propio de la colusión), toda vez que como ya se dijo, resulta sorprendente que al Tribunal pudieran bastarle apenas seis días para deliberar y decidir en base a una amplísima cantidad de pruebas presentadas por las partes, de lo cual se infiere entonces, que la decisión simplemente estaba ya tomada con anterioridad.

b. 2) Segundo, porque de la falta de motivación del laudo de 1899 puede desprenderse un fuerte indicio (intraprocesal) respecto a la conducta fraudulenta del órgano arbitral, una vez que se evalúe lo que fue la actitud del Presidente del Tribunal, F. de Martens, en el contexto de las sesiones de la I Conferencia de la Paz de la Haya de 1899, llevadas a cabo justo ese mismo año en que se emite el laudo de París sobre la controversia anglo-venezolana. En la Conferencia de La Haya, durante la discusión planteada en la V sesión de la Tercera Comisión por el representante de Alemania, Zorn, quien propuso que el artículo 22 (finalmente 52) de la Convención de La Haya dispusiera que la sentencia “debe contener las razones en que se funda”, Martens, quien era miembro de la delegación rusa, se opuso firmemente aduciendo que debía dejarse plena libertad a los árbitros, ya que según él, “se pueden producir casos en que la obligación de motivar constituiría un obstáculo para obtener una decisión absolutamente justa”. Al final su posición fue inteligentemente derrotada³⁵.

Como dice el autor Profesor Gros Espiell,

Es evidente que Martens actuó en La Haya pensando en el arbitraje que se estaba celebrando en París [...] Martens deseaba que nada de lo que pasase en la Haya, limitase la libertad con la que quería actuar³⁶.

b.3) Tercero, como bien dice el autor José Lois Estévez, en todo proceso fraudulento, por tratarse de un proceso anormal, siempre “los defraudantes habrán dejado algún cabo suelto, es decir, existirán actitudes o actos que no puedan satisfactoriamente explicarse”³⁷. Y esto es precisamente lo que ocurre con la falta de motivación del laudo de 1899: no tuvo el Tribunal forma alguna de explicar satisfactoriamente, los motivos en virtud de los cuales fundamentó su decisión, toda vez que evidentemente, no podía descubrir su maniobra fraudulenta, todo lo cual constituye un contundente indicio intraprocesal de peso.

35 GROS ESPIELL, Héctor. **Estudio preliminar**...Op. cit., p.36-37.

36 Idem, p.37.

37 ESTÉVEZ, José Lois. Op. cit., p. 120.

c) Si bien la falta de motivación del laudo impide conocer si la decisión del Tribunal fue basada en los mapas británicos que Venezuela considera falsos, y por lo tanto no puede Venezuela invocar su nulidad en base a “errores esenciales in iudicando” alegando que se indujo a error al Tribunal sobre la veracidad de los hechos; ello no impide, en cambio, que pueda Venezuela servirse de aquellos documentos y mapas que denuncia como falsos (luego de la investigación que hicieran sus expertos en el “Colonial Office” de Londres), para argumentar una auténtica prueba de fraude (intraprocesal) que revela la conducta desleal y la falta de probidad de Gran Bretaña.

d) Si bien debido a la falta de motivación del laudo, no podría Venezuela invocar la defectuosa aplicación del derecho material establecido en el compromiso, como *un error in procedendo* del órgano arbitral (sobre la base de que el Tribunal Arbitral incumplió su obligación de aplicar el principio del *utis possidetis juris* del artículo 3 del Convenio de Washington con preferencia a la regla de la prescripción adquisitiva para fijar la línea fronteriza entre Venezuela y la Guayana Británica), no menos cierto es que la delimitación inexplicable que hizo el Tribunal puede ampararse bajo ese “cabo suelto”, al que se refiere el Profesor Estévez, como indicio manifiesto de la maniobra fraudulenta.

e) Y, por último, si bien no dispone Venezuela de un *pactum simulationis* que le permitiese invocar la nulidad del laudo de 1899, conforme a “vicios en la voluntad del órgano arbitral” con fundamento al pacto o componenda política llevada a cabo entre Rusia y Gran Bretaña, no menos cierto es que, bajo el alcance del fraude procesal, sí podrían admitirse como indicios contundentes de colusión, algunos elementos subjetivos como la naturaleza de las relaciones entre Rusia y Gran Bretaña, la ideología de los árbitros, la actitud manifestada por las partes y, del mismo modo, declaraciones como el famoso Memorando de Severo Mallet-Prevost, de una importancia incalculable en la búsqueda de la verdad.

Es así, entonces, cuando el argumento de invocar la nulidad del laudo arbitral de 1899, conforme al fraude procesal, cobra su mayor importancia; ello, en virtud de que la diversidad de supuestos en los que puede materializarse una conducta fraudulenta implica, a su vez, una mayor flexibilidad en materia probatoria para la parte afectada por este vicio.

En este sentido, siendo el fraude procesal uno de los vicios más graves que puede presentarse en el proceso, debido a que su presencia misma constituye el quebrantamiento de principios fundamentales como la buena fe o la tutela judicial efectiva desviando todo proceso de su cause; la consecuencia inmediata que se deriva luego de su constatación, es como se dijo, la nulidad misma de todo el procedimiento jurisdiccional y por ende de la decisión en sí.

Por lo tanto, se entiende que si la consecución de los objetivos del Gobierno de Venezuela en hacer valer sus derechos frente a las injusticias cometidas

en el procedimiento arbitral de 1897-1899 requiere de la previa declaración de nulidad del laudo de 1899, no resultaría ilógico proponer que, antes de argumentar su demanda de nulidad ante la CIJ en base a una serie de argumentos que muy probablemente serían desechados a la luz de la línea seguida por la práctica internacional, *convenga más bien en intentar sentar un precedente al invocar la nulidad de una sentencia arbitral por un vicio de nulidad nunca antes alegado, el fraude procesal*, el cual, si bien al igual que los demás, es capaz de invalidar las sentencias arbitrales, tiene la ventaja adicional de que su comprobación (tal cual como se evidencia del Derecho Comparado) reposa sobre elementos probatorios mucho más flexibles (como los factores indiciarios) y de mayor accesibilidad para los Estados que pretendan invocarlo.

Así pues, al afirmar la falta de procedencia de los motivos alegados por Venezuela para desconocer el laudo de 1899, no se está queriendo desconocer el interés legítimo de ésta en impugnar la decisión arbitral que la despojó injustamente de casi 160.000 Km² de territorio. Se trata más bien de recalcar el hecho de que una pretensión de nulidad mal argumentada ante la Corte Internacional de Justicia se traduce en un riesgo inminente para la reclamación de Venezuela, la cual (luego de 50 años) podría quedar sin efectos para siempre ante la incorrecta canalización que se le den a los actos procesales fraudulentos de los cuales aquella resultó víctima en ese lamentable arbitraje por el cual injustamente se le arrebató el territorio de la Guayana Esequiba.

Referencias

BIBLIOTECA DEL CONGRESO (Estados Unidos). Benjarnin Harrison Mss. Vol. 176, fol. 38. p.134-35.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO (Washington). Harrison Mss. Serie XIII, Caja 4.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. T. I. Traducido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CAPITANT. Vocabulario Jurídico. En: GELSI BIDART, Adolfo. Noción de fraude procesal. Madrid, Separata de la **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, n. I, 1970.

CHRIST CHORCH COLLEGE (Oxford), Salisbury Papers A/139, f.141. En: **Ministerio de Relaciones Exteriores; Reclamación de la Guayana Esequiba. Documentos**. Caracas, 1967.

ESTÉVEZ, José Lois. **Teoría del fraude en el proceso civil**. Santiago de Compostela; Editorial-Librería Porto, 1948.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara; LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. **El arbitraje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

GILLIS WETTER, J.; The international arbitral process. Vol. III. Oceana Publication, Inc, Dobbs Ferry, New York, 1979. En: GROS ESPIELL, Héctor. **Estudio de la obra de Federico de Martens “Rusia e Inglaterra en Asia Central”**. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República, 1981, p. 28.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y otros. **Curso de derecho internacional público**. Tercera Edición. Madrid: Editorial Civitas, 2003.

GOVEA & BERNADON. El Fraude procesal ante la acción autónoma de nulidad y el amparo constitucional. En: **NUEVA JURISPRUDENCIA**. Caracas: Editorial La Semana Jurídica, Año 1, No. 11, Septiembre 2000.

GROS ESPIELL, Héctor. **Estudio preliminar de la obra de Federico de Martens “Rusia e Inglaterra en Asia Central”**. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República, 1981.

HATFIELD HOUSE, Herts. Papers of 3rd. Marquess of Salisbury, Vol. A/94, Doc. No. 2, Accuracy of transcription verified by Mr. R. Harcourt Williams, Librarian and Archivist to the Marquess of Salisbury.

MARTENS, Federico; **Rusia e Inglaterra en Asia Central**. Traducción y Estudio Preliminar de Héctor Gros Espiell. Caracas; Ediciones de la Presidencia de la República, 1981.

MINISTERIO DE DEFENSA DE VENEZUELA; **El litigio de la Guayana**. Revelación de los papeles de los “Árbitros” que habían permanecido ocultos en archivos ingleses. Caracas: Oficina de Publicaciones del Estado Mayor Conjunto 1965, p. 13.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE VENEZUELA; **La reclamación...**

PACHECO VALDERRAMA, Christian. **Fraude procesal**. Chile: Editorial Congreso, 1998.

PASTOR RIDRUEJO, José A. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. Novena Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Public Record Office (London) F.O 80/375. En: Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela; **La reclamación Esequiba. Documentos**. Caracas, 1984.

QUEL LÓPEZ, Javier. **La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales**. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 2000.

SUREDA DELGADO, Rafael. **Venezuela y Gran Bretaña. Historia de una usurpación**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1980.

XII Jornadas de la Asociación Española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales; **El Arbitraje Internacional**. Edición preparada por Fernando M. Mariño. Zaragoza, 1989.

Artigo recebido em 20/08/09

Aceito para publicação em 27/10/09.

O PAPEL DO ESTADO NO TRATADO DE LISBOA E A INTENSIFICAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SUPRANACIONAL EUROPEU

THE STATE ROLE IN THE TREATY OF LISBON AND THE
ENHANCE OF THE EUROPEAN SUPRANATIONAL
CONSTITUTIONALISM

Alexandre Coutinho Pagliarini*

* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela PUC/SP

Sumário

1. Poder constituinte no estado: significação tradicional e casos de ocorrência. 2. Poder constituinte na união europeia: uma significação pós-moderna. 3. O tratado internacional como veículo introdutor de norma constitucional. 4. Estado global ou mundo sem estado 5. Referências.

Summary

1. State constituent power: traditional meaning and occurrence cases. 2. Constituent power in the European Union: a post modern meaning. 3. International treaty as a mean for constitutional rule introduction. 4. Global state or a world without state. 5. References.

Resumo

Tradicionalmente, a ideia de poder constituinte remete o constitucionalista clássico (aquele dos tempos de Sieyès, Rousseau e Montesquieu) a uma incondicionalidade e à conseqüente conclusão de que o poder constituinte originário tudo pode. Esta é a primeira exposição feita no presente texto científico, a qual é esvaziada adiante, quando é exposto o caso do poder constituinte que vem ocorrendo fora dos moldes tradicionais no contexto da União Europeia e do próprio Direito Internacional no mundo globalizado, razão pela qual o Tratado Internacional é aqui introduzido como um instrumento produtor de normas que obrigam a Comunidade Internacional na mesma medida em que as leis obrigam as instituições e o povo dentro dos parâmetros soberanos de um Estado-nação. Na conclusão do que aqui se escreve, fica a pergunta: estaríamos caminhando rumo a uma realidade de um mundo sem Estados ou de um Estado global?

Palavras-chave: poder constituinte tradicional; poder constituinte supranacional europeu; tratados internacionais como normas; mundo sem Estados?; Estado mundial?

Abstract

Traditionally, the idea of constitution making power is unlimited: there would not exist, according to this theory from the times of Sieyès, Rousseau and Montesquieu, any limits to the political manifestation of constitution making power. This idea does not keep itself alive beyond the reality of International Public Law, above all beyond the reality of the new supranational constitutionalism found in the European Union. At the end of the present scientific research, there are the conclusions the International Treaties and the new constitutionalism have created on our minds the following question: will there be a world without states or will there be a global state?

Keywords: Traditional constitution making power; supranational constitution making power in the European Union; international treaties as norms; world without states? global state?

1. Poder constituinte no estado: significação tradicional e casos de ocorrência

Passaremos a tecer, doravante, algumas considerações sobre o exercício do *poder constituinte originário*.

Para os positivistas, o poder constituinte é pré-jurídico, quer dizer, é uma manifestação de força ou uma energia social não encontrada no mundo das normas positivadas.

Diferentemente, os adeptos da doutrina jusnaturalista – inaugurada constitucionalmente, quanto ao poder constituinte, pelo abade Sieyès – ensinam que há um direito superior decorrente da própria natureza humana, além do Direito positivo, que precede o próprio Estado, sendo assim o poder constituinte um poder eminentemente jurídico.

O entendimento positivista encontra melhor acolhida na doutrina. Isto porque a norma hipotética fundamental, apesar de propiciar fechamento ao sistema jurídico, ela mesma não é posta, é pressuposta, ou, como Kelsen desejou em sua derradeira obra **Teoria geral das normas**, é uma norma fictícia¹.

O tema *poder constituinte* foge do alcance da Ciência do Direito porque não podem os cientistas do Direito descrever uma *latência social e política* (o poder constituinte) com as fórmulas axiológicas usadas na interpretação das normas jurídicas. O que se faz ao estudar ou a descrever o tema é mais ligado às práticas da Filosofia, da Política ou da Sociologia, mas não da Ciência do Direito, já que esta tem por padrão referencial o Direito positivo que, por sua vez, surge com a instituição da Constituição.

1 KELSEN. **Teoria geral das normas**, p. VIII.

Classificamos o poder constituinte como uma “*latência social e política que se encontra em “stand by” (em espera) para, quando acionada, inserir no ordenamento, pelo lado de fora deste, elementos constitucionais-estruturantes de uma ordem política qualquer.*

Celso Ribeiro Bastos² doutrina que “[...] descabe qualquer indagação a respeito de um poder constituinte, nos lindes da Ciência Positiva do Direito, pois se trata, como vimos, de um conceito metajurídico”. E conclui Bastos: “[...] em vista do que ficou acima exposto, parece certo concluir que o poder constituinte não é um poder jurídico [...]”.

Raul Machado Horta faz interessante análise, colocando face a face os dois tipos de poder constituinte, o originário e o derivado³. Parte Machado Horta do princípio de que o poder constituinte originário não tem que seguir nenhuma regra de Direito que seja anterior à sua manifestação, neste prisma devendo ser considerado como uma questão de fato, e não de Direito. Por outro lado, o poder constituinte derivado⁴, criado e delimitado pelo próprio poder constituinte originário, deve seguir as regras positivas de Direito inseridas no documento normativo superior, que é a Constituição. Com base nessas premissas, Machado Horta extrai duas conclusões essenciais do pensamento de Carré de Malberg⁵.

O poder constituinte se manifesta de várias formas, mas tem sido sempre inserido numa das duas categorias classicamente aceitas pela doutrina: na categoria do *poder constituinte originário* ou na do *poder constituinte derivado*⁶. Contudo,

2 BASTOS. **Curso de direito constitucional**, p. 28.

3 Firme-se aqui o entendimento de que poder constituinte derivado é, na realidade, poder **constituído**, estando, portanto, no ordenamento posto.

4 Sobre o Congresso Nacional brasileiro no exercício da função de reformar a Carta: TAVARES. O Congresso Nacional como poder constituinte, p. 329-359. In: FERREIRA, Josué dos Santos (Org.). **Os meandros do Congresso Nacional**: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras. Rio de Janeiro: Forense. Brasília: Senado Federal – Câmara dos Deputados, 2001.

5 HORTA. **Direito constitucional**, p. 29: “Primeira: a Constituição nova não será confeccionada segundo o processo, o modo constituinte e as formas que foram prescritas na Constituição anterior. Entre a Constituição antiga, da qual se fez tábuas, e a Constituição nova, que está sendo criada, não há relação jurídica. O que passa a existir entre ambas é o interregno constitucional, uma solução de continuidade, durante a qual o poder constituinte da nação se exprimirá através das pessoas ou corporações que empolgaram o poder. A questão do poder constituinte se coloca nos termos da formação originária do Estado: é uma questão de fato e não de direito. Por isso, o poder constituinte não é tema jurídico. E sendo fato puro e revolucionário, o positivismo jurídico rejeita o seu exame, pois não há espaço na ciência do direito público para um capítulo consagrado à teoria dos golpes de Estado ou das revoluções e de seus efeitos.

Segunda: o jurista deve concentrar-se no estudo de outra forma de poder constituinte, que é a da reforma pacífica, regular, jurídica, da Constituição em vigor. A reforma pode ser mais ou menos extensa, tendo por objetivo a revisão da Constituição, em determinados pontos, ou a ab-rogação e a substituição de uma Constituição por outra. A mudança constitucional, seja ela total ou parcial, se fará de acordo com as regras fixadas pela Constituição, de tal modo que a Constituição nova, quando for o caso da revisão total, nascerá da antiga, sem solução de continuidade. A nação, uma vez exercido o poder constituinte revolucionário e extrajurídico, poderá mudar de Constituição, observando as regras jurídicas da Constituição anterior.”

6 Linhas adiante, faremos severas críticas contra a expressão **poder constituinte derivado**, que dá uma noção errada de tal força, que classificamos simplesmente como **poder reformador**.

apesar de a doutrina ser rica na descrição das várias formas de manifestação constituinte, entendemo-la, *data venia*, acanhada na denominação dos poderes constituintes caso a caso. Por isso, *passamos* a classificar as manifestações constituintes com os *nossos próprios*⁷ neologismos, que se seguem:

1- poder constituinte originário de ruptura internacional: é aquele que se dá na oportunidade da independência de uma nação anteriormente vinculada a um Estado que a englobava em termos de soberania. Como exemplo de tal espécie, podemos citar o primeiro constituinte histórico brasileiro, após a Independência;

2- poder constituinte originário de gênese: é aquele que cria um Estado *do nada*. Acontecerá, na vida política contemporânea, quando, por exemplo, a nação palestina constituir-se no Estado da Palestina;

3- poder constituinte originário de ruptura interna: ocorre nas ocasiões de tomada revolucionária do poder, com desprezo ao ordenamento jurídico-constitucional posto, impondo-se outro que não se limite pelos ditames daquele que está sendo superado. Exemplo dessa manifestação constituinte foi a Constituição de 1891;

4- poder constituinte originário de nova ordem – previsto pela velha ordem: é aquele que ocorre pacificamente quando uma Assembleia Nacional Constituinte é prevista por um ordenamento jurídico, que se vai fazer ultrapassar pela manifestação constituinte dessa Assembleia Constituinte instituída pela própria velha ordem. Neste caso, a Assembleia criada – dentro do ordenamento jurídico da própria velha ordem – terá amplos poderes para se manifestar de maneira soberana e criar originariamente o novo Estado ou a nova ordem que melhor lhe convier, respeitadas as delimitações procedimentais impostas pela emenda constitucional da velha ordem que a propiciou. Prova da existência histórica desse tipo de manifestação constituinte é a Carta de 1988, cujo poder constituinte foi convocado e regulado pela Emenda Constitucional nº 26, de 17 de novembro de 1985;

5- poder constituinte derivado com data marcada: é o quinquenal, previsto na vigente Constituição portuguesa. Foi o previsto no art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da Constituição de 1988. Como visto, é sempre limitado, implícita e explicitamente, pelas disposições

7 PAGLIARINI. **Constituição e direito internacional:** cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado, p. 53.

postas pelo poder constituinte originário na Carta Magna. Equivale a um poder reformador (ou força reformadora);

6- poder constituinte derivado sem data marcada: é a manifestação constituinte instituída, derivada, que tem como exemplo máximo o art. 60 da Carta brasileira em vigor, que trata das *emendas constitucionais* que venham tramitar perante o Congresso Nacional. Equivale a um poder reformador (ou força reformadora).

Com a classificação *supra*, encerramos a exposição concentrada acerca da *natureza* do poder constituinte. Passamos a dissertar sobre os modos pelos quais os países, *internamente falando*, vêm exercendo os seus poderes constituintes.

A ideia inicial de poder constituinte é revolucionária, traz consigo a expectativa de uma ruptura. Efetivamente, rompe-se com a ordem anterior e insere-se uma outra.

No final do parágrafo passado, falamos no rompimento de uma ordem e na inserção de outra. A ordem rompida não é necessariamente uma ordem constitucional formalizada. Foi isto o que ocorreu na França de 1789. A monarquia não era detentora de uma Carta Política solenemente aprovada e que regia o seu governo e servia como fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais. Não havia, na época, Constituição formal. Esta é produto do constitucionalismo moderno que passou a positivar Cartas formalizadas, solenemente, a partir das Constituições dos Estados Unidos da América e da França. De qualquer modo, a primeira Constituição formal francesa, elaborada pelo poder constituinte revolucionário, desestabilizou o antigo regime. Com isso, queremos dizer que esta Constituição francesa promoveu uma superação de sistema: quebrou a ordem absoluta monarquista que a antecedeu.

Poder constituinte, portanto, significa sempre o exercício de uma latência sociopolítica que culminará na quebra da ordem político-jurídica que a nova ou primeira Magna Carta formalizará. Neste sentido, a primeira Constituição histórica francesa, a despeito de não ter revogado nenhuma Carta Política formal antecedente, induziu ao sepultamento do governo dos reis absolutos.

Há poder constituinte em exercício, contudo, fora do contexto revolucionário, continuando tal poder, mesmo assim, com a marca “constituinte”. Isto se dá quando, num Estado já dotado de Constituição e em que não se verifica rebelião ou revolução contra as instituições postas, passa a se manifestar o poder constituinte pela convocação popular *instigada*, por exemplo, pelas autoridades previstas no sistema para cumprir tal desiderato (por exemplo, no caso de uma emenda constitucional apresentada pelo presidente da República e aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional). Foi exatamente isso o que ocorreu no caso do poder constituinte da Carta de 1988, quando o Congresso Nacional aprovou

a Emenda Constitucional nº 26, tendo esta convocado o eleitorado brasileiro para, nas eleições vindouras para a nova composição do Parlamento bicameral, eleger os novos constituintes, tendo os senadores e deputados eleitos acumulado a função constituinte⁸.

Não há poder constituinte, propriamente dito, naquilo que a doutrina costuma chamar de **poder constituinte derivado**. Neste, não há a *marca inicial* indispensável para que o exercício do poder possa ser considerado como primário e livre. Na realidade, o *poder constituinte derivado* não pode fazer, *do zero*, uma Constituição. Trata-se ele, pois, não de poder constituinte, mas de **poder constituído**, respeitante dos limites postos pelo poder constituinte – propriamente dito, o *originário* – na Carta. Logo, melhor seria denominar o *poder constituinte derivado* de **poder reformador**, simplesmente. Reformador, e só, porque não pode instituir uma nova ordem estatal estruturante de um novo cosmos a partir de uma nova Carta Política; reformador, e só, porque se encontra enquadrado num espectro de limitações criadas e instituídas por aquele que, verdadeiramente na Carta, fixou os espaços em que o *poder reformador* poderia atuar; reformador, *mas às vezes nem isso*, porque, dependendo da rigidez escolhida pelo poder constituinte originário na Carta Magna, o “poder constituinte derivado” (*poder reformador*) nem pode atuar⁹.

De qualquer modo, se considerarmos *poder constituinte* como a *força capaz de inserir no ordenamento norma constitucional*, então poderemos aceitar o *poder reformador* como poder constituinte. Mas não o fazemos por causa do problema semântico: *constituir* é sinônimo de instituir.

Constituir¹⁰, instituir: expressões que dão uma ideia de *originalidade* ou *capacidade de instituir*. Tal característica não reside na representação daquilo que pode fazer o *poder reformador*. O poder constituinte originário, ele sim, não só pode mudar as atuais cláusulas pétreas da Constituição Brasileira, como também pode rasgar o atual ordenamento constitucional, inserindo no sistema um outro completamente diferente – desde que respeitados os compromissos internacionais do país e o *jus cogens*. Por esta razão, fica aqui expressa a rejeição ao acerto da expressão *poder constituinte derivado*. Melhor chamá-lo de **poder reformador**, unicamente. Todavia, considerando que mesmo a melhor doutrina, talvez por motivos didáticos, utilize-se da expressão *poder constituinte derivado*, não há óbice em sua utilização, uma vez que a mesma já se tornou de conhecimento público nas faculdades e nos livros de Direito.

8 Tal acumulação merece a crítica de todos, uma vez que, **em tese, poderiam** os senadores e deputados eleitos usar a nobreza da manifestação constituinte em causa própria.

9 A atual Constituição brasileira é exemplo disso quando, no parágrafo 4º do artigo 60, fixa um núcleo imutável, que se refere à forma federativa, ao voto, aos direitos fundamentais e à separação dos poderes.

10 Kant empregou o termo **constitutivo** para designar o que **condiciona** a realidade dos objetos fenomênicos. In: ABBAGNANO. **Dicionário de Filosofia**, p. 197.

Tema instigante, que decorre da ideia de *capacidade reformadora da Carta*, é o da *rigidez constitucional*.

Primeiro, fixe-se que o *poder reformador* se encontra limitado pelas disposições escolhidas pelo verdadeiro *poder constituinte* (o originário) e constantes na Carta. Assim, só poderá atuar o *poder reformador* dentro dos quadros de limitação escolhidos pelo *constituinte originário*. Acontece que, geralmente, o exercício do *poder reformador* tramita de um modo mais difícil que aquele referente à reforma das normas infraconstitucionais. Constituição que assim disponha é Carta rígida.

Correlaciona-se também o tema *rigidez constitucional* com o prévio exercício do poder constituinte originário que, prevendo o processo pelo qual se modificará o Texto Magno posto, estabelece um critério diferenciado para que se possa efetivar tal reforma. Esclarecemos que o critério diferenciado de modificação é, no caso das Constituições rígidas, mais dificultoso do que aquele utilizado pelo poder reformador – geralmente o Parlamento – para a modificação da legislação ordinária. Assim, a doutrina francesa insiste que a previsão de um procedimento especial para a modificação da Carta é o que caracteriza uma Constituição como rígida, anotando Bernard Chantebout¹¹ que *Lorsqu'une telle procédure spéciale est prévue, on dit que la Constitution est rigide*.

Konrad Hesse¹², com muita propriedade, **correlaciona rigidez com mobilidade da Constituição, uma vez que esta une abertura e amplitude** da normalização jurídica com *determinação obrigatória*. Com isso, Konrad Hesse considera imprescindível que haja uma polaridade entre o caráter determinativo-obrigatório da Carta e a indispensável abertura da mesma, sendo imprescindível uma coordenação entre os elementos *rigidez e mobilidade*. Partindo da tarefa de interpretar a Constituição, Hesse entende necessário verificar a coexistência de *rigidez e mobilidade*, ou seja, da abertura e da amplitude em face da rigidez, uma vez que as determinações obrigatórias, vistas isoladamente, poderiam levar à estagnação da vida em coletividade, pois **o persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso estão dados**, senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias, senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanecerá invencível.

Konrad Hesse conseguiu, com rara exatidão, juntar conceitos contrários, como rigidez e mobilidade, estabelecendo assim a possibilidade de se manter a Carta no topo de um ordenamento jurídico nacional, sem todavia estancar-lhe a possibilidade de modificação que propiciará à mesma o acompanhamento das mudanças sociais e a constante respeitabilidade de sua força normativa, pois, *temperando-se rigidez*

11 CHANTEBOUT. *Droit Constitutionnel et science politique*, p. 41.

12 HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 45 e 47.

e mobilidade, a Constituição, sem sair de seu posto mais alto, torna-se capaz de acompanhar as contingências históricas do Estado e do povo que ela quer reger. Pela temperança da rigidez com a mobilidade foi possível que as Constituições passassem a ser modificáveis, superando-se, destarte, o dogma da *absoluta imutabilidade constitucional*. Por isso, consideramos lapidar o entendimento de Hesse quando, *ao colocar de mãos dadas rigidez e mobilidade*, afirma que a Constituição deve se caracterizar, quanto à sua modificabilidade, por “[...] aquela elasticidade relativa e aquela estabilidade relativa [...]”. Completamos, nós, que esta conclusão ***pode ser aplicada ao constitucionalismo pós-nacional, que temperando elasticidade com estabilidade não mais cabe nos quadrantes do Estado nacional moderno.***

Devemos ressaltar o seguinte: só podemos falar em rigidez constitucional quando se trata de Constituição *formal*, não cabendo comentários neste sentido ao dissertarmos acerca de Constituição *material* (ou costumeira), sendo o que depreendemos do ensinamento de Georges Burdeau quando leciona que “*Cette qualité de la constitution formelle est appelée ‘rigidité’*”. E continuando com Burdeau¹³, o fundamento da rigidez é a separação do poder constituinte e dos poderes constituídos, ganhando expressão tal rigidez quando é determinada a distinção entre poder constituinte originário e poder reformador. Com aguda perceptividade, Burdeau diz, inclusive, que não é só pelo processo de revisão que se pode transformar a Constituição formal, mas também pelo processo de *interpretação* que se dá em sua aplicação.

Historicamente, o termo rigidez levava à compreensão de que a Constituição era imutável. Isto é doutrina ultrapassada, *data venia*, e prova disto é que a Itália já foi regrada pelo chamado Estatuto Albertino, que era a Constituição do Reino da Itália, cujas disposições eram modificáveis por intermédio de leis ordinárias posteriores (*lex posterior derogat priori*). Portanto, o entendimento que devemos ter do termo rigidez mereceu reparação de todas as ordens constitucionais ocidentais e da doutrina, e devemos entender por Constituição rígida simplesmente que a Carta, apesar de ocupar o mais alto posto do ordenamento local, não é documento inteiramente imodificável, mas que simplesmente impõe, para que se efetive a mudança, um processo especial cujo trâmite legislativo é mais árduo do que aquele da modificação da legislação ordinária.

Interessante notar que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, constituiu-se em documento *sui generis* em nossa história constitucional, isto porque parte de seu texto podia ser modificada pelo exercício do processo legislativo comum, ou ordinário, o que autoriza a doutrina a classificar tal parte de *flexível*, coexistindo tal bloco flexível com outro que, por sua vez, só podia ter suas disposições modificadas mediante o exercício do processo especial mais

13 BURDEAU. Manuel de **Droit Constitutionnel**, p. 48, 49 e 51. (tradução nossa).

difícil, sendo este bloco o que podemos entender por *rígido*. Isso levou a Constituição de 1824 a ser chamada, quanto à sua estabilidade, de Constituição *semi-rígida*, ou *semiflexível*.

Decorre da rigidez constitucional a necessidade de evitar que normas do ordenamento infraconstitucional disponham contrariamente ao que prevêem as normas da Carta Magna, dando-se assim azo para que exista, no território regido por esta Constituição, o controle da constitucionalidade.

Sendo a rigidez uma característica que só pode existir numa Constituição escrita, *formalizada*, e considerando que não podemos confundir o poder constituinte originário, que é inicial e não jurídico, com o poder reformador, que é *constituído* e pertence ao mundo do Direito posto, mister é que seja controlada, por intermédio de órgãos próprios e também constituídos, a pertinência de todo o ordenamento com os dizeres da Carta Magna. Se, por um acaso, uma dada Constituição for flexível – como o Estatuto Albertino e parte da Carta brasileira de 1824 –, isso implica aceitar que o procedimento ordinário de modificação pode alterar a Constituição; logo, em casos assim, não é detectada a rigidez do Texto Magno e, outrossim, torna-se supérflua a existência de órgão instituído cuja função seja o controle da constitucionalidade, nem se podendo, destarte, falar em normas infraconstitucionais, pois todas no ordenamento teriam a mesma estatura que a norma posta por lei ordinária. Disso é possível lançar uma dúvida: ***se é verdade que uma Constituição formal, cujo processo modificatório é mais difícil que o da legislação ordinária, deve, por isso, ser considerada como ocupante do topo do sistema (supremacia), é também verdadeiro que uma Constituição Europeia (ou Tratado Constitucional Europeu) se postaria no topo do ordenamento comunitário e se sobreporia às Constituições locais, sendo, outrossim, verdadeiro, que será necessário um controle de constitucionalidade para proteger as disposições da Carta comunitária?*** A resposta é: sim!

Nos termos da atual Carta Magna brasileira (art. 60) exerce-se o *poder reformador* somente por *emendas constitucionais*, com um grau de tramitação mais difícil do que aquele referente à tramitação das leis ordinárias e complementares. Por isso, a atual Magna Carta brasileira é rígida. Já não se encontra mais disponível no arcabouço constitucional do Brasil o processo de *revisão constitucional* do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assim prescrevia: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

O poder constituinte (originário), já dissemos, insere no ordenamento uma Carta, *do zero*. Ele próprio, entretanto, reside fora do ordenamento; daí a sua natureza *não positiva*. As disposições constitucionais acerca do processo de revisão das Cartas são constantes nelas próprias, o que quer dizer que são produtos

da atuação do poder constituinte originário. No caso de este haver determinado que o processo de modificação da Lei Maior é mais intricado do que o de modificação das leis ordinárias e complementares, teremos *rigidez constitucional*. Em consequência disso, estará a Constituição situada num degrau acima no desenho da pirâmide normativa: isto se chama **supremacia** e ela só se detecta no caso de o poder constituinte originário haver previsto que é mais difícil modificar a Constituição do que aprovar uma lei ordinária ou complementar ou modificar tais espécies (**infra**) constitucionais. Só se justifica o uso da expressão *Lei Maior* neste caso, ao dizer que a expressão *Lei Maior* é sinônimo de Constituição rígida e marcada pela supremacia. Consequentemente, uma Constituição não escrita, posta por um poder constituinte em constante latência, mas que não se decidiu pela formalização de uma Carta, não pode ser, pelo menos formalmente, considerada como detentora da qualidade da *supremacia*. É o caso da famosa Constituição britânica¹⁴ que, não por isso, deixa de ser um monumento cultural¹⁵ daquele povo¹⁶ e um exemplo para os mundos da “*common law*” e também da “*civil law*”.

Falar de supremacia da Constituição é o mesmo que dizer que as normas da Carta são hierarquicamente superiores a todas as outras dentro do mesmo ordenamento jurídico apresentado, tratando-se, destarte, a supremacia – ou a hierarquia superior da Constituição – de assunto inserível num texto que tem a pretensão de falar também sobre *rigidez constitucional*, uma vez que a referida supremacia só se identifica em Constituições que, quanto à estabilidade, mostrem-se rígidas. Tal entendimento é inerente à própria tradição ocidental advinda do constitucionalismo, razão pela qual as doutrinas dos importantes sistemas jurídicos ocidentais se mostram uníssonas na consideração de que só se garantirá supremacia à Carta se a mesma dispuser em seu texto acerca da maior dificuldade de se mudar disposições constitucionais. Vejamos a opinião de

14 CARVALHO, O. M. **O mecanismo do governo britânico**, p. 27/28: “O critério para classificar uma constituição de rígida ou de flexível gira em torno do processo adotado para emendá-la. São rígidas aquelas que cercam de dificuldades a emenda ou revisão do texto. Em regra, rigidez está ligada à ideia de que existe um texto constitucional pensado como uma unidade. São chamadas de flexíveis aquelas constituições em que o processo de elaboração da lei constitucional é semelhante ao processo de elaboração das outras leis, não havendo, portanto, distinção entre lei constitucional e lei ordinária. É o caso da Grã-Bretanha, que tem a única constituição flexível em funcionamento no mundo civilizado atualmente.” **Ver também:** JENNINGS. **A Constituição Britânica**, 152 p.

15 CARVALHO, O. M. **O mecanismo do governo britânico**, p. 17: “Os britânicos começaram a elaborar a sua constituição há centenas de anos e deixaram cada texto componente dela separado dos outros por séculos de distância. Além disso, construíram uma obra fragmentária, esparsa em numerosos documentos de valor e origem desiguais, que ninguém pensou em codificar.”

16 Ao comentar a respeito da perenidade constitucional existente no Reino Unido, exaltando sua grandeza, afirma Orlando Magalhães Carvalho que “[...] a constituição não controla os britânicos, mas os britânicos é que controlam a constituição.” In: CARVALHO, O. M. **O mecanismo do governo britânico**, p. 17.

Jacques Baguenard¹⁷: *La suprématie constitutionnelle n'existe que dans les systèmes de constitution rigides [...]*.

Para Canotilho¹⁸, três fatores justificam a supremacia da Carta em relação às outras unidades normativas do sistema: (i) autoprímazia normativa; (ii) as normas da Constituição são *normas de normas*; (iii) os poderes públicos a elas estão submetidos.

Destarte, a *supremacia da Carta Magna* induz à seguinte verdade: por serem rígidas, as normas constitucionais ocupam posição hierárquica superior quando comparadas às demais partículas deônticas do ordenamento jurídico posto. Com as palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁹, constantes na nota infra, voltamos a falar sobre o que já deve ter-se firmado como dogma da modernidade constitucional: a verdade de que não há disposição linear, horizontal, entre as normas, pois elas se escalonam em pirâmides de importância; e, nesta pirâmide, ocupa a Carta Política o ápice do ordenamento posto de um Estado soberano.

Poder constituinte, Constituição, rigidez e supremacia: temas que se correlacionam, do primeiro em diante, cujas significações *modernas* são as que se referem a *um-só* povo, a *uma-só* força sociopolítica incidente sobre *um-só* território, para positivar *um-só* ordenamento de *um-só* país.

2. Poder constituinte na união europeia: uma significação pós-moderna

No contexto da União Europeia (UE) não é novo o tema “Constituição Comunitária”. Entretanto, nunca se chegou tão perto de aprovar, via *tratado*

17 BAGUENARD. *La Constitution*, p. 42.

18 CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.112: “A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua **posição hierárquico-normativa superior** relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressaltando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma **lex superior** que recolhe o fundamento de validade em si própria (**autoprímazia normativa**); (2) as normas da constituição são **normas de normas (normae normarum)** afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.” (grifos do autor)

19 BARACHO. *O princípio da subsidiariedade*: conceito e evolução, p. 80: “A primazia da Constituição nos ordenamentos jurídicos, aliada à ordenação do sistema de fontes e ao princípio da hierarquia normativa, dá ao texto fundamental, como **normae normarum**, grande projecção na instrumentalização jurídica da sociedade. Como norma jurídica básica, a aplicação imediata e direta dos princípios constitucionais constitui não apenas um mandato genérico ao legislador ordinário, que deverá incorporar os princípios constitucionais ao direito positivo ordinário. Está o legislador obrigado a adequar-se ao ordenamento e aos princípios da Constituição. A Constituição é norma suprema e não apenas declaração programática, que pode ser incorretamente interpretada.”

internacional, uma Carta para a Europa. Após os *nãos* da França e da Holanda à Constituição Europeia, adveio o *Tratado de Lisboa* que, assinado na capital lusitana, já encontrou o *não* do Eire – este *não* irlandês pode reverter-se, uma vez que o governo do Eire está na iminência de convocar o povo deste país para novo referendo, apesar das resistências dos populares e das exigências impostas por este governo no contexto da União Europeia, as quais não são facilmente aceitas pelas instituições supranacionais e nem pelos outros países que aderiram *in totum* aos termos do *Tratado de Lisboa*, documento jurídico este que representa a dação de maior poder aos órgãos supranacionais da EU e que substitui a *Constituição Europeia* rejeitada pelos povos da França e da Holanda em referendos anteriores. Apesar dos *nãos* aqui relatados, o constitucionalismo supranacional europeu continua em voga como prova máxima de um neoconstitucionalismo evidente.

Há obras²⁰ extremamente críticas quanto ao momento europeu, opinando no sentido de não ser possível o exercício de um *poder constituinte supranacional*²¹. As opiniões nelas constantes, bastante contundentes e bem feitas, marcam-se, contudo, pelo que pedimos vênua para chamar de “*equivoco óptico*”: leem um novo momento constitucional com os olhos de um antigo momento constitucional.

Por outro lado, há vasta doutrina estrangeira²² contrária à do parágrafo anterior, que propugna pela *possibilidade* de um *poder constituinte supranacional* no caso europeu, de um poder constituinte referente aos povos da comunidade.

Sobre o *novo poder constituinte*, Maurício Andreiuolo Rodrigues publicou²³ notáveis ideias. Já a respeito da Constituição Europeia, como *Projeto Valéry Giscard d'Estaing*, só existem, pelo que sabemos, duas obras específicas publicadas no Brasil: uma, de *nossa autoria*; a outra, organizada por José Ribas Vieira²⁴, ambas defensoras da constitucionalização supranacional na Europa e, portanto, leitoras da pós-modernidade com os olhos da pós-modernidade.

Nos moldes tradicionais, um poder constituinte é tido como uma *latência* responsável pela feitura de uma Constituição, incidente sobre um povo, um

20 CARRASCO. **Constitución europea**: un concepto prematuro. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica, 269 p. CUNHA, Paulo de Pitta e. **A constituição europeia**. Um olhar crítico sobre o projecto, 83 p.

21 CANOTILHO, aceitando a estruturação de uma comunidade política fora dos moldes clássicos – uma vez que é a favor da Constituição Europeia –, pugna pela existência de uma **internacional community como rede constituinte**. Palestra proferida em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre a temática “Constitucionalismos e globalização”, no **VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

22 Em notas passadas e no decorrer deste texto científico, já elencamos (e continuaremos a fazê-lo) dezenas de livros, artigos e ensaios a favor de um Direito Constitucional europeu e, conseqüentemente, de um **poder constituinte supranacional** e de uma **Constituição para a Europa**.

23 RODRIGUES. **Poder constituinte supranacional**. Esse novo personagem, 183 p.

24 PAGLIARINI. **A constituição europeia como signo**: da superação dos dogmas do Estado nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. VIEIRA (Org.). **A constituição europeia**: o projeto de uma nova teoria constitucional, 267 p.

território e uma soberania. Estas são as conclusões do constitucionalismo clássico. E não podiam ser diferentes tais conclusões, uma vez que o constitucionalismo moderno é o movimento representativo do Estado-nação que teve o delineamento de seus contornos impulsionados pela Revolução Francesa. Nesta esteira, tecem-se críticas segundo as quais:

(i) o poder constituinte não poderia ser exercido por meio de *tratado internacional*;

(ii) 27 povos não poderiam produzir um *poder em latência*, um *poder constituinte supranacional*, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar *um-só* Estado e nele positivar *uma-só* Constituição.

Ao contrário das coisas físicas e visíveis, o poder constituinte não é físico nem visível. É uma abstração desenvolvida por Sieyès e outros depois dele. Também são abstrações a *soberania* e o próprio *Estado moderno*; trata-se de objetos culturais.

Uma coisa se liga à outra. O poder constituinte *implica* a feitura de uma Constituição; uma Constituição *implica* a estruturação de uma comunidade política e a proclamação de Direitos Fundamentais; a soberania *implica* a crença do Estado delimitado territorialmente, com um governo superior e ordens respeitadas e/ou a serem respeitadas, o que, por sua vez, *implica* o Estado-nação da modernidade.

As implicações acima, todas elas, decorrem de abstrações, pois fisicamente não são tácteis, nem o poder constituinte, nem o Estado e muito menos a soberania. Trata-se de criações da inteligência humana que deram vazão à instituição e à manutenção do Estado moderno. Entretanto, mesmo nas coisas referentes às *verdades modernas* tem havido distorções e, ainda assim, a doutrina constitucionalista clássica aceita inovações que, na realidade, não decorrem do criativo processo de interpretação, mas de “*favores axiológicos*” para justificar atitudes inconstitucionais dos donos do poder, verificando-se, então, aquilo que Andreiuolo Rodrigues chama de “*jeitinho constitucional*”. Já que é assim, “*jeitinho por jeitinho*”, nada impediria que se desse um “*jeitinho*”, para aceitar o poder constituinte europeu como verdadeiro poder constituinte, e a Constituição Europeia (ou tratado constitucional) como verdadeira Constituição. Todavia, com o perdão pelo tom jocoso, a Carta Magna para a Europa não comporta, em hipótese alguma, um “*jeitinho*”.

É a futura Constituição Europeia um ícone representativo da nova verdade histórica: a supranacional. Neste prisma, a Carta Magna europeia é

uma necessidade intransponível que os tempos impuseram às comunidades de países que se juntaram naquele continente, na formação desta diferente espécie constitucional chamada União Europeia. Ademais, sem *favores* e sem “*jeitinhos*”: *se* é indiscutível a existência de um substrato constitucional na Europa, *então* é possível uma Carta para o Velho Continente. E *se* é verdade que a UE pode se dotar de Constituição, *então* é também verdadeiro que nada impede o exercício de um *poder constituinte supranacional*.

A Constituição Europeia e o seu poder constituinte não são “*jeitinhos*”. Baseiam-se em princípios, valores e verdades já retratados no presente texto.

Devido às necessidades dos tempos modernos para que se desse impulso à derrubada do Absolutismo, as *verdades* do *poder constituinte originário*, da *soberania* e do *Estado moderno* foram pensadas: “*eureka!*”. Agora, para as *verdades* deste novo tempo pós-moderno, não são mais suficientes aquelas “*velhas verdades*” do constitucionalismo moderno. É como desejar inserir um motor de Ferrari, último tipo, numa carcaça de Fusca-68, ou seja: “*missão impossível!*”

Ciência se faz com a descrição de elementos existentes, todos eles girando em torno de um fator aglutinante que verdadeiramente justifique uma tese a ser defendida. Deste modo, ciência se fez, e muito bem, quando se identificaram os elementos que seriam os responsáveis pela construção do Estado moderno. Considerando este como uma *parede*, foram seus tijolos aqueles “*ismos*”: racionalismo, liberalismo, individualismo e constitucionalismo. Hoje, para a UE, os “*ismos*” são outros: *constitucionalismo no pós-modernismo*, *supranacionalismo*, *cosmopolitanismo*, *solidarismo*²⁵ e *multilateralismo*. Portanto, para sustentar todos estes “*ismos*” pós-modernos, o poder constituinte clássico de Sieyès não pode

25 Solidarismo que inclui defesa dos direitos humanos, em geral, e tolerância religiosa, em particular, razão pela qual é de se afirmar que, apesar das profundas e positivas raízes judaico-cristãs da Europa, a Turquia não deve ter seu ingresso à UE rejeitado por conta do islamismo, mesmo porque não se há de esquecer que a Turquia abriga a cidade de Istambul, antiga capital do Império Romano, chamada, à época, Constantinopla. Pelo que consta nos noticiários e nos comentários, o que mais tem importado aos turcos é a defesa das instituições democráticas em seu território e o resguardo dos direitos humanos, uma vez que eles já se inseriram, economicamente falando, no modelo de Estado liberal e de tolerância religiosa. Não é paradoxal o fato de aceitarmos a Turquia numa UE de raízes judaico-cristãs, pois tal diferença é posta de lado por um outro valor eminentemente europeu: o do Estado laico. Sim, dentre os valores mais caros que os europeus conseguiram preservar e que, de certa forma, faz parte do cenário comunitário e dos próprios tratados constitucionais ultimamente comentados, está o do Estado laico, característica esta que na Europa ocidental, desde a superação das chagas do Holocausto, propiciou um espectro mínimo de tolerância e respeito às minorias. Outra correlação importante é a de que, na Europa, o campo foi propício para que as crenças do Estado laico e liberal se fundissem graças ao legado judaico-cristão que no Velho Mundo deixou marcas mais profundas do que em qualquer outro lugar. Para Habermas, todas as religiões, em todos os lugares, deveriam se apropriar das **bases normativas do Estado liberal**, como foi feito na Europa, a fim de que se crie espaço para tolerância e se dê início à consagração de um contexto histórico de aceitação e convivência pacífica em vista das diferenças religiosas. Maiores detalhes das palavras do filósofo alemão In: HABERMAS. **Religious tolerance** the pacemaker for cultural rights. Cambridge: Royal Institute of Philosophy Annual Lecture, p. 12.

dar conta, razão por que também fazem ciência aqueles que descrevem um novo sistema, conforme os seus novos elementos constituintes, todos girando em torno de uma debutante justificativa final e aglutinadora, a Constituição supranacional que, no caso europeu, será a Constituição Europeia ou um tratado constitucional que a ela minimamente equivalha.

O poder constituinte da modernidade foi o responsável pela positivação da Constituição moderna. Suas bases se assentam nas *verdades* do modernismo constitucional. Perguntamos: qual é a *verdade* para o poder constituinte europeu? Em qual *poder constituinte* se assentaria a Constituição Europeia? Em resposta, tenha-se que a Carta para a Europa será induzida por um inédito poder constituinte que, por incidir sobre 27 Constituições e 27 Estados, é uma inovadora *forma anômala de introdução de Constituição*. Mas tal forma, apesar de anômala, pode introduzir uma nova Constituição incidente sobre 27 ordenamentos tradicionais, como os europeus e disso não temos dúvida, uma vez que, *se é verdade* que uma Constituição serve para estruturar uma comunidade política e proclamar os Direitos Fundamentais, *então nada impede* que uma Constituição incida sobre uma comunidade política constituída por 27 territórios e estruture a UE proclamando conjuntamente os Direitos Fundamentais da União Europeia. É justamente esta a pretensão do Tratado Constitucional para a UE: a de estruturá-la e de nela garantir os Direitos Fundamentais, razão por que a própria Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia esta sendo acoplada ao Tratado Constitucional.

Façamos o papel de *advogado do diabo* e desenvolvamos a autocrítica através de questionamentos que podem vir a ser objeto de dúvida. Nesta proposta,

crítica 1: “O poder constituinte não pode ser exercido por meio de tratado internacional”;

crítica 2: “27 povos não poderiam produzir um poder em latência, um poder constituinte supranacional, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar um-só Estado e nele positivar uma-só Constituição”.

Acima, vemos autocríticas contra o poder constituinte para a feitura da Constituição Europeia. Para rebatê-las, a história, o DIP e o Direito Comunitário serão panos de fundo nos próximos parágrafos.

3. O tratado internacional como veículo introdutor de norma constitucional

As comunidades que foram se formando até chegarem à UE só se tornaram possíveis pelas disposições que os países inseriram nos tratados internacionais. E

deles os povos tiveram ciência. Neles se espelham os *consentimentos*²⁶ dos Estados para a formação do bloco. Os tratados internacionais foram as únicas vias para a comunitarização, uma vez que têm sido eles os instrumentos por meio dos quais os Estados manifestam os seus *consentimentos*. O DIP não tem oferecido nenhuma outra forma de negociação e de criação de norma internacional; muito menos o Direito Constitucional quando visto através de lentes clássicas que provocam “*equivocos ópticos*”. Se uma norma é internacional é porque ela decorre de tratado, do costume, de princípios gerais e de decisões, *mas principalmente do pacto internacional* – nos dias atuais, verdade esta ainda mais relevante no caso da UE. Como superariam os Estados europeus as suas diferenças para criar as Comunidades? Só pelo tratado. Como se daria a instituição de um Direito supranacional, válido para todos os países europeus que foram se juntando e formando o bloco? Só pelo tratado. Como poderiam os Estados-membros da UE aceitar a jurisdição da CJCE (ou Tribunal de Justiça Europeu) e submeter os seus próprios ordenamentos aos regulamentos e diretivas? Só pelo tratado. Mesmo assim, em muitas ocasiões e em vários países, os tratados foram submetidos a parlamentos e referendos, fora o fato de terem sido postos em prática no cotidiano da vida de cada um dos cidadãos dos países do bloco. Três conclusões: (i) o tratado internacional foi o instrumento que deu impulso à construção da UE e do Direito Comunitário; (ii) nos Estados-membros da UE, em momentos distintos, mas por diversas vezes, houve consulta popular direta ou indireta; (iii) os europeus são minimamente cultos e bem informados, disto se podendo inferir que a comunitarização faz o gosto dos povos daquele espaço geográfico, uma vez que não se opuseram fortemente a nenhuma medida, decisão ou norma comunitária de impacto. Dessas três conclusões, só podemos abstrair que é desprovida de fundamento a crítica de que o povo pouco participou das decisões na UE. Tal crítica é *verdadeira* se considerarmos que não existe uma política europeia representativa, na qual estejam presentes partidos políticos europeus. Mas a mesma crítica não terá fundamento e não poderá ser confirmada como verdadeira se considerarmos que, para um projeto comunitário, o instrumento deve ser necessariamente o DIP, sabendo que do DIP cuidam os governos. Mas ainda assim, mesmo sendo o DIP um instrumento normativo dos governos, na UE foi diferente, pois foi criado um verdadeiro Direito Comunitário que propiciou uma espécie de representação indireta dos povos dos Estados-membros na figura institucional do Parlamento Europeu, não se devendo esquecer, tampouco, que o Conselho Europeu, órgão de cúpula política da UE, é formado também por chefes de governo eleitos pelos povos europeus.

Um *tratado internacional* pode inserir num sistema nacional norma de estatura constitucional e para uma realidade supranacional, até mesmo uma

26 O consentimento dos Estados é a base para que eles se considerem obrigados no DIP.

Constituição inteira. No caso de *Estados vistos isoladamente*, um *pacto* pode inserir norma constitucional quando dispuser sobre Direitos Humanos. Na Holanda, nem mesmo é necessário que o pacto seja de Direitos Humanos para que este mude a Carta. Os *tratados internacionais de direitos humanos* inauguraram um novo paradigma para a pós-modernidade: o da supranacionalidade, o que tem afetado fortemente as ordens constitucionais nacionais.

4. Estado global ou mundo sem Estado

Mais uma concepção que poderíamos desenvolver acerca de um poder constituinte europeu (ou mundial) seria a seguinte: a Constituição moderna é fruto produzido pelo poder constituinte originário, que é um dogma da modernidade. Tudo isto leva ao Estado moderno, que talvez seja necessariamente um Estado nacional. Não sendo a UE um Estado nacional (raciocínio este que vale para a Comunidade Internacional, como um todo) e sem parecer que tem a pretensão de sê-lo, então, na realidade, a EU e a própria Comunidade Mundial são comunidades políticas em que se percebe o domínio das instituições comunitárias, das Organizações Internacionais, dos governos, das sociedades civis, de ONGs, da imprensa, dos sindicatos, dos poderes estatais clássicos, da comunidade que acessa a rede mundial de computadores, etc. Não seria, então, a comunidade europeia um Estado, muito menos a Comunidade Internacional; logo, não necessitariam de um poder constituinte originário, pois esta foi uma abstração criada exclusivamente para dar conta da chegada da burguesia ao poder, com a Constituição e o Estado modernos. Portanto, no caso a União Europeia, ainda seria ela uma entidade marcada pela supranacionalidade, em que não se encontram os mesmos pressupostos integrantes e justificadores do Estado nacional. Por isso, a UE seria uma espécie de *projeto de Estado global*, partido de uma realidade regional e a ela aplicável. Esta tese é absolutamente aceitável na medida em que defende que a UE tem pressupostos próprios que não se enquadram na discussão sobre modelos de federação, de confederação²⁷. Talvez a expressão *Estado global*

27 CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.324/1.325: “Isto implica a análise do que chamamos reducionismo teórico. Não existe na Comunidade Europeia qualquer poder para legitimar a sua existência como ordem jurídica e para alterar ou alargar o seu âmbito de competências. É nisto que consiste a **competência da competência**. Compreende-se, por isso, que a ‘comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Europeia’ não possa dispor quer da **estatalidade** quer da **ordem constitucional** dos estados-membros. Se é admissível um **direito constitucional europeu** já não o é um **direito do estado europeu**. Um **poder de estado europeu** neutralizaria o carácter supranacional da comunidade a favor de uma construção federal substancialmente revisora da ‘forma estadual’. Mas, por outro lado, o **estado constitucional nacional** tornou-se, no contexto da União Europeia, um **estado constitucional cooperativo** que, sem deixar de observar os padrões básicos do estado constitucional (soberania popular, divisão de poderes, garantia de direitos, primazia da constituição, superioridade da lei do parlamento), passou a incorporar **competências normativas europeias**. Embora a Comunidade não disponha da competência das competências, ela possui,

implique noutra mais radical: a de *mundo sem Estado* ou, ainda, a de um mundo em que o Direito das Relações Internacionais seria o elemento de validade de todas as outras ordens normativas²⁸.

Aqui damos fim ao presente trabalho, opinando no sentido de ser possível a positivação de uma Constituição para a União Europeia e de uma Constituição para o Mundo, afirmação esta que traz consigo a consequência de aceitarmos que se exerça um *poder constituinte europeu* e de um *poder constituinte supranacional mundial*, neste caso, a partir do *jus cogens* representado pelos Direitos Humanos Fundamentais.

por força dos actos convencionais e do **acto global de supranacionalidade**, do poder normativo de editar actos jurídicos dotados de eficácia imediata e vinculatividade igual à unitária nos países membros da Comunidade. [...] A complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Europeia lança novos desafios à teoria da constituição. Esta terá agora de teorizar a 'arte da forma supranacional' e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma **nova ordem jurídica**: (1) que cria direitos de aplicação preferente relativamente ao direito dos estados-membros e cujos destinatários (sujeitos de direito) são não apenas os estados mas também os cidadãos europeus; (2) que possui órgãos e poderes de decisão supranacionais ('supranacionalismo decisório'); (3) que densifica o princípio constitucional comunitário da integração supranacional sem deixar de observar os princípios de **estatalidade** ou **existência dos membros**, da **autonomia constitucional nacional** e da **identidade nacional** dos membros europeus; (4) que articula a supranacionalidade normativa e decisória com a observância do princípio de **atribuição específica de competências** (e não de uma transferência global de competências dos estados para a 'União'); (5) que está vinculada a princípios jurídico-materiais e a princípios de competência como os princípios jurídicos gerais incorporados em **direitos fundamentais** comuns aos estados membros, o **princípio da subsidiariedade** e o **princípio da coesão social**."

28 KELSEN. La naissance de l'État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie. In: LEBEN. **Hans Kelsen**: ecrits français de Droit International, p. 27: "[...] l'État doit être considéré comme une communauté juridique comprise avec d'autres États dans une communauté juridique supreme. Et l'ordre juridique capable de constater cette communauté juridique suprême ne peut être que le droit international." E Hans Kelsen também em sua **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 547/548: "Uma vez que as ordens jurídicas nacionais derivam a sua validade do Direito Internacional, elas devem ser consideradas inferiores à ordem jurídica do Estado que é pressuposto como soberano em primeiro lugar e que, portanto, é o único que pode ser pressuposto como tal. Essa ordem jurídica, através da mediação do Direito Internacional, que faz parte dela, abrange todas as outras ordens jurídicas nacionais 'delegadas' pela ordem jurídica internacional. Essas outras ordens jurídicas nacionais são, segundo o Direito Internacional, válidas exclusivamente para as suas esferas territoriais e pessoais específicas, e podem ser criadas e modificadas em conformidade com as suas próprias constituições. Mas o Direito Internacional, que garante aos outros Estados essa soberania relativa, tem – do ponto de vista dessa interpretação – o seu fundamento de validade na ordem jurídica nacional da qual procede a interpretação. Apenas essa ordem jurídica nacional que, no que diz respeito ao fundamento de validade, e não ao conteúdo de outras ordens jurídicas nacionais, se apresenta como a **ordem jurídica universal, é soberania absoluta, ou seja, apenas esse Estado é soberano no sentido original do termo**. A soberania de um Estado exclui a soberania de todos os outros Estados. Essa é uma consequência inevitável da teoria do reconhecimento baseada na hipótese da primazia do Direito nacional. A maioria dos expoentes desses pareceres, porém, não os desenvolve até as suas últimas consequências. Eles colocam o mundo do Direito como uma quantidade de ordens jurídicas nacionais isoladas, cada uma delas soberana e cada uma delas contendo o Direito Internacional como parte. Por motivos já explicados, esse pluralismo jurídico é logicamente impossível." (grifos nossos)

Referências

- ABBAGNANO**, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi & Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BAGUENARD**, Jacques. La Constitution. In: MOREAU, Jacques (Direction). **Droit Public: théorie générale de l'état et Droit Constitutionnel, Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Economica, 1995. t. I.
- BARACHO**, José Alfredo de Oliveira. O Direito Constitucional Internacional. In: BRANT (coord.). **O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BASTOS**, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BURDEAU**, Georges et alii. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 24. ed. Paris: L.G.D.J, 1995.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. “**Constitucionalismos e Globalização**”. Palestra proferida no Teatro Guaíra, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre esta temática no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRASCO**, Ricardo Miguel Llopis. **Constitución Europea: un concepto prematuro**. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CARVALHO**, Orlando Magalhães. **Caracterização da Teoria Geral do Estado**. Belo Horizonte: Kriterion, 1951.
- _____. **O mecanismo do governo britânico**. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943.
- CHANTEBOUT**, Bernard. **Droit Constitutionnel et Science Politique**. 14. ed. Paris: Armand Colin, 1997.
- HABERMAS**, Jürgen. **Religious tolerance**. The pacemaker for cultural rights. Cambridge: Royal Institute of Philosophy Annual Lecture, p. 12.
- HESSE**, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HORTA**, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KELSEN**, Hans. La naissance de l'État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie. In: LEBEN, Charles. **Hans Kelsen: écrits français de Droit International**. Wien: Hans Kelsen Institut. Paris: (PUF) Presses Universitaires de France, 2001.
- _____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- PAGLIARINI**, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Prefácio de REZEK, J. F. Apresentação de TAVARES, André Ramos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- RODRIGUES**, Maurício Andreiulo. **Poder constituinte supranacional: esse novo personagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- TAVARES**, André Ramos. O Congresso Nacional como poder constituinte, p. 329/359. In: FERREIRA, Josué dos Santos (Org.). **Os meandros do congresso Nacional: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense. Brasília: Senado Federal – Câmara dos Deputados, 2001.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **A constituição europeia**. O projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Artigo recebido em 01/07/09

Aceito para publicação em 27/10/09

LA PROGRESIVA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS POR LAS REGIONES ITALIANAS Y SUS DIFERENCIAS RESPECTO AL SISTEMA DE ACREDITACIÓN PERUANO

A PROGRESSIVA ASSUNÇÃO DE COMPETENCIAS
PELAS REGIÕES ITALIANAS E SUAS DIFERENÇAS
EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE ACREDITAÇÃO PERUANO

.....
Michele Carducci*

* Catedrático de Derecho Constitucional Italiano y Comparado - Università del Salento - Italia.

Sumario

1. El Sistema Italiano entre Viejo y Nuevo art. 118 Cost. 2. Hacia una Comparación con el Perú

Sumário

1. O sistema italiano entre o velho e o novo. Art. 118 - Constituição. 2. Uma comparação com o Peru.

Resumem

O objetivo de este ensayo es presentar um estudio comparado entre Italia y Perú, en los procesos de regionalización, descentralización y funciones sectoriales. Tal comparación se refiere a los principales textos normativos italiano y peru, especialmente sobre los artículos 5, 114, 117, 118 y 119 de la Constitución Italiana, junto a alguns artículos de la Constitución Peruana y los artículos 4-15 e 35-36 de la Ley de Bases de la descentralización n. 27.783.

Palabras-clave: Paralelismo de las funciones; materias y sectores orgánicos; subsidiaridad; atribución; delegación; asignación

Resumo

O objetivo deste ensaio é apresentar um estudo comparado entre a Itália e o Peru, nos processos de regionalização e descentralização e referente às funções setoriais.

Tal comparação refere-se aos principais textos normativos italiano e peruano, especialmente sobre os artigos 5, 114, 117, 118 e 119 da Constituição italiana, juntamente com alguns artigos da Constituição peruana e os artigos 4-15 e 35-36 da Lei de Bases da Descentralização n. 27.783. Palavras-chave: processo de regionalização; descentralização; Constituição Italiano; Peru.

1. El Sistema Italiano entre Viejo y Nuevo art. 118 Cost.

La finalidad del presente ensayo es la comparación entre Italia y Perú en los procesos de regionalización y de transferencia de competencias y funciones sectoriales.

El *objeto* de la comparación se refiere a los principales textos normativos italianos y peruanos y, en particular, a los artículos 5, 114, 117, 118 y 119 de la Constitución Italiana, junto a los artículos de la Constitución Peruana y a los arts. de 4 a 15 y 35-36 de la Ley de Base de la Descentralización (n. 27.783).

Los artículos 114, 117, 118 y 119 de la Constitución Italiana han sido reformados por la ley constitucional 3/2001, que ha modificado profundamente la estructura del sistema italiano en una dimensión nueva de tipo federal, con la enumeración de competencias legislativas regionales y estatales.

El art. 114 declara explícitamente que “La República está constituida por los Municipios, Provincias, Ciudades Metropolitanas, Regiones y Estado”, y reconoce, por primera vez en la historia italiana, igual dignidad a todos los entes federados, estableciendo que “los Municipios, Provincias, Ciudades Metropolitanas y Regiones son entes autónomos con estatutos, poderes y funciones propias según los principios que la Constitución determina”. Por primera vez, la autonomía se relaciona directamente con los principios constitucionales y no sólo como límites de la ley estatal. Esta observación es muy importante para comprender que las autonomías territoriales italianas no tienen funciones *ejecutivas* de la ley estatal, sino participan de la concretización de la Constitución *en posición de paridad respecto a la ley del Estado*. En otras palabras, con la reforma constitucional de 2001, en Italia, se pasa de un sistema *jerárquico y vertical* de las autonomías a un sistema *paritario* y de tipo federativo.

Tanto en Italia como en Europa, la razón de dicha evolución es histórica. La Europa tras la guerra era la de la actuación de los derechos fundamentales, donde la centralidad de la ley estatal representaba una garantía de igualdad y legitimidad democrática de las políticas públicas. La Europa del 2000 es la de la Unión Europea, de la *Multilevel Governance*, fundada en el principio dinámico de la subsidiaridad, según el cual Unión Europea, Estado, regiones, autonomías participan en la misma medida en la realización de los objetivos de política europea. Por consiguiente, también a nivel estatal, se realizan esas transformaciones de tipo no sólo estructural, sino también y sobre todo funcional.

En esta situación, se puede comprender el proceso italiano de transferencia de funciones y competencias del Estado a las Regiones y a los otros entes territoriales.

Las Regiones constituyen una “invención” de la Asamblea Constituyente elegida el 2 de junio de 1946, pese al hecho de que histórico y políticamente se tratase, en cierta medida, de una elección obligada.

La idea regional era, verdaderamente, muy antigua: tras la unificación del Reino, se habían preparados unos proyectos para concretizarla, por Farini antes y Minghetti después, para que las Regiones fueran no sólo entes justamente autónomos sino circunscripciones de descentralización burocrática.

Antes de la reforma constitucional, el proceso de federalización fue anticipado por la Ley estatal n. 59/1997, llamada “ley Bassanini”, por el nombre del Ministro que la propuso.

A la “ley Bassanini” se atribuyó el peso gravísimo de dejar transitar el sistema hacia una disposición “federal”, “parafederal” o, aun, como se suele decir, “neoregional” del Estado.

Con la “ley Bassanini” de 1997, el regionalismo italiano ya no se inspira al modelo ejecutivo, sino al de la diferenciación.

Por esa razón, se ha discutido si es más justo hablar de la *autonomía*, como condición típica de independencia relativa respecto al ente soberano del que gozan algunos entes, o de las *autonomías*, cada una de las que exigen exactamente forma, contenido, caracteres sumariamente diferentes.

En particular, se suele distinguir entre una *autonomía normativa*, entendida como potestad de autoregulación idónea a expresarse por medio de normas reconocidas como constitutivas del sistema jurídico general, y una *autonomía política*, como capacidad de los entes que la llevan de darse una dirección política (parcialmente) diferente de la del ente soberano.

Pero el verdadero desarrollo hacia la diferenciación se realiza con el nuevo art. 118 de la Constitución.

En su nueva formulación, las funciones administrativas se atribuyen a los Municipios excepto que, al fin de asegurar el ejercicio unitario, se confieran a Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y Estado, fundamentándose en los principios de subsidiaridad, diferenciación y conformidad (art. 118, I apartado). Además, los Municipios, Provincias y Ciudades metropolitanas son titulares de funciones administrativas propias y de las que la ley estatal o regional les confieren, según las competencias respectivas (art. 118, II a.).

Que fuese intencional o no, el legislador constitucional evitó utilizar términos que pudieran dejar pensar en la conservación de una cierta continuidad con la formulación precedente del art. 118 Const.: ésta preveía la atribución a las Regiones de un patrimonio de funciones administrativas (así llamadas funciones

propias, o sea institucionales) en materias que se establecían de manera indirecta, a través de la remisión a la lista del art. 117 (II a. “*Principios del paralelismo o de la correspondencia*” de las funciones regionales), con la única excepción de las de “interés exclusivamente local”, que leyes de la República atribuían a Provincias, Municipios y “otros entes locales”.

Se completaba el sistema de delegación: del Estado a las Regiones (para atribuir a éstas ulteriores funciones respecto a las propias, en materias diferentes con respecto a las del art. 117), y de las Regiones a los entes locales.

La relación con el pasado, en cambio, se realiza con referencia a la Ley n. 59 de 1997, cuya terminología ha sido constantemente mutuada: en efecto, a esa fuente se debe la celebración, junto a otras, de los principios de subsidiaridad, diferenciación y conformación en la distribución de las funciones del Estado hacia las regiones y de ambos hacia las autonomías locales, como también la utilización de un término único, “asignación”, al fin de indicar cada forma de “devolución” de las mismas, incluso de las atribuciones *iure proprio* y de las transferencias por delegación.

Parece necesario, entonces, describir en suma las etapas de la evolución legislativas y jurisprudencial que condujo a la sobreposición del “antiguo” art. 118 Const. a un mapa de relaciones entre Estado, Regiones y entes locales y que presenta más puntos de destaques que de contacto si se considera la idea en que la Asamblea constituyente pensó.

Mientras en el pasado las funciones administrativas investían las Regiones, excepto las de interés exclusivamente local, hoy son específicamente los Municipios los titulares de las funciones administrativas *propias*, además de las que se pueden conferir a los mismos y a los otros entes infraregionales con ley estatal o regional (art. 118, II a.).

Las Regiones son las “monopolistas” de la función legislativa, pero casi para compensar se “despojan” de sus funciones administrativas, de las que volverán a vestirse sólo en el caso en que sea necesario distribuir “hacia arriba” las funciones que los Municipios no pueden ejercer y siempre que la aplicación de los principios de subsidiaridad, diferenciación y compensación no sugiera entregarlas al Estado o sea a las Provincias o a las Ciudades Metropolitanas.

El art. 118, en el pasado texto constitucional, fundaba la disciplina de las funciones administrativas regionales en lo que la doctrina llamaba *principio del paralelismo* con los ámbitos de competencia legislativa: en efecto a las Regiones tocaban las funciones administrativas por lo que se refiere a las materias enumeradas en el art. 117, “excepto los de interés exclusivamente local, que las leyes de la República atribuyen a las Provincias, Municipios o a los otros entes locales” (así, el I a.).

Como se puede ver, la mención de las autonomías locales no era completamente ausente; de todas formas, se les destinaba funciones eventuales y de relevancia limitada, a cuya atribución las leyes de la República no eran obligadas, por cuanto fuese *irrazonable* que no les utilizaran, una vez que se verificase la dimensión local de los intereses que merecerían satisfacción. En cambio, tenemos que decir que el entero sistema de repartición de las funciones parecía desequilibrado a daño de las autonomías territoriales menores en las garantías procesuales. Mientras, en efecto, las Regiones disponían (y disponen) de instrumentos de tutela con relación a las leyes y otros actos estatales que pudieran privarlas de funciones que la Constitución les atribuía, en contra los Municipios y los entes infraregionales en general no podían ni todavía pueden recurrir delante de la Corte Constitucional cuando sean privados de sus propias funciones sin razón.

Una parte de la doctrina subrayaba cómo, si se contraía y paraba la potestad administrativa de las regiones delante de las funciones reconocidas como propias de los entes territoriales menores, resultaba (*paralelamente*, justamente) contracta también la potestad legislativa. Y eso, esencialmente, por dos razones: en primer lugar, por el hecho de que las materias de competencia regional hayan sido “definidas nuevamente”, en sus contenidos y límites, por las normas de transferencia de las funciones administrativa del Estado a las Regiones.

Las etiquetas con las que la Constitución les designaba en efecto son tan inciertas y vagas que necesitaban una importante integración y exactamente por la disciplina legislativa vigente. De esa manera, como también la doctrina evidenció claramente, *el paralelismo de las funciones ha sido derribado sobre sí mismo*: la determinación previa de los ámbitos de potestad legislativa no permitió determinar la de los ámbitos de potestad administrativa, como en cambio la Constitución debería, sino que se obtuvo exactamente el contrario.

Entonces la situación era la siguiente.

– Las Regiones eran titulares de funciones administrativas propias, en cuanto la Constitución se les había concedido, siendo necesarios simples actos de transferencia (los Decretos delegados de 1972, el n. 616 de 1977 y, en fin, los que se tomaron en consideración con base en la “ley Bassanini” y, entre éstos, part., el *Decreto Legislativo* n. 112 de 1998) que permitían el ejercicio de las mismas.

– Los ámbitos coincidían con el complejo de materias enumeradas en el art. 117 Cost., pero sólo – según la letra del I a. del art. 118 – *tendencialmente*, en cuanto era posible “el trozo” de las funciones de interés exclusivamente local.

– A las funciones *propias*, así definidas, se podían añadir otras funciones *delegadas* por el Estado, en materias diferentes de las del art. 117: el ejercicio

normal de esa multitud de funciones se presentaba como una delegación en favor de los entes menores, también conferida a través de una ley.

De todas formas, el constituyente de 1948 por ningún motivo pensó en las autonomías locales como *titulares* de un amplio patrimonio de funciones administrativas: puede ser que lo hizo sólo por aquellas de *interés exclusivamente local*, que la ley estatal les atribuía directo y discrecionalmente. Los entes locales entonces se veían como normales “administradores” de las funciones regionales, las Regiones como entes de *gobierno, programación y dirección*.

No faltaban del todo *inputs* a la “distribución” hacia abajo, que evitaría la construcción de buracracias regionales enormes delineado la fisionomía de la Región como ente de programación, en prospectiva de los que, hoy, llamaremos principios de “*leal cooperación y subsidiaridad*”.

Se ha discutido mucho sobre las características de las “categorías” de delegas previstas en el originario art. 118 Cost.; pero no es el caso de tomar nuevamente en cuenta esa antigua *querelle* que, de todas formas, pronto se ha apagado, por un lado porque en la praxis, como también en la jurisprudencia constitucional, las funciones propias y las delegadas por el Estado y las Regiones al final se han considerado como si fuesen iguales, por el otro porque pocas Regiones las han delegado a los entes locales, en más de treinta años. Será por esta vocación en la centralización que la Ley n. 59 de 1997 ha querido volver a nombrar la colocación de las funciones a través de la utilización de un término único, “asignación”, desprovisto de una específica acepción “técnica”, y ha detalladamente evitado proponer nuevamente la terminología del originario III a. del art. 118 Const., individuando otra solución para “obligar” las Regiones a transferir a los entes “menores” funciones y encargos.

De esa manera, la Ley n. 59 de 1997, el *Decreto del Presidente della Repubblica* n. 112 de 1998 y el nuevo texto único sobre las autonomías locales, pese al hecho de que fuesen escritos bajo la vigilancia de la precedente redacción del Título V, en muchos puntos parecen más parecidos al nuevo art. 118 Const. que al precedente.

La manera con la que se ha realizado la puntualización de las relaciones entre Estado y Regiones inicialmente influenció también la transferencia de las funciones a las Regiones, como consecuencia de su institución. Así, el principio o criterio de la correspondencia estrecha entre materias y ministerios, caracterizado por fuertes cambios interiores a las materias mismas, se ha realizado con los primeros Decretos delegados de transferencias del Gobierno Estatal, utilizados desde enero de '72, como ejecución de la delegación contenida en la ley de

presupuestos de '70, no obstante esta última obligase al gobierno a dar lugar a la transferencia misma para “sectores orgánicos de materias”.

Además, el Estado se reservaba una (no bien calificada) “función de dirección y de coordinación” de las actividades regionales que tenían carácter unitario, con relación específica a la programación económica y al cumplimiento de los deberes internacionales.

El criterio restrictivo propio de la normativa delegada, entonces, ha producido efectos negativos no sólo contra la actividad administrativa, directamente controlada por la normativa misma, sino también en comparación a con la actividad legislativa.

Por su lado, la Corte constitucional, prontamente interpelada por las Regiones que lamentaban una fuerte compresión de la autonomía que se les reconocía constitucionalmente, ha mostrado, con algunas oscilaciones y contradicciones, compartir la línea política trazada en los Decretos delegados, volviendo a proponer ese *criterio objetivo* de reconocimiento de las materias.

Por lo tanto, las materias han sido entendidas “por lo que objetivamente son”, también a la luz de la legislación estatal previgente (criterio histórico de dudosa validez, especialmente con referencia a las disciplinas positivas preconstitucionales, que habían madurado en un contexto muy diferente de lo que había visto nacer la Carta republicana), mientras no se ha sustancialmente aplicado la llamada *teoría de los poderes implícitos*, de amplia utilización en los ordenamientos federales, con base en la cual habría podido reconocerse la legitimidad de las intervenciones regionales en relación también a los ámbitos materiales contiguos a los claramente enumerados.

Dicha tendencia restrictiva ha caracterizado totalmente la primera fase de la experiencia regional (hasta la mitad de los años '70), y siendo todavía presente, ha alternado pronunciamientos mayormente atentas a las exigencias de la autonomía y otras (aun más numerosas) pronunciamientos que se preocupaban de proteger la uniformidad de la disciplina de las materias regionales y, en última instancia, los intereses nacionales que se invocaban para justificarla.

El pasaje sucesivo más importante es el Decreto n. 616 de 1977.

El Decreto ha “incluido” las materias enumeradas en el art. 117 Const. en cuatro “sectores orgánicos”, al fin de realizar una transferencia de funciones más progresiva y completa.

Por cada “sector” vamos a dar ahora una descripción extremadamente sintética:

- a) *Ordenamiento y organización administrativa*
- b) *Servicios sociales*

- c) *Desarrollo económico*
- d) *Disposición y utilización del territorio*

Por cada uno de los “sectores orgánicos”, se han individuado las funciones que pertenecen al Estado, mientras que por las transferidas se ha reservado al mismo Estado la función estatal de dirección y coordinación de las actividades regionales que se ocupan de exigencias de carácter unitario.

Se quedaban sotraídos a las Regiones las funciones que pertenecían a la defensa nacional y a la seguridad pública, así como las relativas a las relaciones internacionales y con la Comunidad/Unión Europea, según una perspectiva sucesivamente superada. Con esas bases, el Decreto distinguía entre funciones transferidas y funciones delegadas a las Regiones e individuaba, por las materias individuales, las funciones transferidas a los entes infraregionales, en cuanto de “interés exclusivamente local” o sea estrechamente complementares respecto a esas últimas.

Desde el punto de vista sustancial, es decir del contenido, la situación es diferente: a ese propósito, es necesario recordar la jurisprudencia Corte constitucional italiana. Según la Corte, como establece el “viejo” título V, reglas legislativas que redisciplinasen las relaciones centro-periferia con la intención de restituir al Estado funciones ya delegadas o atribuidas a los entes territoriales, no podrían ser consideradas por ese motivo irrazonables, también porque su proporcionalidad se debía evaluar cada vez. Eso no significaba que cada disciplina que operaba en el sentido de una progresiva amplitud de la obra de colocación “hacia abajo” de las funciones habría sido sólo conforme a la Constitución: en efecto, tanto con referencia a la Ley n. 142 de 1990 (primera ley republicana sobre autonomías locales) como a la n. 59 de 1997 se han avanzado dudas de constitucionalidad por parte de la doctrina y, lo que más vale, se han promovido cuestiones delante de la Corte constitucional, en cuanto la importancia inovadora de dichas reformas rendía difícil la reconducción a la situación constitucional entonces vigente. De todas maneras, la Corte generalmente ha rechazado las cuestiones, quizá para evitar de intervenir en la obra de renovación comenzada con fatiga y conducida por órganos de dirección política.

El nuevo art. 118 Const., como se ha dicho, define una situación totalmente nueva de las funciones administrativas locales.

En realidad, la disciplina constitucional actual no es muy clara: el I a. de la disposición quiere que las funciones administrativas sean preferiblemente atribuidas a los Municipios, excepto que, al fin de asegurar un ejercicio unitario, sean conferidas a las Ciudades metropolitanas, Provincias, Regiones y al

Estado, fundamentándose en los principios de subsidiaridad, diferenciación y conformación.

No se precisa sobre qué materias pertenecen las funciones, ni con cuales actos se deban cumplir la asignación: de todas formas, como el art. 117, II a. letra *p*), atribuye a la potestad legislativa exclusiva del Estado la determinación de las funciones fundamentales de los entes locales, se puede deducir que para las que -quedan (“no fundamentales”), la competencia sea del mismo Estado para las materias del art. 117, II a., y, por consiguiente, de las leyes regionales, *ex* art. 117, as. III y IV, en el ejercicio respectivamente de potestad concurrente y de potestad residual. Pero esta primera “traza” se revela poco congruente: el mecanismo del pasaje doble, una primera vez del Estado a la Región y, por consiguiente, desde ésta última a los Municipios y otros entes menores, puede dar lugar a retrasos e inconvenientes, también graves (la tentación para la Región de causar “reducciones” importantes, en nombre de razones no muy precisas de “interés regional” es, verdaderamente, muy fuerte).

Por otro lado, la idea que el estado *omisso medio* “confiera” todas las funciones que se pueden conferir, aunque “no fundamentales”, puede, al final, revelarse una traición del espíritu de la reforma, desequilibrando en modo quizá irreparable la relación entre Estado y Región, ley estatal y ley regional.

Además, aunque desde el I a. podría parecer que sólo los Municipios fuesen titulares de funciones *propias*, y que los otros entes fuesen investidos de funciones sólo gracias a la “asignación”, el II a. precisa que también las Provincias y las Ciudades metropolitanas, *pero no – se haga caso – las Regiones*, son titulares de ese tipo de funciones, además de las *conferidas*: término que – como se ve – parecería aquí utilizado en un sentido limitado con respecto al propio de la “ley Bassanini”, no haciendo referencia a las funciones *propias* (que de todas formas necesitan de “asignación”...) y, por lo tanto, refiriéndose, casi totalmente, a las “delegadas”.

En la misma manera, es extraña la circunstancia para que los entes se definen “titulares”, por eso la misma distinción entre funciones ejercidas *iure proprio* y funciones ejercidas a título diferente ya es superada.

El II a., entonces, por un lado parecería sostener la tesis según la cual las Regiones no disponen de funciones *propias* y, por otro, limita el espacio de las “asignaciones” en general, excluyendo exactamente dichas funciones.

Como es evidente, esta lectura, además, podría tener un reflejo inmediato a nivel procesal: si ya las Regiones no resultan dotadas de funciones propias, podrán encontrar dificultades serias delante de la Corte constitucional (a la cual se pueden dirigir para tutelar las *propias* competencias que se les reconocen). Es verdad que la misma Corte les ha permitido actuar, en ocasión del conflicto de atribuciones, también para tutelar las funciones no propias sino delegadas por el Estado; y es

además verdad que, en cada situación, hoy se debería proteger el “ejercicio unitario” de las funciones en el caso en que el Estado lo obstaculice o mutile. Y, además, justamente el ámbito de las funciones propias resultaría disminuido y sustraído al conocimiento de la Corte, por imposibilidad material y jurídica.

Pero existe una manera para salir de ese *empasse*; y es considerar que el I y II a. del art.118, en realidad, utilizan el término “asignadas” con sentidos diferentes: en el más amplio posible (exactamente el de la “ley Bassanini”, que aquí mostraría su influencia cultural) el I a., incluso también de las atribuciones *iure proprio* de las funciones; en sentido estrecho (que elimina las funciones *proprias* y las relativas “asignaciones”... de su propio radio de acción) el a. II.

Por otro lado, para sostener dicha hipótesis interpretativa se puede adoptar la circunstancia en que – si se considera la hipótesis opuesta – el mismo...Estado (con las Regiones) resultaría carente de tutela, y – como dispone el II a. – no tendría funciones propias (lo que no puede ser, por lo menos con referencia a unos sectores-clave de la dirección político administrativa, como la defensa, el orden público, las relaciones internacionales, etc.).

En realidad, el Estado, como la Región y otros entes, dispone de funciones *proprias*, así como deja entender la fórmula de orden general y de resumen puesta al cabo del art. 118, aunque la administración debería encomendarse a los Municipios. A ese propósito la indicación contenida en el I a. del art. 118 es absolutamente inequívoca y denota una línea de tendencia y desarrollo del entero ordenamiento, hacia la dirección trazada, en el principio constitucional fundamental del art. 5, sobre la descentralización del Estado.

En esa situación, la mención de las funciones propias con referencia *sólo* a entes infraregionales, véase II a. del art. 118, que en primer momento podría aparecer incoherente respecto a la afirmación de principio contenida en el a. precedente, encuentra en realidad su justificación en la necesidad, que se aclare la regla según la cual *todas* las funciones destinadas a los entes mismos les atribuyen por leyes del Estado o de la Región, “*según las competencias que les pertenece*”. De todas formas, si no fuese por el hecho de deber indicar las fuentes de las “asignaciones” (en sentido lato), probablemente el II a. podría considerarse redundante respecto al I o, mejor, absorbido por éste. Más bien, se debe preguntar cuales “otras” funciones se puedan “conferir” a los Municipios en añadidura a sus *proprias* funciones, ya que éstas últimas según el principio del I a. deberían abrazar *cada* sector por mano municipal. Si se considera, al comienzo, la idea que la “asignación” incluya todas las formas de devolución de funciones, es evidente que el término mismo se encarga, por necesidad lógica, de significados diferentes según los entes destinatarios; para los Municipios, éso coincide (casi totalmente) con el reconocimiento de las funciones propias; por los demás (excluido el Estado, que por su naturaleza no puede llevar funciones delegadas)

en cambio el patrimonio funcional es el resultado de “asignaciones” efectuadas tan de *iure proprio* como por atribución, con elementos que se modifican según el tipo de intereses e indican el principio – hasta lo posible – que quiere proteger las expectativas de los Municipios.

La movilidad de la distribución de las funciones es, además, representada por el hecho de que el mismo Estado (y no necesariamente, *motu proprio*, la Región) pueda remitir algunas funciones no sólo en cabo a los Municipios (u otros entes) sino a las Regiones, si la dimensión de los intereses lo pida y, entonces, el ejercicio “unitario” a nivel regional aparezca adecuado a sus necesidades, por cuanto el instrumento más oportuno parece ser exactamente la ley regional y no la estatal, en continuación con una indicación - que como se ha visto - era ya presente en la Ley n. 142 y en la “Bassanini”. En otros términos, fuera de las disposiciones que se ocupan de las funciones fundamentales y de las demás que de todas formas forman parte del ámbito de competencia exclusiva del Estado, cada ulterior determinación sobre los intereses y/o el título de “asignación” deberían considerarse de competencia de la Región y de sus leyes.

La Corte constitucional interpretó con particular atención la flexibilidad de ese mecanismo en la sentencia n. 303 de 2003, confirmada por la sent. n.6 de 2004. Según dichas decisiones, el a. I del art. 118 se refiere a las funciones administrativas pero, como preve la posibilidad de encomendar nuevamente las mismas al Estado, introduce un mecanismo dinámico que rende *menos rígida la distribución misma de las competencias legislativas*.

En otros términos, la exigencia de ejercicio unitario que permite colocar hacia arriba las funciones administrativas y legislativas puede aspirar a superar el examen de legitimidad constitucional sólo en presencia de un *iter* en que tomen relieve los *acuerdos* como la actividad concertativa y de coordinación horizontal, para respetar el principio de cooperación leal. Se afirma, por lo tanto, la posibilidad de un sindicado de constitucionalidad “complejo”, que quiere verificar, por un lado, si el *iter* concertativo se haya verdaderamente desarrollado (y si el resultado logrado con el acuerdo haya sido respetado) y, por otro lado, si la finalidad que el legislador estatal persigue se identifique con la que se indica en el parámetro, como reinterpreta la Corte.

En este sentido, se puede decir que las leyes estatales que no se incluyen en la enumeración del art. 117, a. II, Const., en nombre del principio de subsidiaridad tengan que justificar dicha preferencia a través de una forma de “motivación” especial, en la que se mostre la proporcionalidad y razonabilidad de la intervención, además de demostrar la presumida conformidad a los contenidos del acuerdo: una novedad no tan inédita, ya que también en el pasado se había sostenido que las eventuales leyes con las que las Regiones anulaban las funciones que habían ya delegados a las Provincias, Municipios y otros entes locales – art. 118, III a.,

Const. – debía contener una “motivación”, que aclarase sobre la reflexión relativa a un acto debido cual es la delegación, como forma de ejercicio “normal” de las funciones administrativas regionales.

2. Hacia una Comparación con el Perú

El contexto evolutivo italiano se puede sintetizar de la manera siguiente.

Antes de la reforma constitucional de 2001, el sistema de las transferencias se caracterizaba por dos principios: el del paralelismo entre materias legislativas regionales y funciones administrativas, y el entre sectores orgánicos regionales y sectores ministeriales del Estado. Estos dos principios se podían abrogar *ex lege* por el Estado, a través de otras delegaciones de tipo administrativos a las Regiones o atribuciones directas a los Municipios. Los problemas que dicho sistema creaba eran dos: inestabilidad del sistema por cambios legislativos continuos; centralismo regional burocrático-ejecutivo de las leyes estatales.

La reforma constitucional de 2001 elimina este modelo ejecutivo, afirmando los principios de la subsidiaridad, proporcionalidad y diferenciación en la atribución de las funciones administrativas a los poderes locales. Estos principios son coherentes con el proceso de integración europea, pero producen un riesgo nuevo: el de la incertidumbre de la ley estatal respecto a las funciones políticas de los entes autónomos. El arreglo de las competencias no es estático, sino dinámico y variable en el tiempo, según la filosofía de la *Multilevel Governance*.

El anillo mancante de dicha filosofía, en Italia, es su justiciabilidad (ser justiciable) como definición de niveles de garantía constitucional.

En efecto, la reforma de 2001 no previó la materia de las atribuciones y de las transferencias administrativas a los entes territoriales menores como objeto de conflictos constitucionales.

En esa prospectiva, se puede proponer una comparación entre la intención constitucional de Perú.

Desde el punto de vista italiano, la prospectiva peruana presenta un aspecto positivo y un perfil problemático. El aspecto positivo es el siguiente. El proceso de transferencia se define “dinámico” en la igualdad entre gobiernos regionales y locales, según el principio de subsidiaridad y según el método de la gradualidad (art. 4 de la Ley de Bases), con el objetivo de evitar la “dobleza” de atribución y competencias y la consiguiente falta de definición de las responsabilidades (art. 6 de la Ley de Bases). En esta situación, el art. 9 Ley de Bases califica las dimensiones de la autonomía, mientras los artículos 5 y 14 definen los criterios de asignación “justamente definida” de las competencias. Esta es la técnica de la “acreditación”:

acción de determinación de la procedencia o improcedencia de la transferencia a un gobierno regional o local de funciones sectoriales que previamente soliciten, en virtud de encontrarse incluidas en un Plan Anual, recursos presupuestales y bienes muebles e inmuebles vinculados a estas (art. 2 Reglamento de la Ley n. 28273).

La diferencia con el art. 118 de la Constitución italiana es evidente. El modelo italiano no es el del método “dinámico” y “gradual”, sino el de la “movilidad” hacia arriba o hacia abajo, según los criterios de la subsidiaridad, proporcionalidad y diferenciación. Por consiguiente, la nueva descentralización italiana es intencionalmente “asimétrica”, por causa de su directa referencia a la Constitución, pero con el riesgo de no garantizar en manera estable las competencias “justamente definidas”.

De todas formas, el perfil problemático de la idea peruana es, en mi opinión, el de sacrificar el principio de subsidiaridad (art. 4 Ley de Bases) en todas sus implicaciones de pluralismo, en nombre de la doble garantía para evitar “dobleza” e identificar competencias “justamente definidas”.

Por ejemplo, ¿cómo se conjuga la enumeración de competencias y funciones, según el art. 15 de la Ley de Bases, con el sistema normativo de la Constitución? ¿qué función llevan las leyes del Estado respecto a las autonomías de los entes? (véase los artículos 8, 10, 11 y 13 de la Ley de Bases).

Estas preguntas han sido objeto del debate italiano, porque Italia, como se ha visto, ha conocido el problema del regionalismo de “pura ejecución” de leyes estatales.

La reforma constitucional italiana de 2001 quiso superar esa experiencia, sacrificando la certeza de las competencias “justamente definidas”.

Se trata de comprender si el “gradualismo” peruano representará la premisa a un regionalismo “ejecutivo” del Estado (como fue la experiencia italiana hasta la reforma) o en cambio el método de un regionalismo “subsidiario”, mejor articulado del que se presentó en Italia en 2001.

Artigo recebido em 06/09/09

Aceito para publicação em 29/10/09

DO NEGÓCIO JURÍDICO: A RELEVANTE QUESTÃO DA EFICÁCIA

BUSINESS LEGAL: A SIGNIFICANT ISSUE OF EFFECTIVENESS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*
Melce Miranda Rodrigues**

* Doutora em Direito pela PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR/SP.

** Discente Mestranda em Direito no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR/SP.

Sumário

Introdução. 1. Perspectiva conceitual e relevância da manifestação de vontade. 2. Plano de existência do negócio jurídico. 3. Plano de validade do negócio jurídico. 4. Plano da eficácia do negócio jurídico. 5. Ineficácia do negócio jurídico. Conclusão. Referências.

Summary

Introduction. 1. Conceptual perspective and relevance of the will. 2. Plan existence of the legal business. 3. Plan validity of legal transaction. 4. Plan of the effectiveness of the legal business. 5. Ineffectiveness of the legal business. Conclusion. References.

Resumo

Referência no âmbito do direito, os negócios jurídicos avultam em significado e relevância, contemplando gama expressiva de relações jurídicas negociais individuais e transindividuais, estas, sem dúvida, as de maior expressão. As ações humanas movem o direito, especialmente, por meio dos atos e negócios jurídicos. Os negócios jurídicos abrangem as ações humanas decorrentes da vontade do agente objetivando um efeito jurídico. O processo negocial conduz à formação do negócio podendo resultar em perfeito ou imperfeito, de conformidade, ou não, com a disciplina do negócio jurídico. O objeto de investigação, nessa perspectiva, resulta, a um, da análise crítica dos limites impostos pelos planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico. A dois, e em prosseguimento, aborda-se a teoria da ineficácia em decorrência das especificidades guardadas, considerando as diferenças de aporte e complexidade de cada nível. Palavras-chave: negócio jurídico; eficácia; ineficácia.

Abstract

Reference under the law, business law loom large in significance and relevance, covering wide array of legal relations and negotiating individual transindividual, these, without doubt, the most expression. Human actions move the law, especially through the acts and legal transactions. Legal transactions include human actions arising from the will of an agent targeting the legal effect of the negotiation process leads to the formation of the business may result in perfect or imperfect, in accordance or not with the discipline of legal business. The object of research, this perspective, it is the one of the critical analysis of the limits imposed by the planes of existence, validity and effectiveness of the legal business. The two, and further, discusses the theory of inefficiency due to the specific saved, considering the differences of contribution and complexity of each level.

Keywords: Business law; Effectiveness; Inefficiency.

1. Perspectiva conceitual e relevância da manifestação de vontade

O negócio jurídico presentifica uma das mais dinâmicas fontes do direito na pós-modernidade, exigindo para sua formação, em primeiro plano, a recepção dos princípios norteadores, com destaque para o princípio da boa-fé, da função social e a da autonomia privada, bem como dos demais princípios que compõem a ordem principiológica aplicável aos negócios. Na sequência, o acolhimento mandamental dos elementos essenciais, despidos de vícios, assegura a existência válida do negócio, apto e dirigido à produção de efeitos jurídicos como visados pelas partes. Há uma composição de interesses consistentes na declaração de vontade, característica específica primária.

A vontade individual e a transindividual, no âmbito negocial, visam resultados produtores de efeitos jurídicos qualificados em nome da dimensão da autonomia privada, assegurada aos sujeitos da relação negocial. A noção de ato jurídico abrange as ações humanas, independentemente de serem ou não desejadas como outras declarações de vontade, tendo por finalidade gerar efeitos jurídicos nos limites da previsão do ato jurídico.

A doutrina tradicional denominava ato jurídico como a declaração de vontade dirigida à obtenção de um resultado. Somente a partir do Código Civil de 2002 foi anotada, em boa dicção técnica, a diferença em relação ao negócio jurídico.

Desta forma, a apreensão conceitual do negócio jurídico retoma, com exclusividade, o poder da autonomia privada, limitada em seu atual perfil para focar a declaração de vontade determinada à produção de efeito jurídico específico, enquanto no ato jurídico a manifestação de vontade refere-se tão somente ao efeito gerado de conformidade com a previsão normativa, independentemente de ser desejado pelo sujeito.

Sendo a declaração de vontade ato em virtude das circunstâncias em que se produz – socialmente dirigida à produção de efeitos jurídicos – o direito negocial assegura os efeitos como queridos na forma da vontade manifestada.

A exteriorização da *vontade consciente* constitui o elemento nuclear do suporte fático do negócio jurídico. Na verdade, a vontade somente pode ter alguma importância para o mundo jurídico se prevista como suporte fático de alguma norma jurídica. Neste caso, sendo manifestada, por força da incidência, a norma jurídica a transformará em fato jurídico, podendo a partir daí produzir as consequências que lhe são atribuídas.¹

A declaração de vontade para produzir efeitos jurídicos, fica, por óbvio, restrita à disciplina normativa correspondente, sem o que não se viabiliza como vontade apta à formação do negócio jurídico. É certo dizer que não é possível que a vontade por si só realize qualquer negócio, sendo necessária a incidência da norma. O direito impõe pressupostos fazendo da vontade juridicamente prevista a única possível de produção de efeito, igualmente jurídico. “Parece evidente, assim, que a função da vontade negocial no mundo jurídico é a de pressuposto de atuação da norma jurídica que a tenha por suporte fático”².

Para Pontes de Miranda “[...] somente dentro dos limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada ‘autonomia da vontade’, o auto regramento, não é mais do que o que ficou ‘às pessoas’”³.

O Código Civil, em dispositivo inédito, trata da **reserva mental** prescrevendo, no artigo 111, a hipótese de anuência tácita ante o silêncio de uma das partes.

A reserva mental é definida como o desejo de não cumprir aquilo que se declara com a manifestação de vontade, ou ainda fazer o oposto do que foi declarado. Ocorre quando quem declara tem um desejo íntimo, porém, declara em desacordo com esse desejo, com intuito de levar ao erro a parte a que o negócio se destina, ou seja, declara-se o que não se quer, com propósito de enganar. Entretanto, se a outra parte conhecia da reserva, o negócio subsiste.

1 A **vontade** não constitui, só por si, o negócio jurídico, mas precisa de que a norma jurídica a transforme, juntamente com os demais elementos por ela previstos como necessários, em fato jurídico. Dizer-se que a declaração de **vontade** constitui o negócio jurídico ou que ela própria é o negócio, revela uma visão distorcida da realidade, uma vez que elimina um dado essencial caracterizador do fenômeno jurídico, qual seja a incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático. Sem a incidência da norma, a vontade não entrará no mundo jurídico e, portanto, não há como se falar em negócio jurídico. Somente há juridicidade onde há norma jurídica que a atribua a algum fato, inclusive volitivo. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 5. ed., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 134.

2 Idem, *ibidem*, p. 135.

3 Idem, *ibidem*, p. 136.

O artigo 110 do Código Civil enuncia que a manifestação de vontade subsiste ainda que o autor haja feito reserva mental de não querer o que manifestou. Isso não ocorre, contudo, quando o destinatário tinha o conhecimento. Em outras palavras: se a outra parte não tinha conhecimento de reserva mental, o ato subsiste. Assim, se ela é comunicada à outra parte, é válida, mas se é ignorada pela pessoa o qual o ato se dirige, não vicia o negócio jurídico⁴.

Em resultado, o negócio só poderá ser anulado se a outra parte não conhecia a reserva mental. O subjetivismo do instituto traz dificuldade probatória, pois, é difícil efetuar a prova concreta reveladora do prévio conhecimento da outra parte.

Através da manifestação da vontade tem início o processo negocial, organizado de forma sistêmica em três grandes eixos, definidos pelos planos da existência, validade e eficácia.

2. Plano de existência do negócio jurídico

Havendo a declaração de vontade, o negócio jurídico sofre incidência de norma jurídica. O fato inserido no mundo jurídico ingressa no primeiro plano, o da existência.

Nesse nível importa a existência expressa pela faticidade real, sendo ainda irrelevante a consideração acerca da validade e da eficácia.

O plano da existência apresenta a materialidade do negócio jurídico revestida dos elementos básicos ou mínimos, para alguns doutrinadores, e indicados pela presença do agente, vontade, objeto e forma, sem qualquer qualificação que somente será exigida para caracterização do plano da validade, como será abordado no item próprio. Na ausência de qualquer destes elementos, o negócio será inexistente, não interessando ao direito. A esse respeito diz Marcos Bernardes de Mello:

O casamento perante quem não tenha autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não configura fato jurídico e, simplesmente, não existe. Não há de se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído juridicamente, como costumam fazer os franceses, porque a inexistência é o não ser que, portanto, não pode ser qualificado.⁵

4 VIANA. Marco Aurélio da Silva. **Curso de direito civil**. Vol. 1: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 285.

5 MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 1993, p. 75.

O ato jurídico inexistente não produz qualquer efeito, não havendo necessidade de reconhecimento judicial da invalidade. A falta de qualquer elemento à sua configuração não produz efeitos e a sua existência pode ser invocada, a todo tempo.

Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta recai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele então, existência jurídica.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo:

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – *o plano da validade*, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia.⁶

Francisco Amaral trata dos elementos que integram o plano da existência como manifestação de vontade, o objeto e forma, concluindo que, sem qualquer um deles, o negócio inexistente. Alude à controvérsia, quando comenta que a inexistência é “concepção inútil”, pois as regras de nulidade já viciam a existência se nela não houver eficácia.

Importante mencionar as impressões de Marcos Bernardes Mello, que classifica em nucleares e integrativos os elementos que compõem o suporte fático, sem os quais não há negócio jurídico e coloca também os elementos complementares, que remetem à perfeição dos elementos nucleares e tem efeitos somente nos planos da validade e eficácia e não no plano da existência.

Leciona o Professor Azevedo sobre a questão da divergência quanto aos elementos:

Entretanto, basta ter-se em mente que a categoria do negócio jurídico era estranha aos romanos, os quais, como diz Biondi Biondi (*Instituzioni di diritto romano*, 1965) somente conheceram atos típicos, tendo cada um sua própria estrutura e regime jurídico, para se concluir que as fontes romanas ou os intérpretes mais antigos, quando falavam em elementos essenciais, naturais ou acidentais, não podiam estar referindo-se a elementos do negócio jurídico

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

(visto que não conheciam essa categoria), referiam-se, na verdade, a elementos de *determinadas categorias* de negócio. Segue-se daí que não é possível, pura e simplesmente, transplantar esse esquema da classificação para o estudo do negócio jurídico.⁷

Apesar de certa divergência acerca dos planos e dos respectivos elementos integrantes do negócio jurídico prevalece a forma clássica, como preconizada por Pontes de Miranda.

Em síntese, no plano da existência é necessário haver a presença dos elementos substantivos indispensáveis ao negócio, importando a realidade fática. Os elementos atinentes à validade e eficácia são respectivamente alocadas nos planos seguintes.

3. Plano de validade do negócio jurídico

O negócio jurídico será válido quando observar os requisitos essenciais à sua formação, atendendo à qualificação normativa dos elementos substantivos e estabelecendo, em acréscimo, a adjetivação, que resulta, então, nos requisitos da capacidade, idoneidade e legalidade consoante dicção do art. 104 do CC, integrados por: agente capaz; livre manifestação de vontade; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. A manifestação da vontade deve ser exteriorizada livre de vícios para que o negócio, além de existir, seja válido.

Segundo Marcos Bernardes de Mello:

Diz-se *válido* o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. *Validade*, o que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico.⁸

O ideal seria a elaboração de uma teoria geral, que harmonizasse, que seria aplicável a todas as situações possíveis.⁹

7 Idem, ibidem, p. 27.

8 MELLO, Marcos Bernardes de. **Plano de validade**. 8 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008a, p. 03.

9 Com efeito, uma teoria geral busca, a partir da realidade, enunciar princípios gerais que, harmonicamente estruturados, sintetizem a **essência** da instituição a que se refere, aplicando-se a todas as situações possíveis. A elaboração de uma teoria na área de direito, portanto, tem de partir da análise das normas do direito e num processo gradativo de abstração chegar à enunciação de princípios tão gerais que a eles se ajustem todas as espécies que integram a instituição jurídica respectiva. Considerando esse sentido, a elaboração de uma teoria geral das nulidades nos parece irrealizável, em face da desuniformidade com que as espécies são tratadas no plano do direito positivo. Para atender às realidades e necessidades sociais, o legislador se vê

A vontade é o primeiro elemento que constitui o negócio jurídico. A vontade negocial manifesta-se através da declaração livre, emitida de forma consciente, reconhecida como apta a produzir efeitos em relação aos resultados pactuados e à decisão de executar os atos necessários à consecução dos fins negociais. A declaração de vontade, na forma do art. 138 e seguintes do CC, não pode conter vício, sofrer deturpação ou desvirtuamento na sua formação ou manifestação, sob condição de inquinar o negócio jurídico de defeitos referentes, em sua origem, ao plano da validade. Sendo assim, o negócio jurídico que não atender os elementos essenciais de validade será nulo de pleno direito ou anulável, conforme a hipótese.

Quanto à declaração de vontade, prescrita no artigo 138 e seguintes do Código Civil, não pode nela haver vício, sofrer deturpação ou desvirtuamento, na sua formação ou manifestação. A vontade é o primeiro elemento que constitui o negócio jurídico. A vontade humana entra no mundo do direito através da declaração. Deste modo, para que produza efeitos, deve ser livre, consciente e emitida, marcada com reconhecimento e segurança jurídica, digna de ser tutelada.

Essa manifestação externada se estende à vontade negocial que virá com os efeitos de resultado (*lato sensu*) e à vontade de declarar que é a decisão de executar o ato (*stricto sensu*), assim para que essa vontade seja de conhecimento da pessoa ou das pessoas.¹⁰

na contingência de adotar regras que, por constituírem exceções às regras gerais, criam a impossibilidade de serem traçadas as características essenciais comuns a todas as espécies, o que permitiria a definição dos princípios gerais extraídos das normas de direito positivo. Na verdade, não há ponto no campo das nulidades em que se possam enunciar sem que haja a necessidade de mencionar pelo menos uma exceção (MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 1993, p. 13).

10 Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível. A partir desse conceito, temos que constituem elementos essenciais à caracterização do ato jurídico:

I - um ato **humano volitivo**, isto é, uma conduta que represente uma exteriorização, conforme a espécie, que constitua uma conduta juridicamente relevante e, por isso, prevista como suporte fático de norma jurídica;

II - que haja **consciência** dessa exteriorização de vontade, quer dizer, que a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o **intuito de realizar conduta juridicamente relevante**;

III - que esse ato se dirija à obtenção de um resultado protegido ou, pelo menos, não-proibido pelo Direito, e possível.

E quanto ao ato jurídico **stricto sensu**: “O direito, ao regular os atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear, quando os não veda ou os declara vedáveis pela atuação das próprias pessoas, permite-os, mas:

a) ou os recebe em um certo sentido, portanto, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interesses, ou b) diferentemente, outorga liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, autoregrar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas” (MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 1993, p. 113/123).

No ato jurídico não negocial (*stricto sensu*), a vontade é limitada para a composição de algo que se firma ligado a determinada categoria jurídica, derivando efeitos já estabelecidos em normas, que são efeitos necessários (*ex lege*).

O ato negocial ou negócio jurídico não necessita de vontade manifesta como núcleo da categoria escolhida, mas pode regular a intensidade dos efeitos constitutivos de eficácia nas relações jurídicas (*ex vontade*). A exteriorização da vontade se faz por diversas formas. O ato pode ser expresso ou tácito, desde que a lei assim não exija (art. 111 - C.C.). Se declarado por escrito ou oralmente, será expresso; se o comportamento do agente demonstrar implicitamente sua anuência, será tácito. O silêncio já é fato gerador de negócio jurídico. Como previsto, por exemplo, no artigo 539 do Código Civil, segundo o qual o silêncio do donatário, quando este não manifesta sua vontade, é considerado aceitação pura e simples.

Presentemente vem sendo acolhida a compreensão de que, em verdade, o plano da existência está contido no plano da validade de conformidade com a regra do art. 104 que contempla com exclusividade a validade, do negócio.

Preleciona Marcos Bernardes de Mello:

Inicialmente é preciso destacar que os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito), não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis. A nulidade ou a anulabilidade – que são graus da invalidade – se prendem à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico. A invalidade, no entanto, pressupõe como essencial a suficiência do suporte, portanto, a existência do fato jurídico¹¹.

O objeto (art. 104, II C.C.), para a validade do negócio jurídico, é necessário que seja lícito, que juridicamente seja protegido. A possibilidade, quanto ao objeto, deve ser física ou fática, quer dizer, a existência do bem deve ser explicitamente possível. Ademais o objeto deve ser existente; não ser proibido; ser determinado ou determinável, atendendo aos requisitos indispensáveis a esse plano.

Para que o negócio jurídico se repute perfeito e válido deverá versar sobre objeto *licito*, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral. Se ilícito o seu objeto, nulo será o negócio jurídico (CC, art. 166, II), não produzindo qualquer efeito.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo:

11 MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 1993, p. 76.

Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, *à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido*, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica^{12 13}.

Para verificar a validade do negócio jurídico, é necessário que todos obedeçam à forma prescrita e não defesa em lei (art. 104, III C.C.), ou seja, não estão sujeitos em princípio, a uma forma determinada, a não ser que a lei determine.

O princípio da liberdade da forma é característico do direito moderno. A forma importa para a validade do negócio jurídico quando se refere a requisito obrigatório, sendo então matéria de prova do ato indispensável.

Os fundamentos da validade norteiam a necessidade que o ordenamento jurídico tem de preservar a validade de suas normas. Desta forma, procura, através de sanções, repelir as condutas que o contrariam.

As sanções previstas variam de intensidade, conforme a gravidade do ato que viola a norma. Cabe ao legislador valorar as condutas antijurídicas e adequar a sanção que será imposta.

Marcos Mello, quanto aos fundamentos de validade, pondera:

A atribuição de validade, no entanto, implica a necessidade de que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Se as normas sobre o conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o antijurídico são desatendidos, o direito o repele, negando-lhe validade jurídica, do que decorre torná-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizaram¹⁴.

12 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., p. 41.

13 [...] Afinal - e, nesse ponto, as análises das definições “objetivas”, “preceptivas” ou “normativistas” do negócio são esclarecedoras -, se a parte ou as partes podem criar direito, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente “norma jurídicas concretas”), através do negócio, isto é, formulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia: há de se proibir a declaração contrária à normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos. Se, sob outro ângulo, se permite à vontade humana fixar, em larga escala, o conteúdo da declaração - e aqui são as definições “voluntaristas” que muito revelam - e se os efeitos são imputados à declaração segundo o seu conteúdo, é evidente que se há de tentar evitar que ocorram declarações decorrentes de vontades débeis, ou não correspondentes à exata consciência da realidade, ou provenientes de violência imposta sobre a pessoa que a emitiu etc. Pois bem, o direito, ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os **requisitos de sua validade**. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., p. 41).

14 MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 2008a., p. 6.

Portanto, sendo o ato nulo ou anulável, haverá no ordenamento a sanção que lhe caberá para punir a conduta violadora do direito.

4. Plano da eficácia do negócio jurídico

O Plano da Eficácia do negócio jurídico, em verdade, expressa os fins pactuados pelas partes, indicando os efeitos que devam ser alcançados. Sem dúvida, o plano da validade é o mais complexo, porém, o plano eficaz é o mais significativo, pois o contratante, ao celebrar um pacto, visa ao alcance e à realização dos resultados como avançados.

Marcos Mello observa que a eficácia do negócio jurídico, não se faz isoladamente; ela só é uma consequência do que o sistema jurídico instituiu como fato. Os efeitos serão variáveis de acordo com sua amplitude:

A norma jurídica, entretanto, não produz sozinha eficácia jurídica alguma. Por isso, é de suma importância científica não confundir eficácia jurídica – que são os feitos do fato jurídico – com *eficácia legal* – que se resume à *incidência* sobre o suporte fático para juridicizá-lo (= transferência em fato jurídico). O suporte fático, por sua vez, também não produz efeito jurídico, pois constitui, apenas, a base da incidência da norma jurídica. O fato sozinho, enquanto não houver sido juridicizado pela incidência, não tem qualquer consequência no mundo do direito¹⁵.

Presentes no negócio jurídico os elementos e pressupostos exigidos para a sua existência e validade, em tese o negócio jurídico está apto a produzir os efeitos jurídicos definidos pelas partes.

Adverte Antônio Junqueira de Azevedo:

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que

15 MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 1993, p. 137.

não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz¹⁶.

O plano real da negociabilidade apresenta, contudo, as hipóteses em que os atos, ainda que inválidos, são eficazes, até que se lhes declare a invalidade. Assim sendo, a eficácia dos atos nulos e anuláveis são expressões reais das dimensões contratuais na prática. De outra parte, pode não haver a produção de efeitos em sede de negócio jurídico válido, tornando o negócio em ineficaz.

Neste contexto a figura da conversão dos negócios jurídicos, na forma do art. 170 do Código Civil, foi bem-vinda, em que pese ainda ser pouco invocada, considerando o regramento adequado da disciplina jurídica ao dispor “se o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permita supor que o teriam querido, se houvesse previsto a nulidade”.

A disciplina da conversão dos negócios jurídicos encontra no direito português plena receptividade, considerando as teoria dos efeitos práticos ou efeitos práticos jurídicos, destacando a relevância dos próprios fins práticos do direito, estendidos para o ambiente negocial, visando exatamente que a celebração dos pactos alcance seus efeitos, priorizando a materialidade em detrimento da cultura pretérita da valorização da forma.

A conversão é tratada como um meio de obviar aos inconvenientes da invalidade do negócio. O seu campo de aplicação por excelência é o dos atos nulos, mas admite-se que ela possa valer também em casos de anulabilidade, encontrando-se ainda referências à aplicabilidade do instituto no domínio da ineficácia do negócio, segundo preceitua Albaladejo¹⁷.

A conversão, de fato, junta-se aos princípios negociais que, sem dúvida, protegem a eficácia dos contratos. A aplicabilidade do instituto no campo da ineficácia negocial é adotada largamente pelo direito alienígena, em que pese ser recepcionada pelo ordenamento pátrio, sua invocação ainda permanece modesta.

A técnica da conversão, como reconhecida pelo sistema, está incorporada ao aproveitamento do negócio por ser mais adequada à utilidade e necessidade em relação à manutenção, atendendo ao princípio da conservação do contrato, da boa-fé objetiva e, de forma especial, da função social.

16 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., p. 49.

17 Apud FERNANDES, Luís A. Carvalho. **A conversão dos negócios jurídicos Cíveis**. Lisboa: Quid Juris, 1993, p. 209.

5. A ineficácia do negócio jurídico

A ineficácia do negócio jurídico impede a produção dos efeitos ajustados. “Os negócios jurídicos não provocam, sempre, os efeitos que se destinam a produzir porque a autonomia privada é duplamente limitada”¹⁸.

Menezes Cordeiro destaca que “[...] em termos extrínsecos, ela cede perante a lei, que apenas a reconhece dentro de determinadas fronteiras; em moldes intrínsecos, ela pode ser deficientemente exercida pelas partes, sendo falíveis, vão, por vezes, falhar na tentativa de configurar situações jurídicas”¹⁹.

A ineficácia do negócio jurídico não pode ser confundida com a nulidade e a anulabilidade do negócio jurídico, ou seja, a nulidade do negócio jurídico é sanção imposta pela ordem jurídica que determina que deles não pode surtir nenhum efeito, se houve prática de ato em desobediência ao que a lei prescreve.

A nulidade absoluta é penalidade estabelecida mediante a gravidade do ato à ordem jurídica, que consiste na privação de eficácia que dele se revestia, caso estivesse de acordo com a lei. Os negócios nulos são aqueles celebrados sem a observância dos requisitos essenciais referentes ao plano da validade. Defeitos que tais decorrem da fase da celebração do negócio. Igualmente, a anulabilidade do negócio jurídico decorre da fase da celebração, no qual os defeitos legais e sociais são concebidos na fase da celebração do contrato.

A declaração de nulidade produz efeitos *ex tunc*.

A nulidade relativa ou anulabilidade tem relação a negócios eivados dos vícios anteriormente referidos, implicando na suspensão da eficácia do negócio. Vício que tais podem ser eliminados, restabelecendo-se o plano da validade negocial. O negócio jurídico anulável produz efeitos até a declaração judicial de sua anulação. Permanecendo o vício e declarado por sentença, os efeitos da decisão serão *ex nunc*.

De acordo com Francisco Amaral:

A ação de anulação tem por objeto desfazer o ato ou negócio jurídico eivado de incapacidade ou de vício de vontade, restituindo as partes ao seu estado anterior. A anulabilidade não opera *ipso iure*, o juiz não pode alegá-la de ofício; deve ser alegada pelos interessados, em ação própria ou em exceção.

Tem legitimidade para propô-la o sujeito incapaz ou aquele cuja vontade foi eivada por erro, dolo ou coação, ou ainda prejudicado pela simulação ou fraude.

18 CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Tomo I. 3 ed. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almeida, 2007, p. 639.

19 Idem, *ibidem*, p. 639.

Só os interessados podem alegar a anulabilidade aproveitando exclusivamente aos que alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade, em que, por força do regime legal da obrigação solidária e da indivisível, que permite a exigência de cumprimento em sua integralidade, qualquer devedor, mesmo não sendo interveniente no ato anulável, pode invocá-lo como defesa²⁰.

Em síntese, as distinções entre nulidade e anulabilidade são principalmente as seguintes: a nulidade absoluta é decretada no interesse da coletividade, sua eficácia é *erga omnis*; a relativa é decretada tendo em vista o interesse do prejudicado, abrangendo somente os contratantes que a alegaram, não podendo ser suprida pelo juiz. A nulidade, por ser de interesse público, pode ser arguida pelo interessado, pelo Ministério Público, pelo Juiz, de ofício.

Em relação ao tema, pronuncia-se Marco Aurélio da Silva Viana:

[...] o negócio existe, estando presentes todos os requisitos exigidos para que ele exista como tal. [...] É o que se dá com o negócio jurídico anulável. Ele se integra de forma a construir o *tipo jurídico*, mas a presença de um obstáculo legal impede que os efeitos desejados se concretizem. Mas é possível que não se apresentem os dados fáticos, que não concorram os pressupostos de fato, presentes no ato nulo. Se o negócio jurídico é celebrado por agente absolutamente incapaz, ele é fulminado por nulidade. Houve manifestação volitiva, mas com defeito. Assim, o ato existe, mas é nulo. [...] No ato nulo há manifestação da vontade que não se integra juridicamente; [...] Sendo o objeto ilícito ou impossível, o ato é nulo. [...] Se o requisito formal não for atendido, temos o ato nulo; mas se, em lugar de celebração por forma diferente, tivermos a falta de celebração, o ato é inexistente²¹.

Por fim, considerando a divergência doutrinária acerca da relevância do estudo contemplativo do ato inexistente, denunciando cada vez mais a pequena expressão desta modalidade, cabe reafirmar que os eixos da teoria da ineficácia permanecem limitados pela nulidade e anulabilidade do ato, razão pela qual a investigação limita-se às considerações deduzidas.

Conclusão

Pelo perfil atual do negócio jurídico, as questões atinentes ao plano de existência, validade e eficácia são redesignadas pelo acolhimento do contexto principiológico. A importância da manifestação da vontade resulta, a um só

20 AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 514.

21 VIANA, Marco Aurélio da Silva. Op. cit., p. 298-308.

tempo, protegida e delimitada, bem em virtude das consequências que produz nos âmbitos interno e externo dos pactos.

O elemento específico do negócio jurídico para a doutrina dominante é a manifestação de vontade, tendo por pressuposto uma declaração apta à produção de efeitos jurídicos.

O instituto do negócio jurídico, por sua relevância e invocação na sociedade negocial, reveste-se de significativa importância e, bem por tais fundamentos, recebe disciplina jurídica específica, voltada à tutela da eficácia, realçada pela possibilidade da conversão do negócio jurídico, como adotada pelo ordenamento.

As causas de anulabilidade do negócio jurídico estão vinculadas, de regra, à manifestação da vontade contaminada, enquanto que as causas de nulidade do negócio jurídicos decorrem da não observância dos elementos essenciais. Uma e outra são observadas na fase da celebração do negócio jurídico.

Referências

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. com novo código civil. São Paulo: 2002.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Tomo I. 3 ed. reimpressão. Coimbra: Livraria Almeida, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 5. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Plano de validade**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Curso de direito civil**. Vol. 1: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Curso de direito civil**. Vol. 1: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Artigo recebido em 06/09/09

Aceito para publicação em 29/10/09

A CRISE FINANCEIRA MUNDIAL, O ESTADO E A DEMOCRACIA ECONÔMICA

THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS, THE STATE AND ECONOMIC DEMOCRACY

Gabriel Real Ferrer*
Paulo Márcio Cruz**

* Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Diretor do Programa de Doutorado em Direito Ambiental e primeiro diretor do Mestrado em Direito Ambiental e da Sustentabilidade da Universidad de Alicante. Professor visitante da *Universite de Limoges*, na França, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, no Brasil, e da *Universidad Autónoma Metropolitana* do México. Membro da Academia de Direito Ambiental e da Comissão de Direito Ambiental da UICN. É Vice-presidente da *European Environmental Law Assotiation*.

** Pós-Doutor em Direito do Estado Pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice Reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha e de Perugia, na Itália.

Sumário

1. A(s) Crise(s) – Considerações Introdutórias; 2. A(s) Democracia(s); 3. A Transnacionalização; 4. A Democratização do Capitalismo Global – Comentários Finais; 5. Referências.

Summary

1. Crisis/Crises – Introductory considerations; 2. Democracy/ Democracies; 3. Transnationalization; 4. Democratization and Global Capitalism – Final Remarks; 5. References.

Resumo

Os problemas vividos na atualidade, principalmente a grave situação financeira internacional, significam sinal evidente de insuficiência do modelo teórico moderno. Talvez sustentem a própria crise do Estado Constitucional Moderno. Alguns exemplos recentes parecem comprovar tal crise: o complexo de indústrias mundiais de alimentos que arrasa sementes tradicionais acabou por criar uma situação de desequilíbrio alimentar no planeta. Além disso, fatos como a comercialização mundial do petróleo, o monopólio da comunicação e a realidade virtual manipulável demonstram que a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente

cederá espaço para a transnacionalização desse mesmo Poder Público. Repensar, pois, a Democracia neste momento é fundamental, principalmente em sua vertente transnacional. Todo o mundo “acordado” e afetado pela globalização, faz-se cada vez mais certo que o único poder legítimo é o poder com investidura decidida pela maioria, que se constitui a partir de instrumentos democráticos efetivos.

Palavras-chave: Democracia; transnacionalidade; Estado Constitucional Moderno; Estado Transnacional; Crise Financeira.

Abstract

The problems the world is experiencing nowadays, particularly the serious global financial situation, are other clear sign of the inadequacy of the modern theoretical model. They might reflect a crisis in the Modern Constitutional State itself. Some recent examples, such as the complex of global food industries which has destroyed traditional seeds and has ended up creating a situation of food imbalance on the planet, the petroleum commercialized worldwide, the communications monopoly, and the manipulable virtual reality, demonstrate that the “internalization” of the modern Public Power will probably make room to transnationalization of this same Public Power. Rethinking Democracy at this time, particularly in its transnational aspect, is essential. The whole “awakened” world, affected by globalization, is increasingly certain that the only legitimate power is the one in which investiture is decided by the majority, based on effective democratic instruments.

Keywords: democracy; transnationality; modern constitutional state; transnational state; financial crisis

1. A(s) Crise(s) – Considerações Introdutórias

Enquanto este artigo é escrito, o mundo do capitalismo globalizado é sacudido pela maior crise financeira da história, fato que merece uma profunda reflexão. É, provavelmente, mais uma comprovação dos riscos apontados por Ulrich Beck¹. Como o espaço público transnacional ainda está em fase de construção teórica, as nações assistem perplexas à derrocada do grande cassino global montado pelos Estados Unidos. Os países da Europa, que se esbaldaram jogando nesse cassino, afundam junto com a pretensa credibilidade e solidez do sistema financeiro norte-americano.

Os Estados Unidos e o mundo certamente sairão diferentes dessa crise, até em termos ideológicos, e adotarão mecanismos mais rígidos de controle financeiro. Não obstante, essas necessárias transformações provavelmente não abordarão de maneira consistente o problema, caso se limitem a incorporar mecanismos que pretendam dotar, de maior segurança, o sistema e seus operadores e esquecendo que, em sua raiz, se encontra um modo de entender as relações econômicas,

¹ Especialmente na obra **La sociedad del riesgo global: amor, violencia y guerra**, cuja citação completa encontra-se na bibliografia deste artigo.

baseadas exclusivamente no interesse individual, alimentando um desafortado afã de lucro e ignorando totalmente o interesse da maioria².

Ainda que o “tsunami” financeiro , de modo imediato, haja afetado diretamente um bom número de operadores econômicos que basearam sua atividade e expectativas de benefício em movimentos especulativos, é certo que tal “onda” está atingindo setores essenciais da economia real, o que alterou de maneira muito negativa o modo de vida e a possibilidade de desenvolvimento pessoal e social de centenas de milhões de pessoas no planeta. Entre outros efeitos, a crise financeira pode implicar 20 milhões de pessoas desempregadas em todo o mundo até o final de 2009, conforme afirmou o diretor geral da OIT (Organização Internacional do Trabalho), Juan Somavía, em uma entrevista coletiva à imprensa.

Segundo as estimativas da OIT apresentadas por Somavía, o número de desempregados poderá subir de 190 milhões em 2007 para 210 milhões no final de 2009, e inclusive ser maior se a crise se agravar³. Não há, portanto, como não se discutir com profundidade teórica essa crise, especialmente no âmbito do Direito e da Teoria do Estado e, em geral, do Direito Público, pois essa é a única perspectiva que permitirá que os interesses gerais estejam presentes na nova ordem que é preciso construir.

O mundo acadêmico foi incapaz de prever essa crise e deve, ao menos, discuti-la na medida de sua gravidade. Ainda que seja uma ideia que aparece de modo recorrente quando se discutem problemas globais⁴, nunca esteve tão evidente a necessidade de se criar um espaço regulatório transnacional. No que compete mais especificamente à problemática em discussão, um estado que submeta o capital ao interesse da maioria dos habitantes do planeta.

A fim de lançar luz sobre esse impasse, a possibilidade de republicanização da globalização⁵ deve ser, sem dúvidas, uma questão central do grande debate que se avizinha e, portanto, um ótimo começo de discussão. Mas é o papel da Democracia o assunto que melhor representa as consequências possíveis para essa crise que transformou as bolsas de valores em pesadelos diários para as instituições financeiras e para boa parte dos habitantes do planeta.

Assim, as principais perguntas às quais se quer ajudar a responder com o presente artigo são: como será e que papel terá a Democracia Econômica no

2 Sobre o Interesse da Maioria, ver o artigo “Sobre o princípio republicano – about the republican principle”, de Paulo Márcio Cruz, disponível em: <http://vlex.com/vid/principio-about-the-principle-45092232>.

3 OIT prevê 20 milhões a mais de desempregados devido à crise financeira. **Folha de S. Paulo**. 20/10/2008.

4 Em especial, cabe lembrar aqui os esforços para estabelecer uma Autoridade Ambiental Mundial vinculada à Organização das Nações Unidas.

5 CRUZ, Paulo Márcio. “Sobre o princípio republicano – about the republican principle”, p. 1-10.

século XXI⁶, já que esta é uma das formas teóricas de Capitalismo Democrático? Adianta-se que os requisitos que podem satisfazer um projeto de democratização das relações econômicas são de dois matizes: primeiro, apresentar um “desenho global” da capacidade de persuadir aquelas pessoas que reconheçam valor nas políticas de inovação (de identidade e de solidariedade). Segundo, prever benefícios materiais que os indivíduos possam perceber imediatamente ou calculá-los com facilidade (incentivos materiais e individuais).

Os programas de Democracia Econômica podem, então, desenvolver a dupla função de mobilizar as paixões e os interesses – os dois matizes. Neste sentido, é importante a investigação que realiza Domenico Nuti⁷, que parte da hipótese de que as diferentes acepções de Democracia Econômica – correção do funcionamento espontâneo do mercado através de políticas de intervenção do Poder Público a partir da constituição de instituições regulatórias de Governo Transnacional e valorização de diferentes âmbitos de Democracia Micro-Econômica – não são alternativas, mas sim instrumentos complementares à Democracia como valor. As pesquisas do autor italiano concluem que o processo de Democracia Econômica se desenvolve através de uma pluralidade de dimensões, que vão desde o econômico, passando pelo social e chegando ao fundamental fator ambiental.

Além de Domenico Nuti, outros autores apontam, de modo geral, que a Democracia Econômica pode ser associada a algumas dimensões. Uma delas estaria relacionada com a “superação dos modelos de industrialismo”. Segundo esta visão, os programas de Democracia Econômica terão dificuldades para alcançarem êxito se não forem abertos à maioria dos trabalhadores e cidadãos. Considerando-se o modelo social-democrata sueco, que funciona como uma espécie de paradigma, a Democracia Econômica deve ser considerada a terceira etapa no desenvolvimento da Democracia e deverá assinalar a evolução desde as democracias política e social (que já estão razoavelmente discutidas, mas não implantadas, principalmente nos países ditos emergentes, como o Brasil) até a Democracia Econômica. A questão está, pois, ligada a todas as tentativas para ampliar e qualificar a cidadania⁸. É claro que um novo modelo de Poder Público, superados os conceitos clássicos de Soberania, Divisão de Poderes e Democracia Representativa, constituirá um fundamental meio de cultura para os projetos de Democracia Econômica.

6 CRUZ, Paulo Márcio & CHOFRE SIVENT, José Francisco. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno**, p. 41-62.

7 NUTI, Domenico Mario. **Democrazia economica**: mercato, política econômica e partecipazione, p.123.

8 Importante destacar, nesse sentido, o esforço doutrinário no âmbito do Direito ambiental está sendo realizado para conceituar e difundir a noção de “Cidadania Global”.

Já a outra dimensão está vinculada com as reformas e funcionamento das relações industriais. O processo, muito provavelmente, será multidisciplinar, e aqui, no caso, economistas e administradores públicos e privados devem estar convencidos da premência da mudança, até para a própria sobrevivência da espécie humana. Na maioria dos países, existe uma crise crônica e desorientadora dos modelos clássicos do pluralismo e do neocorporativismo. As relações empresariais mais eficazes são aquelas que combinam um bom grau de concentração com margens de descentralização, de regulação rigorosa com elementos de flexibilidade. O rol de empresas interessadas só poderá se consolidar se estiverem presentes propostas de aumento de qualidade e a participação nos seus resultados e nas suas funções de coordenação e administração⁹.

Como se consegue perceber, é preciso ir fundo nas propostas de reforma dos fundamentos do Capitalismo. Caso não seja controlado pela Sociedade, qualquer tipo de tentativa de desenvolvimento de modelos de Poder Público Transnacional será efêmero, infrutífero. E o único modo talvez de convencer os centros de comando capitalistas é demonstrar que o futuro da humanidade e o do próprio capitalismo dependem dessa mudança de concepção, fazendo convergir Democracia, lucro e interesse social transnacional para o bem comum.

Colocar esse tipo de questão pouco tempo depois de derrubado o mundo comunista pode soar como provocação ou um convite duvidoso à predição. Mas, mesmo que ninguém duvide que a queda do Muro de Berlin tenha marcado o final de uma época, deve-se precisar qual a época que terminou para se poder medir o verdadeiro alcance deste acontecimento e suas repercussões.

Os otimistas defendem que a época terminada começou em 1945. Em nome do combate pela Democracia, havia-se derrotado Hitler. E, não se pode esquecer, a derrota só se deu com a ajuda de Stalin, que cobrou uma conta bastante alta por isso: a servidão de metade da Europa ao comunismo. Quarenta e cinco anos mais tarde a vitória foi completa. Parece que foi ganha a batalha das ideias.

Quem hoje recorre a Lênin para questionar Montesquieu? Isso passou a ser coisa do passado, pois a evolução das ideias políticas havia alcançado sua última fase e a República Liberal, herdeira do século XVIII e da filosofia ilustrada, representaria a forma mais perfeita de organização humana. A liberdade burguesa havia triunfado e se estaria perto do fim da história, se é verdade que a história, apesar de tudo, é a batalha das ideias. Francis Fukuyama e seu *The end of history and the last man* parecia ter razão¹⁰.

Os pessimistas denunciaram essa interpretação, que julgaram simplista e ingênua. O período que termina não começou em 1945, mas sim em 1917. O

9 CARRIERI, Mimno. **No hay democracia sin democracia económica**, p.21.

10 FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**, p.146.

parêntesis ideológico da revolução bolchevique estava encerrado e não se estaria assistindo ao final da história, mas sim ao retorno das nações. Nossa triunfante modernidade estaria ameaçada por um retrocesso histórico. Estar-se-ia obcecado pelo século XIX.

Sobre o conhecimento que se tem sobre essa interposição de épocas, esse artigo enseja uma hipótese muito mais ampla. O ano de 1989 não encerra uma época iniciada em 1917 ou em 1945. Graças a 1789¹¹, 1989 encerra o que se institucionalizou: a era do Estado Constitucional Moderno Soberano e endógeno. A era da modernidade político-jurídica caracterizada pela “justificação do político”. Logo, o problema passou a ser que o âmbito do “político” transbordou inquestionavelmente dos estreitos limites do Estado Constitucional Moderno, mudando radicalmente.

Assim, depois de realizada uma revisão histórica de certas alterações político-econômicas, tornou-se inevitável verificar a obsolescência das instituições modernas e descobrir que, entre a era em que estamos entrando e as construções da Era das Luzes, há mais diferenças do que entre esta e a era patrimonial que a havia precedido. Todavia, ainda será muito difícil admitir o esgotamento do Estado Constitucional Moderno, assim como será difícil abandonar o barco à deriva e seminaufragado¹². O desafio se coloca, porque não se conheceu mais nada diferente das categorias Democracia Representativa, Liberdade, Igualdade e Política, as quais ainda definem os horizontes do pensamento. Por outro lado, já não há segurança em conhecer significados de categorias cuja adesão deriva mais de um “ato reflexo” que da reflexão, propriamente dita.

Como escreve Ferrajoli¹³ vive-se hoje – e todos devem estar conscientes disso – uma crise histórica não menos radical do que a que aconteceu com as revoluções burguesas do Século XVII. A potência destrutiva das armas nucleares, as agressões cada vez mais catastróficas contra o ambiente, o aumento das desigualdades sociais, a explosão dos conflitos étnicos fazem com que o equilíbrio planetário seja cada vez mais precário e, portanto, que se torne mais difícil a conservação da paz. E agora a crise financeira.

Está-se chegando à conclusão de que os herdeiros da Era das Luzes são apopléticos: as leis se converteram em receitas, o Direito em método e o Estado Constitucional Moderno em meros espaços jurídicos incapazes de enfrentar os desafios transnacionais. A grande questão a ser respondida é se isso é suficiente

11 A situação social era grave e o nível de insatisfação popular tão grande que o povo francês foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a monarquia comandada pelo rei Luis XVI. A Revolução Francesa foi o mais importante marco da Era Moderna. Significou o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. A Pós-Modernidade significará o fim dos privilégios dos beneficiários dessa mesma revolução e deverá ser levada a efeito, espera-se, por métodos muito mais avançados e civilizados.

12 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil, p. 184.

13 Idem, p. 150.

para assegurar o futuro da Democracia. Tem-se que perguntar, hoje, como será a Democracia sem soberania nacional. O grande edifício da era moderna perdeu seus alicerces e flutua, livre de todas as amarras, abandonado a si mesmo, feito papel carregado pelo vento, como escreve Ferrajoli.

Por outro lado, parece ser um erro ver com temor o fim desta era. Seria um enorme erro ver o Estado Constitucional Moderno como um fim em si mesmo. A organização política herdada da Idade das Luzes representa só um episódio da história humana, o meio que foi encontrado, numa certa etapa de seu desenvolvimento, para fundamentar a liberdade numa ordem política.

No momento atual a Sociedade Mundial está carente de um “*upgrade*” civilizatório. As últimas gerações humanas são devedoras de um efetivo novo avanço do que se pode chamar de um mundo solidário e humanizado. A modernidade caracterizou um significativo avanço, apesar de um avanço baseado no individualismo. O mundo atual é complexo demais para seus obsoletos paradigmas teóricos.

Deve-se compreender que esta nova era não deve ser combatida – seria trabalho inútil – e sim ser objeto de novas teorias, que possam conduzir a humanidade ao seu episódio seguinte, sempre com a perspectiva de uma evolução positiva¹⁴.

O ser humano, dono de inteligência e diferente dos outros animais, está no planeta, provavelmente, para provar que pode sobreviver sem estar no estado de natureza, que é possível viver em uma organização política democrática adstrita aos paradigmas de participação, da política de tolerância, da distribuição da riqueza, da utilização sustentável do meio ambiente, da solidariedade e da diversidade e do sociatismo¹⁵, não necessariamente nessa ordem.

Para isso é preciso entender que o capitalismo “solto” e “desteiorado” formou uma tecno-estrutura que é uma rede global que nada tem a ver com livre mercado, já que este está baseado em um sistema mundial assentado sobre cinco monopólios¹⁶: I - O monopólio das finanças, baseado no padrão dólar dos Estados Unidos da América e nas políticas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. O monopólio das finanças faz da economia financeira especulativa um vírus que está destruindo – ou já destruiu - as economias produtivas, fazendo com que os trilhões de dólares que circulam diariamente nos principais centros financeiros superem em mais de duas vezes as reservas dos bancos centrais dos países que compõem a Organização para Cooperação e

14 Deve-se anotar que os elementos negativos também evoluem, como é o caso dos aparatos de guerra.

15 Sociatismo é o termo utilizado por alguns autores para designar uma nova opção ideológica, que é, ao mesmo tempo, democrática, solidária, tolerante, distributiva, inclusiva e ecológica. Aparece nesse artigo como mera disposição de informação.

16 AMIN, Samir. **El 50º aniversario de Bretton Woods**, p. 108.

Desenvolvimento Econômico – OCDE¹⁷. Mesmo com o Euro, é importante dizer, essa realidade permanece praticamente intacta; II - O monopólio tecnológico, que atua, principalmente, sobre as patentes e direitos de propriedade, atentando gravemente contra a biodiversidade das espécies. O complexo de indústrias mundiais de alimentos controla cada vez mais as “variedades de alto rendimento” e arrasa as culturas de sementes tradicionais; III - O monopólio energético, que atua sobre os recursos naturais e, especialmente, sobre o petróleo, através de sua comercialização mundial e por meio dos países intermediários. Desta maneira, os preços do petróleo podem ser controlados e o dinheiro utilizado na sua compra recuperado via mercado financeiro para investimentos nos países ricos; IV - O monopólio da comunicação, que faz com que, cada vez mais, a realidade seja virtual e manipulável, já que, através dos meios de informação, pode-se convencer a todos de que a verdade é a verdade que lhes convém; V - O monopólio militar, que, como foi demonstrado nas guerras do Golfo e na invasão do Iraque, tem relação intrínseca com os monopólios citados anteriormente, formando uma estrutura integrada. Por estes conflitos, pode-se exemplificar tanto a capacidade de violência física como sua relação com os monopólios de recursos naturais, comunicativos, tecnológicos e financeiros, e suas lógicas relações internas.

Caso não se possa, teórica e praticamente, ajustar o Poder Público de modo que ele possa atuar para impedir que esta tecno-estrutura mundial concentre riqueza e ameace a própria vida no planeta, o futuro estará ameaçado. Como aponta Tomas Villasante¹⁸, a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo de transnacionalização do Poder Público. Caso contrário, a debilidade do Estado Constitucional Moderno poderá conduzir a civilização a perigosas posições de confronto e autodestruição¹⁹.

Está-se vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. É importante ter-se consciência de que, na configuração da nova ordem mundial, a Democracia deverá desempenhar um papel mais importante que o Estado Constitucional Moderno, mesmo que, algumas vezes, pareça ser o contrário.

17 A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE é um órgão internacional e intergovernamental que reúne os países mais industrializados. Por meio da OCDE, os representantes se reúnem para trocar informações e alinhar políticas com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais países membros. A OCDE não constitui foro de negociação político-diplomática, mas sua atuação no aspecto normativo vem adquirindo importância crescente. Esse fato é particularmente significativo, pois a OCDE representa, por meio de membros, cerca de 65% do PIB mundial. Soma-se a isso a agilidade decisória da Organização, para concluir-se que tal foro se credencia como um dos focos privilegiados para a tomada de decisões relativas à economia mundial, em seus mais diversos aspectos.

18 VILLASANTE, Tomas R. **Las democracias participativas**, p. 273.

19 Sobre isso ver **Transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**, de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, no prelo.

Esse novo papel prevê que a globalização do mercado e das tecnologias da informação deve estar acompanhada de uma globalização política e social, na qual os valores democráticos tenham um claro protagonismo. Esta é a única via, se a intenção é tratar de uma globalização que beneficie a todos e que não seja meramente quantitativa, mas principalmente qualitativa. Uma globalização que seja assumida como uma nova maneira de estar no mundo e que implique, portanto, novo estilo de vida. Um estilo para todos, com comunhão de civilizações e não o choque delas, como explica Samuel Huntington²⁰.

A globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo. Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades e, por que não, novos problemas. Pressupõe ainda novos sujeitos capazes de fazer frente aos desafios globais. A reconstrução da Sociedade pós Estado Constitucional Moderno passa pela reabilitação do político, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica²¹. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber-viver juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

É possível que haja o entendimento de que isso seja uma utopia. Também não se está pensando que tratar de um assunto com esta capacidade para gerar polêmica será fácil. Mas o que é certo é que não se pode continuar por mais tempo nessa “racionalidade irracional” em que está mergulhado o mundo atual. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar um Poder Público que possa ser aplicado ao local, ao regional e ao mundial, que seja sensível ao ser humano e propenso a incluir todas as pessoas em um mínimo de bem-estar.

Urge perceber que a ausência do político está permitindo que as grandes corporações multinacionais levem a cabo, na prática, uma autêntica tomada do poder, um verdadeiro controle do mundo à margem da política. Sob o véu de uma pretensa racionalidade econômica e por trás de uma aparência formal de apoliticidade, está-se desenvolvendo, na prática, com extraordinária força, um novo tipo de política, que pode ser qualificada como “parapolítica”. Essa atividade “parapolítica”, gerada a partir dos centros financeiros, está permitindo que as corporações globais ocupem os centros materiais vitais da Sociedade, de forma imperceptível, sem revolução, sem mudanças na lei nem nas constituições, através do simples desenvolvimento da vida cotidiana. Por consequência, os cidadãos estão sendo jogados a um mundo de redes anônimas, no qual as empresas multinacionais se transformam no modelo de conduta.

20 HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizações?**, p. 34.

21 JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetária**, p. 45.

A nova utopia prevê, por outro lado, a existência de uma integração entre o mercado da informação e o da comunicação, graças às redes eletrônicas e de satélites, sem fronteiras, funcionando em tempo real e de forma permanente.

Assim, a globalização pode ajudar em três sentidos: poder fazer evidente a interdependência; ter despertado o pluralismo da diversidade e ter ampliado a várias camadas da população mundial a sensação de pertencer a uma realidade transnacional e, também, transestatal, capaz de despertar os vínculos de solidariedade imprescindíveis para a emergência de uma sociedade global, algo a que a humanidade nunca assistiu²².

2. A(s) Democracia(s)

O sistema mundial atual é um produto do capitalismo industrial transnacional que integra em si tanto setores pré-industriais, como setores pós-industriais. Então, a utopia de uma Sociedade mais justa e de uma vida melhor somente poderá prosperar com a inserção dos princípios democráticos nas práticas capitalistas; uma ideia que, sendo utopia, é tão necessária quanto o próprio capitalismo²³.

Em que pese o desaparecimento das fronteiras que separavam os sistemas políticos em função de sua adesão a modelos econômicos antagônicos, continua tendo uma elevada dose de atualidade o problema da relação entre Democracia e economia de mercado. O problema está na possível incompatibilidade entre a “autodeterminação do Estado” – como reflexo teórico, por sua vez, da vontade da maioria popular soberana – e o poder financeiro e econômico das grandes corporações empresariais. Essa dialética ganha maior intensidade se for considerado esse muito conhecido fenômeno denominado globalização, que vem confirmar a subordinação do Estado Constitucional Moderno às decisões adotadas nos circuitos econômicos que formam as grandes multinacionais e os mercados financeiros, nos quais o protagonismo está a cargo de instituições bancárias com um considerável nível de independência com relação aos ambientes democráticos.

Esta realidade está na pauta da doutrina mais avançada, que entende serem necessários esforços para democratizar o capitalismo e torná-lo solidário, superando a ideia de acumulação individual, ou de grupos, em detrimento do conjunto da Sociedade global.

22 Efetivamente, a solidariedade, no sentido de vínculo social, é um requisito imprescindível para a conformação de um espaço público transnacional, já que “a solidariedade a ação dispersa em ação coletiva, o privado em público”, como se expressa Gabriel Real Ferrer, no artigo “A solidariedade no Direito Administrativo”, publicado na **Revista de Administração Pública (RAP)**, nº 161, p. 123-179, 2003.

23 SANTOS, Boaventura S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade, p. 277.

Repensar a Democracia neste momento histórico significa fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores que disputarão a governabilidade mundial e que romperão o paradigma da endogenia estatal moderna, e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e que a igualdade seja vivida a serviço da diferença. Isto implica, claramente, ir muito mais além do modelo de Democracia representativo liberal.

A teoria da Democracia não tem que ser necessariamente reinventada, mas, certamente, tem de se reorientar. O termo “repensar” deve ser entendido como um intento para captar e centrar os novos problemas de uma história que virou uma página e que volta a começar. Trata-se de algo diferente do fim da história. Ao contrário do que sustenta Fukuyama, está-se diante de um futuro denso de incógnitas e seguramente muito distinto do presente que se conhece. Para tanto, será necessária uma boa dose de valentia e esperança diante de um futuro que, em boa medida, estará nas mãos daqueles que se proponham a teorizar um novo Poder Público, para depois do Estado Constitucional Moderno.

Seja como for, e seja qual for o “cimento” das vidas em comunidades políticas comuns – língua, costume, cultura, religião ou, até, etnia – o mundo do Século XXI já não crê na legitimidade que não seja verdadeiramente democrática.

Hoje, embora sua gravidade não seja totalmente reconhecida, está-se presenciando uma crise profunda não deste ou daquele setor, mas do próprio modelo de civilização da modernidade.

É importante destacar que as premissas básicas dos revisionistas democráticos falharam: a elite não defende valores democráticos, mas antes instituições oligárquicas; mais frequentemente do que o seu apoio às elites autoritárias, os movimentos de massa defendem direitos democráticos e mudanças que contrariam os interesses das elites (direitos civis, femininos, ecologia, trabalho). James Petras²⁴ assinala, a propósito, que sociedades complexas são mais dificilmente compreendidas por elites que defendem conjuntos estreitos de interesses privados.

Assim, é importante destacar que, para a Democracia funcionar no ambiente atual, é preciso rever mentalidades e atitudes e não métodos ou procedimentos. Como escreve Arnaldo Miglino²⁵, a Democracia não pode ser apenas uma forma de se proceder. Ela é, acima de tudo, um valor que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, o da liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e o da publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Considerando-se que um dos momentos

24 PETRAS, James. **Neoliberalismo**: América Latina, Estados Unidos e Europa, p. 359.

25 MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**, p. 20.

fundamentais da Democracia é a escolha dos governantes, seria impossível, de maneira eficaz, que o povo pudesse fazer uma escolha do gênero sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor de informações sobre a realidade.

A categoria “Democracia” não é utilizada aqui no sentido da teoria sistêmica, na esteira do que pensa Friedrich Muller²⁶, mas no do Direito Público e da Teoria do Estado. Diz respeito, portanto, a todas as normas, estruturas, objetivos e valores essenciais de um Estado – ou de um espaço público transnacional – que se possa denominar “democrático”. Também se esclarece que a categoria “Exclusão Social”²⁷ não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal “reação em cadeia da exclusão”, que se materializa pela exclusão econômico/financeira e até pela exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos, etc.), passando pela exclusão social, cultural e política. São valores que, ao contrário, impedem que um Estado possa ser denominado de democrático.

A Democracia não está livre do perigo da destruição – da autodestruição. Isso porque a Democracia encontra-se, paradoxalmente, em contradição com a necessidade desse sentimento de pertencer à comunidade. A Democracia Representativa Moderna é um sistema frio. Está constituída por princípios, regras e instituições. Mas sua existência depende do esforço e do engajamento do cidadão. Assim, o inimigo mortal que ameaça a Democracia é a indiferença e a passividade do cidadão, a impotência dos indivíduos diante do universo kafkaniano do poder transversal do Estado Constitucional Moderno e do poder insensível do mercado e da economia.

Percebe-se que, neste contexto complexo, há quem trate de buscar diagnósticos mais ou menos definitivos e soluções de emergência, que operam, não raro, a partir da simplificação arbitrária do complexo. Sempre surgem comentaristas e interessados que, dispostos a ignorar a magnitude e o alcance de muitos dos problemas, encontram fáceis receitas milagrosas ou fórmulas salvadoras capazes de regenerar o edifício da Democracia Representativa.

Sendo assim, para evitar o erro de simplificar arbitrariamente o complexo, sem cair na armadilha de complicar arbitrariamente o simples, o que se tem procurado fazer, por meio deste artigo, é analisar o impacto de todo esse conjunto de transformações históricas sobre o modelo de representação política e sobre o modelo do próprio Estado Constitucional Moderno, tendo como hipóteses a insuficiência de ambos os figurinos políticos.

26 MULLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?**, p. 38.

27 A Organização das Nações Unidas – ONU, define a exclusão social como a “escassez crônica de oportunidades e de acesso a serviços, ao mercado de trabalho, ao crédito, a infraestruturas e a justiça.

O longo período de estabilidade vivido no pós Segunda Guerra Mundial começou a ver-se afetado, a partir da década de oitenta, por um discurso mais ou menos difuso de “mal estar civil”, pelo qual, de maneira ambígua, foram projetados diversos tipos de argumentos críticos contra o sistema representativo vigente: desde um certo sentido de “apoliticismo” difuso, conectado com o apogeu da Sociedade Civil, de um “regeneracionismo” mecanicista de viés utópico, de uma lógica sensação de marginalização de certas minorias ou grupos de opinião, até demandas não concretas de um maior controle sobre a política.

Pode-se especular, então, que o grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática Global, respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social, no acesso de todos ao bem-estar²⁸. O objetivo será construir um modelo de organização social, política e jurídica que supere e substitua o atual modelo de exclusão e de concentração de riquezas, denominado Estado Constitucional Moderno, por um outro modelo de Poder Público, Democrático, capaz de tornar realidade esses desejos. Não sendo assim, seria, então, um Estado que nenhum democrata poderia mais tolerar²⁹.

Por isso, é preciso, antes de qualquer coisa, que a comunidade científica dedicada à ciência e à teoria do Estado esteja – pelo menos boa parte dela – de acordo com a tese da necessidade de se teorizar uma alternativa ao Estado Constitucional Moderno e à Democracia representativa. Antes disso, qualquer proposição será tida como devaneio e acusada de ingênuo, romântico, utópico, etc.

Na tentativa de rever a teoria de Estado, alguns doutrinadores insistem em refundar o Marxismo e o Anarquismo, que padecem dos mesmos anacronismos que acometem o Estado Constitucional Moderno e a Democracia Representativa. Foram, se pode dizer, reações ao Estado Constitucional Moderno. E, assim, acabam sendo o próprio espectro antitético do Estado Constitucional Moderno em uma relação dialética.

O Estado, *lato sensu*, é importante sempre ressaltar, como Poder Público, não está em causa. Tanto é assim que, como se poderá perceber adiante, parte-se sempre da hipótese da existência futura de uma organização destinada a exercer o Poder Público. Assim, a caracterização clássica do Estado, como existência de população, governo e capacidade decisória e autônoma, e não mais soberana, estará hígida, o que nos impele a olhar. Olha-se na direção do Poder compartilhado, globalizado, com um capitalismo sociatista democrático, um Estado Transnacional.

28 PORRAS NADALES, Antonio. **El debate sobre la crisis de la representación política**, p. 12-13.

29 MULLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?**, p. 16.

Estas questões levantadas são fruto de constatações científicas que oferecem a base para uma teoria sobre a superação do Estado Constitucional Moderno³⁰.

Os elementos que se podem recolher da doutrina mais avançada sugerem que é preciso ser produzido intenso debate teórico sobre a possibilidade de superação de algumas das categorias secularizadas da modernidade: Liberalismo, Socialismo, Capitalismo Liberal, *Welfare State*, Social-Democracia. Todas estão contaminadas pelo conjunto de teorias que idealizaram o Estado Constitucional Moderno e a Democracia Representativa.

Deste conjunto, deve-se chamar atenção para o Capitalismo Liberal. Ele sim é o vírus contaminador de todo o modelo denominado Estado Constitucional Moderno. A crise financeira internacional, que provavelmente matará milhões de pessoas por suas consequências, não pode ser combatida eficazmente pelos instrumentos disponíveis atualmente. A complexidade mandarinesca do sistema financeiro internacional desorienta os setores produtivos, enquanto as reações espasmódicas dos tomadores de decisões do governo contribuem para a sensação prevalente de anarquia. O sistema político, ziguezagueando erraticamente de dia para dia, complica enormemente a luta de nossas instituições sociais básicas para a sobrevivência.

As últimas duas décadas do século XX e a primeira do século XXI vêm registrando um estado de profunda crise mundial. É uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos de nossa vida – a saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, a economia, a tecnologia e a política³¹. É uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais. Uma crise de escala e premência sem precedentes na história da humanidade. Pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta.

O ecossistema global e a futura evolução da vida na Terra estão correndo sério perigo e podem muito bem resultar num desastre ecológico em grande escala, como acontece agora com a economia global. A deterioração de nosso meio ambiente tem sido acompanhada de um correspondente aumento nos problemas de saúde dos indivíduos³². Enquanto as doenças nutricionais e infecciosas são as maiores responsáveis pelas mortes no Terceiro Mundo, os países industrializados são flagelados pelas doenças crônicas e degenerativas apropriadamente chamadas de “doenças da civilização”, da civilização do Estado Constitucional Moderno.

É por se prever um futuro assim tão caótico que se faz urgente o investimento em uma proposta inovadora como a que seguirá.

30 CRUZ, Paulo Márcio. Chofre Sirvent, Jose Francisco. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno**, p.41-62.

31 CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**, p. 19.

32 Idem, *ibidem*, p. 22;

3. A Transnacionalização

O problema maior da economia – e das finanças - globalizada, derivado das entranhas da modernidade, emerge da base da sua filosofia de liberdade política: emerge do capitalismo e do liberalismo econômico, como anota Friedrich Muller³³. Tem-se a sensação de que se está saindo de um ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a uma crise financeira sem precedentes; e não há evidências capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política³⁴. O espaço ainda não explorado pela política e criado pela mundialização do capitalismo demonstra a necessidade de um *locus* de poder público entre os estados nacionais.

Nesse sentido é importante destacar a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck³⁵ com relação à substituição das relações “internacionais” de conflito e/ou disputa por relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.

O autor alemão aponta que a “globalização” põe o tema da compreensão e organização da Sociedade novamente na ordem do dia dentro do debate público, e isto com uma urgência que não se conhecia desde o marxismo e as disputas sobre a luta de classes.

Em outras palavras, a sociedade mundial, formada a partir da “globalização” promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, remete a um “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço intermediário entre o nacional e o local. Como consequência, Beck indica o surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas. Isso pode ser percebido na relação dos estados nacionais com as empresas multinacionais, o que acaba vinculando um possível futuro Direito Transnacional. Essa previsão se justifica pela persecução da criminalidade transnacional, pelas possibilidades de realização de uma política cultural transnacional, pelas possibilidades de ação dos movimentos sociais transnacionais, entre outros.

O conceito de Estado Transnacional, trazido por Beck, é uma das alternativas possíveis ao fenecimento do Estado Constitucional Moderno e à crise financeira internacional. Beck aponta ainda que há uma racionalização subjacente: o Estado Constitucional Moderno está não só antiquado, mas também é irrenunciável como espaço público garantidor das políticas internas e

33 MULLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?**, p. 45.

34 DAHRENDORF, R.; FURET, F.; GEREMEK, B. **La democracia en europa**, p. 120.

35 BECK, Ulrich. **Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**, p. 153.

internacionais de transição, o que o regulará “transnacionalmente” e configurará politicamente o processo de globalização.

Não há dúvidas de que hoje se está diante de uma formidável crise das bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, agravada pelo colapso das finanças globais, crise que pode traduzir-se (ou que já se traduz) em aumento do nível de rejeição das instituições por parte dos cidadãos³⁶. É justo perguntar-se, já que uma possível via de saída vem indicando uma integração entre as diversas tendências teóricas que tratam do futuro do Estado no ambiente globalizado, se as tecnologias de informação – permitindo, tecnicamente, uma associação mais imediata dos cidadãos nas fases da proposta, da decisão e do controle – podem ajudar-nos a propor, teoricamente, o necessário espaço público transnacional do século XXI.

Parece claro que o capitalismo globalizado vai fazer de tudo para atenuar a atual crise financeira, sempre impondo maiores sacrifícios aos menos abastados. Mas, mesmo que haja êxito, as sequelas serão muitas e grandes. Desemprego, aumento da pobreza e da miséria, intensificação da concentração da riqueza, mais degradação do meio ambiente, entre outras.

Os espaços públicos – e, por consequência, o possível futuro espaço público transnacional – ou é de interesse de todos e pertence a todos ou não faz sentido. Ou o excluído – que tem direitos como todos e deve ser considerado em todas as atitudes e movimentos – tem a ver com a mundialização econômico-financeira (e, mais uma vez, com o espaço público transnacional), ou se estará desenvolvendo um puro diletantismo, que interessará apenas às empresas multinacionais, descompromissadas com o equilíbrio vital do planeta. Este é o grande desafio: possibilitar a esses excluídos se reconhecerem e atuarem como cidadãos globalizados. Que o local e o global se complementem.

Para isso, a Democracia Econômica deve servir, antes de tudo, para que a Sociedade evolua, para que a diversidade de opções políticas e não políticas (culturais, relacionais, territoriais, sindicais, étnicas, de idade, etc.) possa se movimentar o mais livremente possível, enriquecendo a complexidade da comunidade³⁷. Isto implica diversos mecanismos e instrumentos de validação, adaptados às peculiaridades de cada iniciativa, segundo o âmbito e o momento determinado. Os movimentos livres de iniciativas culturais e sociais definem melhor uma Democracia que quer avançar, sem o jogo moderno da soberania do Estado Constitucional, que tende a bloquear iniciativas discrepantes.

36 BERGALLI, Roberto; RESTA, Eligio. **Soberanía**: un principio que se derrumba, p. 34.

37 VILLASANTE, Tomas R. **Las democracias participativas**, p. 136.

4. A democratização do capitalismo global – comentários finais

A democratização do capitalismo é condição fundamental para qualquer possibilidade de se impedirem novos desastres financeiros globais que possam corroer ainda mais a combatida qualidade de vida no planeta.

A economia está destinada a produzir riquezas. A política se dedica, ainda que nem sempre seja assim, à distribuição ou redistribuição destas riquezas. E são as distribuições as que podem ser declaradas de direita ou de esquerda. Mas, em todo caso, a política pode distribuir riqueza somente se a economia a produz. Se a economia não funciona, a política já não tem nada que redistribuir e acaba por distribuir pobreza. A autonomia e a prioridade da produção da riqueza, sobre a distribuição, são procedimentais. Pode-se, muito bem, dizer que a distribuição é mais importante que a geração da riqueza, mas a prioridade procedimental continua sendo a mesma. Caso não se tenha o que comer, só se pode dividir a fome. E essa não é uma opção interessante.

Assim, considerado o procedimento lógico descrito acima, concebido por Giovanni Sartori³⁸, o que resta é a democratização do capitalismo, ou seja, que a comunidade possa participar da decisão do que e como será produzido, e do como e onde será distribuído, principalmente pelo acesso ao crédito, através de políticas públicas distributivas e através de um sistema tributário transnacional, cujo conceito e caracterização serão objeto de artigo científico futuro.

Em princípio, uma economia de mercado é compatível com qualquer sistema político que conceda liberdade ao mercado. Portanto, teoricamente, mercado e ditadura podem acoplar-se, como já se observou durante as ditaduras sul-americanas das décadas de 1970 e 80. Mas está claro que a realidade hoje é outra³⁹. Não há como escapar do “contágio democrático”, o que torna, na atualidade, praticamente impossível aquele acoplamento. A vitória da Democracia como princípio de legitimidade permite prever que o êxito do mercado se converterá, cada vez mais, numa demanda da Democracia. Com a condição, bem entendido, de que o mercado tenha êxito e de que verdadeiramente produza Bem-estar.

As democracias representativas atuais estão carentes de uma estrutura ética concebida a partir de valores democráticos conectados com as necessidades da Sociedade globalizada. Os valores que foram impostos são os valores do mercado, enquanto que o modelo de conduta é o das estratégias empresariais que se movem pelo lucro, deixando de lado outros padrões éticos e de valores

38 SARTORI, Giovanni. **La democracia depues del comunismo**, p. 98.

39 Idem, *ibidem*, p. 25.

totalmente indispensáveis para a convivência, como são os da gratuidade e da generosidade⁴⁰. Assim, a única política possível parece ser a da lógica que o sistema econômico proporciona. Esta colonização da vida pública pela economia fez com que os estatutos de defesa do consumidor (e sua lógica) fossem afirmando-se sobre os direitos de cidadania, supondo a mercantilização da vida política, que fica eclipsada. Deve-se recordar, nesse sentido, que o mercado, mesmo com a pretensão descabida de ser um dos paradigmas da liberdade, produz desigualdade e não ajuda a configurar o exercício responsável da liberdade. Isso ocorre porque o mercado, ao proporcionar modelos de discussão privados em lugar de públicos, impede as pessoas de falarem como cidadãs sobre as consequências de nossas ações em comum.

O conceito de “bem comum” passou para a história. Hoje prevalecem os interesses particulares, parciais, o que tem muito a ver com a progressiva tendência de se estruturar o sistema de representação de interesses através de organizações especializadas ou competências estruturadas em torno de critérios setoriais⁴¹. Isto, junto à própria incapacidade transnacional intrínseca da máquina estatal, vem ajudando a debilitar a capacidade de resposta do Estado Constitucional Moderno ante a cidadania.

Alguns recentes e importantes debates, que estão acontecendo principalmente no plano acadêmico, do qual estão participando teóricos do pós-liberalismo até autores como Robert Dahl⁴² que, em seu livro **La democracia y sus críticos**, reclama uma “terceira transformação” na Democracia, ou seja, o desenvolvimento de uma “Democracia avançada”, capaz de levar os métodos e procedimentos da Democracia à esfera econômica.

Caso isso não seja providenciado, a magnitude das dificuldades econômicas que afetam, na atualidade, tantos países, terá inevitáveis consequências políticas. Haverá um agudizamento dos antagonismos sociais de todo tipo, intensificando a luta pelo bem-estar econômico e fazendo mais insuportável o custo da derrota. Haverá estímulo da migração econômica⁴³, o que, por sua vez, poderá suscitar, nos países mais desenvolvidos, a hostilidade contra os imigrantes e a exigência de que o Estado se converta numa fortaleza⁴⁴. Como se vê, a depressão econômica torna muito mais difícil a consecução do ideal de igualdade cidadã e provoca uma perda

40 OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia**: una democracia para la gobernabilidad mundial, p. 18.

41 Idem, ibidem, p.18.

42 DAHL, Robert A. **Despues de la revolución**, p.13.

43 A União Europeia é, atualmente, a região do planeta com maior fluxo migratório, o que está produzindo divergências entre os países membros na discussão desse problema. Recentemente, o O Conselho de Justiça e Assuntos do Interior de 25 de setembro de 2008 aprovou o Pacto Europeu Sobre Imigração e Asilo, que tende a reforçar os controles. Não se deve esquecer que boa parte do progresso dos países mais adiantados foi possível graças à imigração. Em todo caso, o século XXI se caracterizará pelos fluxos migratórios.

44 JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetária**, p.38.

de confiança na capacidade dos governos democráticos para solucionar problemas sociais⁴⁵. Os sistemas democráticos mais robustos podem, talvez, resistir a estes choques, enquanto que as democracias mais recentes, que necessitem de panorama mais favorável para consolidar-se, podem sofrer danos irreparáveis.

Não deverá ser surpresa, portanto, se em futuro próximo for discutida a criação de espaços públicos entre os estados e que aqueles perpassem estes, a fim de regular e democratizar os mercados, tornando-os distribuidores de riquezas. Em tal sentido, a criação de novas instituições transnacionais mundiais democráticas – capazes de regular e controlar com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados – deverá ajudar a ajustar a padrões humanitários esse grande cassino em que se converteu o atual mercado financeiro.

As desigualdades em todo o mundo chegaram a proporções sem precedentes. Somente vinte por cento da humanidade usufrui as riquezas, enquanto oitenta por cento vive em condições muito precárias.

Para se alcançar um mínimo de justiça social é preciso, portanto, que se teorizem – e em seguida se apliquem – instrumentos de governança transnacional sobre a produção global e sobre o sistema financeiro transnacionalizado, sendo este um primeiro passo necessário para uma redistribuição radical de riqueza e poder. É importante anotar que só a redistribuição da riqueza não seria suficiente. Seria preciso considerar a adoção de novas relações de classe e propriedade, fora e além daquelas teorizadas pela modernidade. O local e as relações de propriedade têm implicações globais. Redes de interdependência ligam o local ao global.

Referências

AMIN, Samir. **El 50 aniversario de Bretton Woods**. Madrid: Alfoz, 1994.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2004.

_____. **La sociedad del riesgo global: amor, violencia y guerra**. 2 ed. Madrid : Siglo XXI, 2006.

BEETHAN, David; BOYLE, Kevin. **Cuestiones sobre la democracia**. Madrid: Catarta, 1996.

BERGALLI, Roberto e RESTA, Eligio. **Soberanía: un principio que se derrumba**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARRIERI, Mimno. **No hay democracia sin democracia económica**. Madrid: Ediciones HOAC, 1998.

CARVALHO NETTO, M. Constituição e justiça. In: COUTINHO J. N. de M. (Org.), **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

45 BEETHAN, David & BOYLE, Kevin. **Cuestiones sobre la democracia**, p.115.

- CRUZ, Paulo Márcio.; CHOFRE SIRVENT, Jose Francisco. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno**. v.11. Itajaí: Novos Estudos Jurídicos, 2006.
- CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano – about the republican principle. v. 63. Barcelona: **Revista de Derecho e Lex**, novembro de 2008. Disponível em: (<http://vlex.com/vid/principio-about-the-principle-45092232>).
- DAHL, Robert A. **Después de la revolución**. Tradução Maria Florência Ferre. Barcelona: GEDISA, 1994.
- DAHRENDORF, R.; FURET, F.; GEREMEK, B. **La democracia en Europa**. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- FELIZ TEZANOS, José et al. **La democracia post-liberal**. Madrid: Editorial Sistema, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid, Trotta, 1999.
- FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. Los Angeles, Simon & Schuster, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Más allá del estado nacional**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?** Madrid: Tecnos, 2003.
- JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetária**. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000.
- MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MULLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.
- NUTI, Domenico Mario. **Democrazia econômica: mercato, política econômica e partecipazione**. Roma: Ceste, 1991
- OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: Cristianisme I Justícia, 2002.
- PETRAS, James. **Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa**. Blumenau: Editora da FURB, 1999.
- PORRAS NADALES, Antonio. **El debate sobre la crisis de la representación política**. Madrid: Tecnos, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Souza. A escala do despotismo. **Revista Visão**, Coimbra, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.
- SARTORI, Giovanni. **La democracia despues del comunismo**. Madrid: Alianza, 1993.
- VILLASANTE, Tomas R. **Las democracias participativas**. Madrid: Ediciones HOAC, 2003.

Artigo recebido em 06/07/09

Aceito para publicação em 30/11/09

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA EMPRESA NA CONSTRUÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DIANTE DA NOVA REALIDADE ECONÔMICA

STATE AND COMPANY RESPONSIBILITY IN THE
CONSTRUCTION OF WORK ENVIRONMENT
BEFORE THE NEW ECONOMIC REALITY

.....
Lourival José de Oliveira*

*Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP, professor do Programa de Mestrado e de Graduação em Direito da UNIMAR – Marília-SP.

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de meio ambiente de trabalho e a responsabilidade do Estado. 3. Da necessidade de humanização do ambiente de trabalho. 4. Da efetivação da dignidade no trabalho através do meio ambiente de trabalho e a intervenção do Estado. 5. Da responsabilidade do empregador e do Estado pelo meio ambiente empresarial. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Working environment concept and state responsibility. 3. The necessity of humanization in working environment. 4. Dignity effectiveness at work through working environment and state intervention. 5. employer and state responsibility on business environment. 6. Final remarks. 7. Reference.

Resumo

O ambiente de trabalho se constitui em uma das maiores expressões da empresa enquanto cumprindo o seu novo papel perante a sociedade. Isto se deve pelo fato da compreensão sobre ambiente de trabalho ter extrapolado os limites materiais, recaindo também em aspectos imateriais, enquanto capaz de proporcionar o desenvolvimento criativo dos trabalhadores e de terceiros que interagem com aquele ambiente. A começar pelo estudo do meio ambiente de trabalho, que se constitui em direito fundamental, a empresa deixou de ser uma mera produtora de bens, transformando-se em gestora e interveniente direta na construção de um meio que sustente, de forma efetiva, o Estado Democrático de Direito e que possa, por meio de um processo de humanização no trabalho, alcançar a efetiva valoração do trabalho humano, criando condições para atingir a realização prática do princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado possui responsabilidade direta com a construção de um novo ambiente de trabalho, podendo ser

responsabilizado caso não cumpra com esta obrigação. Utilizou-se no presente estudo o método dedutivo, aproximando-se de outras áreas científicas, como por exemplo, a administração de empresas, a economia, sociologia e ciências sociais, capazes de dar o suporte para a sustentação desta tese. Palavras-chave: ambiente de trabalho; função social empresarial; relações de trabalho

Abstract

The working environment is one of the greatest expressions of the company while it fulfills its new role in the society. This is due to the fact that the understanding about the working environment has gone beyond material limitations, since it also comprehends its immaterial aspects which enable the creative development of the workers and of third parties who interact with that environment. Beginning with the study of the working environment, which is a fundamental right, the company is no longer only a goods manufacturer. It is the manager and the direct interference in the construction of a means that effectively supports the Democratic State of Law and that can, through a process of humanization of work, reach the effective valorization of the human work, creating conditions to reach the practical accomplishment of the human being dignity principle. The State possesses direct responsibility in the construction of a new work atmosphere, could be made responsible in case it doesn't execute this obligation. The deductive method was used in this study, with an approximation to other scientific areas, for example, management of companies, economy, sociology and social sciences, all able to give support for the foundation of this thesis.

Keywords: working environment; social function of the business; work relations.

1. Introdução

Um dos temas que mais tem gerado polêmica e ganha atenção ao mesmo tempo, nos últimos dez anos, em se tratando de estudo vinculado ao Direito do Trabalho, talvez tenha sido o ambiente de trabalho. Principalmente, quando a ele é dado o enfoque constitucional, considerando o privilégio que o trabalho humano obteve no texto magno, agregando-se as mudanças ocorridas nas relações de trabalho.

Em um estudo apriorístico, que parte da década de setenta no Brasil, o ambiente de trabalho era tratado como sendo constituído apenas pelas boas condições físicas para a realização do trabalho, como, por exemplo, higiene, iluminação, conforto térmico e outros fatores. Não obstante, devido também às alterações nas relações de trabalho, o ambiente laboral passou a ganhar novos estudos, agora sobre fatores ou condições imateriais, ou seja, aquilo que de imediato os olhos humanos não veem.

Esta atenção especial e a conseqüente mudança no ponto gravitacional de enfoque deram-se por uma questão bastante objetiva. Trata-se do aumento do número de doenças motivadas pela forma como o trabalho está sendo produzido principalmente a partir do final do século XX. Sabe-se que existe uma resistência dos órgãos responsáveis por determinar aquilo que é ou não é doença profissional do trabalho. Sabe-se, também, que os novos métodos, as novas condições, as metas a serem atingidas no trabalho são elementos decisivos para a produção de todos esses verdadeiros “crimes” praticados contra o trabalho humano.

O XVIII Congresso Mundial sobre segurança e saúde no trabalho, ocorrido no ano de 2008 em Seul, República da Coreia do Sul, sob a coordenação da Organização Internacional do Trabalho, apresentou algumas conclusões que demonstram a importância que deve ser atribuída ao referido tema. Dentre elas o fato de os recursos destinados à segurança no trabalho terem aumentado nos últimos anos, o que deveria resultar na diminuição do número de acidentes de trabalho não letais (aqueles que implicam no afastamento de mais de quatro dias do trabalho). Contudo, esta redução não ocorreu. Houve, ao inverso da perspectiva existente, o aumento dos acidentes letais identificados no mundo. No mesmo evento ficou declarado que, nos países em processo de rápida industrialização ou naqueles considerados pobres, não existem sistemas efetivos de segurança e saúde no trabalho. Pode ser concluído, com fundamento nos resultados obtidos naquele evento, que nos países industrializados ainda existe uma carência de medidas protetivas ou de transformação do ambiente de trabalho, e que, nos países em início de desenvolvimento industrial, pode estar ocorrendo uma não presença do Estado na proteção do trabalho humano.

Isto se deve ao fato que muitas conseqüências hoje produzidas na saúde física e mental do trabalhador advêm de causas imateriais, o que motivou vários pesquisadores a se deterem na questão do dano moral produzido no ambiente de trabalho.

Procurou-se, neste estudo, tratar de outros aspectos do ambiente de trabalho que repousam em elementos psíquicos, sociológicos, comportamentais, os quais, se destoados, não permitem o crescimento do homem trabalhador enquanto ser dotado de espírito e energia criativa, podendo-se chegar ao ponto de responsabilizar imediatamente o empregador e, por via indireta, o poder público pela construção desse meio ambiente.

A reengenharia empresarial está construindo, de fato, uma equação diferente daquela estabelecida pelo texto constitucional. A nova equação pressupõe o homem como uma mera engrenagem, elemento descartável imerso no modo de produção, constituindo-se como que um acessório da produção, quando, na verdade, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal, o pressuposto maior da ordem econômica é o homem situar-se no centro, enquanto valorizado

e beneficiado diretamente pelo desenvolvimento econômico traduzido em desenvolvimento social que esta ordem deve produzir.

Tomando como parâmetro aquilo que constitucionalmente está reservado para o trabalho, deve se pensar antes de tudo sobre o ambiente que está construído ou que está sendo construído para a produção do trabalho, por conta que, de um ambiente de trabalho que não valorize o homem, não haverá como se exteriorizar elementos para a formação de uma sociedade solidária, responsável e atenta para os valores humanos, e que, por sua vez e conseqüentemente, não será alcançada a finalidade do trabalho, que é justamente a construção desta sociedade.

É exatamente neste ponto que repousa o presente estudo, ou seja, no ambiente de trabalho, considerado enquanto um componente importantíssimo para a produção do trabalho digno, permeado por elementos imateriais que se avolumam a cada dia mais para a geração de uma sociedade digna. Ao mesmo tempo, aponta-se a responsabilidade do Estado nesta construção, seus deveres primários, as obrigações que lhe são impostas enquanto agente de grande importância para que sejam atingidos tais objetivos e, ao mesmo tempo, a sua responsabilidade quando do não cumprimento de suas obrigações, considerando-se as mudanças ocorridas nas relações de trabalho.

2. Conceito de meio ambiente de trabalho e a responsabilidade do Estado

A começar pela Constituição Federal, tem-se o artigo 225, que apresenta a seguinte redação:

Todos tem 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.

Para José Afonso da Silva, o meio ambiente é uma mistura, que envolve elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem ou contribuam para o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.¹

Transportando o conceito de meio ambiente para o local onde o trabalho é prestado, tem-se que ele passa a englobar os métodos de trabalho, as práticas para a realização das tarefas, a forma como o empregador se relaciona com o empregado e vice-versa, as formas como o empregado se relaciona com os colegas de trabalho, as medidas de segurança os procedimentos preventivos para que se evitem acidentes

1 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

de trabalho, a adoção de novas ferramentas de trabalho que reduzam o desgaste excessivo do trabalhador e outras práticas aqui não abordadas.

Será possível parar somente nos objetivos apresentados no parágrafo anterior? É nesse sentido que o tema merece um maior aprofundamento, não podendo esvaziar-se somente com os elementos descritos, devendo aqui o estudo deter-se em questões que, a cada dia, ganham maior relevância.

Para se compreender o real sentido de meio ambiente de trabalho faz-se necessário realizar alguns estudos de ordem filosófica, buscando-se o próprio sentido do trabalho na atualidade, seus fins, o agir coletivo e as obrigações do Estado.

O trabalho na atualidade, enquanto meio para se produzir bens, acaba por coisificar o homem, fazendo da sua força de trabalho uma simples mercadoria de troca pela sobrevivência ou subsistência. O trabalho enquanto relacionado com um agir humano, um realizar-se, externando valores, é uma das formas de relacionamento entre pessoas, ganhando um outro significado, capaz de trazer à tona reflexões sobre questões sociais, psicológicas, culturais, contextos históricos, localização do homem em seu meio e até de organização de valores dentro de uma sociedade.

Através do trabalho criam-se significações para o mundo, estabelecem-se papéis na sociedade, erguem-se estruturas sociais, em parte originadas da forma como se sente o trabalho. Esta situação pode ser chamada de humanização do trabalho.

Por que o trabalho manual em data sociedade é desvalorizado em termos de retribuição pecuniária em relação ao trabalho intelectualizado? Por que determinados métodos de se produzir ou formas gerenciais causam doenças graves nos trabalhadores? São estas formas de conceber o trabalho a partir do seu ambiente que acabam por criar uma estrutura social que terá o trabalhador intelectualizado em uma situação de prevalência em relação àquele que não o é, ou que fazem aumentar desproporcionalmente as doenças relacionadas ao trabalho, eclodindo na qualidade de vida no trabalho e fora dele.

O trabalho, ao longo de sua história, partiu de uma condição de penalidade, não fazendo parte dos cidadãos, como ocorreu no mundo grego antigo, onde o trabalho era feito quase que exclusivamente pelo escravo.

Passa-se para a idade média, em que, guardada as suas particularidades, a mão de obra servil substituiu em parte a escrava, embora o seu produto estivesse preso à produção de uma forma degradante de vida para aquele que trabalhava.

Chegando-se ao século XVIII, com a Revolução Industrial, o trabalho é apreendido como mercadoria e juridicamente torna-se livre, como condição do próprio modo de produção capitalista. A busca do bem-estar do indivíduo que trabalha se seguiu a contar do século XX, embora tenha sido produzida

uma situação de empobrecimento e desvalorização contínuos da mão de obra trabalhadora.

Construiu-se um discurso apologético, no qual, na medida em que através do trabalho se conseguisse o bem-estar, o progresso, as melhorias das condições de vida viriam naturalmente. Contudo, será que esta melhoria foi alcançada?

Em algumas situações efetivamente podem ter sido conseguidas. Na maioria dos casos, porém, o trabalho do século XX produziu a desigualdade, a exclusão social, por conta que a busca desenfreada pelo progresso com redução de custo fez com que a grande maioria que trabalha passasse por uma situação de reducionismo das suas condições de vida, sem falar dos problemas ambientais que atualmente estão sendo sentidos pela forma absurda com que as produções industriais estão esgotando os recursos naturais e as matérias primas, e ameaçando espécies animais e vegetais que podem vir a ser extintas.

Segundo Carmem Camino, “[...] a luta secular da Humanidade, na sua persistente e admirável busca do direito de trabalhar dignamente, está plasmada em dor e sangue”².

O trabalho interage com o mundo através daquilo que é produzido por meio dele, em todos os seus sentidos, desde o esgotamento que se está produzindo das fontes naturais do planeta até à concentração de renda desmedida, deixando para a grande maioria daqueles que trabalham os restos para sua subsistência.

Segundo Marx, o trabalho cria o homem. Esta afirmativa continua valendo como nunca. Através do trabalho não se busca ou se constrói somente a sobrevivência humana. Ele pode emprestar sentido à vida, de forma a não deixar que o homem caia na realidade fria e nua da sua vida passageira, fútil e sem serventia. O trabalho possui significados para as coisas existentes no mundo. Ele materializa o inconsciente individual e coletivo, descrevendo formas de agir, dando sentido à vida. Conforme a maneira em que o trabalho é prestado ter-se-á a construção de um coletivo criativo, voltado para o homem, ou tira-se dele (homem) a condição de sujeito de transformações, tornando-o sem personalidade³.

Atualmente, existe uma chamada lógica do mercado, que parece trazer uma característica sem igual na história do trabalho. Trata-se do chamado naturalismo social, que se traduz como se tudo pudesse ser dominado por uma regra natural e não construída socialmente, algumas vezes negando-se à esfera pública a possibilidade de uma regulação, constituindo-se na base da teoria liberal, ora defendendo-se a intervenção do Estado, para estabelecer um meio ideal para o desenvolvimento das relações de mercado, sem o qual não há proteção social.

2 CANINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 25.

3 MARX, Karl. **O processo de produção capitalista**. 19. ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 2003, v. 2.

O trabalho é a única produção social, assim como a ordem econômica é uma produção social, não passando nem ao longe a possibilidade de um desenvolvimento social sem que sejam encontrados os marcos regulatórios a partir do interesse público em se construir um ambiente de trabalho digno, o qual dificilmente será atingindo pela “mão invisível” do mercado, deixando bem claro que o mundo corporativo é incapaz, por suas próprias ações, sem o marco regulador ou interventor do Estado, de produzir um ambiente de trabalho que prime pela satisfação do homem trabalhador.

Após os estudos feitos sobre o trabalho humano e suas formas de entendimento, fica mais fácil compreender a importância do meio ambiente do trabalho.

Antonio Pacheco Fiorillo destaca com especial atenção a questão de educar ambientalmente. Segundo ele, educar ambientalmente significa reduzir os custos ambientais, preservar de forma efetiva o meio ambiente, fixar e ampliar a ideia de consciência ecológica, com a busca por tecnologias limpas, como por exemplo, a substituição dos combustíveis fósseis, enaltecer o princípio da participação, desenvolvendo-se o espírito da solidariedade, no sentido que o meio ambiente é único, pertencente a todos, sem divisões⁴.

Ambiente de trabalho é tudo o que condiciona a produção do trabalho, desde o local onde o trabalho é realizado, a forma de prover o necessário para que ele se desenvolva, o equilíbrio que deve ser buscado com os meios colocados à disposição do trabalhador para que este produza, devendo o mesmo assegurar as condições necessárias para uma condição de vida digna. Trata-se da quebra do conceito que mercadologicamente vem sendo tratado como trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho não ficou fora da luta pela proteção ao meio ambiente de trabalho, conforme desponta, por exemplo, na sua Convenção nº 155, no qual foi estabelecido o treinamento e a educação ambiental para a efetivação de políticas nacionais de saúde e segurança no trabalho, incluindo-se o treinamento e a qualificação dos trabalhadores para tanto.

Trata-se de uma verdadeira política pública que procura disseminar práticas educativas em todos os sentidos, para se valorar e tornar o meio ambiente algo mais humano. Podem ser incluídas no mesmo estudo sobre meio ambiente do trabalho a parte da população que trabalha e também aquela que ainda não precisa buscar o seu sustento próprio.

Desta forma, a primeira conclusão a ser retirada deste início de estudo é, com certeza, a amplitude que deve ter a compreensão do meio ambiente do trabalho, que deve fugir de uma constatação material apenas que considere a empresa a única responsável. Muito pelo contrário, o meio ambiente deve ser estudado dentro de um contexto antropológico do trabalho, tomando o sentido de

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

um direito coletivo e ou transindividual. Neste último caso, quando se referir a um grupo de trabalhadores, a proteção ao ambiente de trabalho deve ser amparada por políticas públicas e privadas, com vistas a construir uma sociedade solidária, o que implica, por último, na redução das desigualdades sociais.

O direito ao meio ambiente do trabalho se constitui em um direito subjetivo na medida em que o resultado danoso do ambiente, causado ao empregado, proporciona-lhe a possibilidade de buscar diretamente o ressarcimento por estes prejuízos, muito embora se devesse trabalhar mais com os meios judiciais de prevenção do que de ressarcimento. No caso de necessidade de ressarcimento, desponta-se a necessidade da existência de sindicatos aparelhados e Comissões internas que possam saber conduzir os procedimentos adequados de prevenção ou indenização.

Quando a questão se encontra no plano transindividual, surge a necessidade de atuação principalmente do Ministério Público do Trabalho e da sociedade civil organizada.

Na maioria dos casos, e especialmente neste caso de resultados danosos sofridos pelo empregado no ambiente de trabalho, tem-se a monetarização do risco empresarial ao invés de se evitar que o dano aconteça, o que poderia ser também obtido por meio de medidas judiciais que impusessem restrições a determinadas atividades laborais ou à realização das mesmas por determinados modos que implicassem na redução dos riscos.

O meio ambiente do trabalho também faz parte dos chamados direitos fundamentais, reconhecido pela Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, em 1972, adotado pela Conferência das Nações Unidas, editando-se 26 princípios, que passaram a compor a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Vale aqui citar o princípio 1 e o princípio 8, que diz:

Princípio 1 - O Homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações futuras.

Princípio 8 - O desenvolvimento econômico ou social é indispensável para assegurar ao Homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra condições favoráveis para melhorar a qualidade de vida.

Observa-se, do estudo do conteúdo desses princípios, que se menciona *assegurar ao Homem um ambiente de vida e de trabalho favorável*. Favorável ao quê? Ao seu desenvolvimento e formação, de tal maneira que melhore as condições e ou

qualidade de vida. De quem? Somente dos que estão trabalhando? Evidentemente que não. Para melhorar as condições de todos os homens, de todas as vidas.

O homem está inserido no meio ambiente, assim como está inserido no meio ambiente do trabalho, por conta deste último estar contido no primeiro. Considerando-se o que foi dito no início, ou seja, os objetivos a serem alcançados através do presente trabalho, que no seu conjunto constituem-se em um dos grandes sustentáculos da República Federativa do Brasil, na forma do seu artigo 1º, inciso IV, combinando com o artigo 7º, inciso XXII, que trata da redução dos riscos no trabalho, e, artigo 200, VIII, todos da Constituição, que traz literalmente, “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, tem-se que é obrigação da União, através do Sistema Único de Saúde, cuidar do ambiente de trabalho como um todo.

É o que ocorre, por exemplo, em um acidente de trabalho. No primeiro momento tem-se a discussão sobre a responsabilidade ou não do empregador no evento danoso, esquecendo-se que mesmo diante da não responsabilidade do empregador, por este não ter agido com dolo ou culpa e por sua atividade não se compreender em um risco, mantém-se a responsabilidade do Instituto Nacional de Seguridade Social, autarquia pública vinculada a União Federal, no pagamento de benefícios previdenciários.

Quer dizer, em princípio, que, independentemente de culpa do empregador, caso o acidente de trabalho tenha sido o resultado de um ambiente de trabalho que apresentou falhas em sua constituição ou que, mesmo não havendo disposição legal obrigando o empregador, foi resultado da forma de gerenciamento daquele ambiente, toda a sociedade acaba respondendo pelos danos ocorridos, uma vez que o custeio dos benefícios previdenciários recai sobre toda a sociedade.

Conclui-se que a simples questão da segurança e saúde no trabalho não mais consegue compreender o real sentido da expressão ambiente de trabalho, significando também a proteção a um universo criativo que permita a sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, e que deve fazer parte das políticas públicas a imediata defesa do meio ambiente do trabalho, o que significa a responsabilidade direta do Poder Público.

A forma de gerenciamento das atividades pode contribuir para a construção de um ambiente em desacordo com a valoração do trabalho humano, muito embora não apareça violando frontalmente disposição de lei.

A motivação humana, no modo de produção capitalista, passa pelos conceitos de produzir, acumular riquezas, fabricar cada vez mais necessidades para, na sequência, dar-se a fabricação de novos produtos no intuito de atender estas necessidades. E o trabalho humano da forma como está sendo na prática concebido robotiza-se, rotineiriza-se, estrangula o criar humano, assim como a possibilidade de participação do homem no próprio ambiente de trabalho.

O lugar que o homem irá ocupar socialmente será dado a partir do seu trabalho, da sua produtividade, do grau de importância que as suas habilidades possuem naquele determinado contexto produtivo e não por ser homem propriamente dito.

Na medida em que a produção humana ou o trabalho humano, no modo de produção capitalista, deixa de ser necessário, o homem que produz perde o seu valor. Esta situação é facilmente notada quando aquilo que o homem sabe produzir não é mais necessário ser produzido, por conta que a máquina o substituiu, ou que aquele resultado não é mais interessante para o mercado.

O ambiente de trabalho é a fábrica de produção da vida. É o construir a própria dignidade. Trata-se da construção do mundo em que se vive, o que o torna um bem que deve ser tratado como um requisito indispensável para a produção da finalidade última em termos de valor, que é a dignidade da pessoa humana. No caso, a empresa e o Estado principalmente, sem excluir a comunidade em geral, são responsáveis diretos por estes resultados, devendo os dois primeiros responder caso não cumpram com suas obrigações.

É evidente que o Estado corresponde a toda a sociedade, o que significa que toda a sociedade estará sendo obrigada a responder pelo dano. Por esta razão é que, nos casos cabíveis, devem ser implementados os procedimentos de responsabilização direta do administrador público.

3. Da necessidade de humanização do ambiente de trabalho

O artigo 170 da Constituição Federal é claro quanto à humanização que deve existir no ambiente de trabalho. Ele prevê que a ordem econômica deve estar fundamentada na valorização do trabalho humano, com o fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Assegurar a todos e não somente àqueles que estão trabalhando. E, no seu inciso IV, apresenta-se a defesa do meio ambiente, que vem associada ao inciso VII, que trata da redução das desigualdades regionais e sociais. Tudo isso calcado no caput do artigo 170, que mostra o núcleo central, que é a valorização do trabalho humano.

Esta valoração, da forma como ficou contida na Constituição Federal, está diretamente presa à necessidade da humanização do trabalho. E qual deve ser o significado de humanização do trabalho? Dar ao trabalho o seu real valor, de forma a não contemplá-lo somente por explicações técnicas.

O que vem acontecendo é que as abordagens humanas que se fazem do trabalho estão sendo desconsideradas. Perde-se o conceito da unidade do trabalho, de integração, de responsabilidade e da verdadeira representação que deve ser aferida através do trabalho.

Os avanços tecnológicos e, com eles, os procedimentos de automação, desconsideram o valor trabalho e prendem-se somente à produção e redução de custos com aumento de lucratividade. Dentro desta visão técnica fragmentada, a vida ou a própria existência humana acabam-se tornando infinitas, como é infinito o desejo pelo lucro insaciável. A partir do momento em que se considera a vida humana como algo finito, concebem-se novos valores que não somente a produção econômica e a expansão financeira, por conta que, devido ao curto tempo de existência, brota da vida o aspecto espiritual, com valores como a solidariedade, a benignidade, a compaixão etc.

Quando prevalece a concepção humana do trabalho, a vida torna-se finita, cria-se uma unidade de valor e a existência dessa forma de gerenciamento passa a ser responsável pela tentativa de atender a uma unidade indivisível, que é o ser humano.

Esta é a leitura que deve ser feita do real sentido de trabalho humano, que é uma forma diferente de compreensão da realidade, a contar das expressões promovidas a partir do ambiente de trabalho, nada menos que a forma responsável de gerir a atividade empresarial, entendendo-se aqui como forma responsável a valoração do homem que trabalha.

É lógico que uma ou mais empresas adotando tal forma poderão, dentro do universo globalizado, ter dificuldades de gerencialmente, porque terão dificuldades de alcançar a redução pretendida pelo “sistema econômico” no que tange ao custo empresarial. O que se quer é fazer com que tal compreensão se apresente de forma planetária, ao ponto da ordem econômica se pautar dentro destas diretrizes humanas e não somente uma ou mais empresas serem gerenciadas dentro do prisma humanista do trabalho.

Sendo assim, não se trata de uma nova postura empresarial. Trata-se de uma mudança na concepção de ordem econômica, do resgate, na prática, daquilo que deve ser entendido por ordem econômica.

O sentido inverso está acontecendo. A nova ordem econômica está produzindo as formas variáveis de relações de trabalho, desumanizando o trabalho, com os gerenciamentos empresariais pautando-se na técnica. Na verdade, o trabalho humanizado é que deveria gerar esta ordem econômica, que seria edificada sob uma nova ordem de valores, bastante diferentes daqueles que hoje estão construídos.

O trabalho pautado na técnica pressupõe a adoção de modos de produção que permitam preferencialmente a geração de riquezas, com sua conseqüente acumulação. Com o novo modo, têm-se procedimentos que desconstituem o trabalho humano de valor, embora possa ser notado que o chamado gerenciamento empresarial tem-se apropriado de denominações que querem demonstrar formas flexibilizadoras, quando, na verdade, as novas denominações não espelham a verdadeira humanização no trabalho.

Vale citar como denominações aqui chamadas de flexibilizadoras o novo nome dado ao empregado, agora intitulado de colaborador, ou ao chefe, agora chamado de líder. Também o chamado “trabalho em equipe”, que estimula a competição entre os trabalhadores, embora queira vender a ideia de que todos os trabalhadores fazem parte da mesma “família empresarial”, embora acabe criando, na verdade, uma acirrada competição, com metas de produção difíceis de serem alcançadas.

Todas estas novas denominações flexibilizadoras caem por terra a partir do momento em que se percebe, principalmente no Brasil, que as chamadas formas humanizadoras de relacionar-se no trabalho não produzem mecanismos concretos que permitam que os empregados efetivamente participem do gerenciamento empresarial.

Segundo Thereza Cristina Gosdal:

Feita esta opção, analisa-se a consideração da dignidade como princípio, necessidade e direito subjetivo, adotando-se a concepção que percebe elementos das três categorias na dignidade, o que assegura a ela a exigibilidade necessária para que seja um instrumento eficaz de garantia de direitos fundamentais dos trabalhadores, mantendo a sua dimensão transformadora múltipla⁵.

O trabalho deve ser tratado com primazia, na forma do artigo 193 da Constituição Federal. Ou seja, na ordem econômica, o trabalho não pode ser simplificado e reduzido a expressões monetárias, fazendo do homem trabalhador uma mera engrenagem da produção.

Sendo assim, cabe ao Estado e a toda a sociedade criar condições de bem-estar para a pessoa humana, incluindo o meio ambiente do trabalho, estando esta mesma sociedade responsável pelo cumprimento das determinações legais impostas, inclusive podendo-se valer de ação civil pública para tal intento. Da mesma forma, justifica-se a intervenção direta de organismos internacionais quando se tratar de violação dos direitos ambientais do trabalho, independentemente de o Estado onde esta situação estiver ocorrendo ser ou não signatário de acordos ou convenções internacionais.

4. Da efetivação da dignidade no trabalho através do meio ambiente do trabalho e a intervenção do Estado

A diferença entre o homem e os demais animais pode em parte ser atribuída ao fato de ser ele detentor de razão e consciência, que está vinculada também ao pensamento cristão.

5 GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr., 2007, p. 132.

Dessa verdade teológica, que identifica o homem à imagem e semelhança do Criador, derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na história e na sociedade. Por isso, a dignidade da pessoa humana não é, nem nunca foi, uma criação constitucional, mas um dado que preexiste a toda a experiência especulativa, razão por que, no âmbito do Direito, só o ser humano é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica⁶.

Para Rizzato Nunes, “a dignidade é um valor supremo, construído pela razão jurídica, que não pode sofrer arranhões, nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”⁷.

Em um primeiro momento, a dignidade no trabalho é bem visível quando se analisa a contraprestação recebida pelo trabalhador na venda do seu trabalho. Caso este valor esteja abaixo de lhe proporcionar condições para a sua sobrevivência ter-se-á, de fato, um trabalho indigno.

Inclusive, este tema já foi abordado em artigo que tratou sobre a dignidade do trabalho humano, valendo citá-lo em parte:

E nesse contexto, a dignidade do ser humano, enquanto trabalhador que é somente, é conseguida com a efetividade desses direitos sociais. Sem um trabalho digno, que seja devidamente valorizado, o homem dificilmente sobreviverá com dignidade. A valorização do trabalho humano possui destaque constitucional, e por isso o Estado não pode prescindir de tutelá-lo, sob pena de perder o status de Estado Democrático. Almejando, assim, a garantia de um bem maior, que é a tão falada dignidade do ser humano⁸.

A valorização do trabalho humano também se prende a outros aspectos que não apenas o de ser retribuído economicamente. Deve o trabalho se traduzir em uma fonte de realizações que serão transplantadas para toda a sociedade, não alcançando com isso somente a pessoa de quem trabalha e sim todo um conjunto social, que deverá proporcionar a reprodução deste valor.

Não se quer aqui deixar de atribuir a importância de se ter um trabalho bem remunerado. Quer-se apenas destacar que a retribuição é um dos elementos de valoração do trabalho, que o faz digno.

6 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005, p. 21

7 NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

8 MORAES, Débora Brito; OLIVEIRA, Lourival José. Aspectos sobre a valorização do trabalho humano. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24024.pdf>. Acesso em: 02 abr.2008.

A questão do combate ao desemprego também está inserido no artigo 170 da Constituição Federal. Ou seja, a ordem econômica que produz o desemprego é inconstitucional, por conta de não valorar o trabalho humano, a mesma coisa acontecendo com o trabalho informal, que acaba por proporcionar também a desvalorização do trabalho, posto que é um importante agente que contribui para a redução do valor da mão de obra.

Considerando que a questão da valorização do trabalho humano deve fazer parte de políticas públicas, inclusive sobre a proteção direta do Estado, não é possível defender a tese neoliberal de que as relações de trabalho não possam sofrer a intervenção do Estado. Muito pelo contrário, o Estado deve intervir sempre que o trabalho humano se acha de forma depreciada, iniciando por práticas que podem ser concretizadas principalmente pelo Ministério Público do Trabalho Ministério do Trabalho, e outros órgãos estatais, partindo-se de uma nova concepção de produção do trabalho, o que requer um novo “olhar” sobre as reais condições que devem existir no ambiente de trabalho e por ser dever do poder público, conforme ficou exposto, de proteger o ambiente de trabalho.

Quais são estas condições que fazem do ambiente de trabalho um meio suficiente para a produção de um trabalho digno? Para responder a pergunta formulada, primeiro torna-se necessário apreender o real conceito de tecnologia, considerando que, neste momento, o avanço tecnológico tem feito alterar rapidamente o próprio conceito de trabalho e, conjuntamente, o ambiente de trabalho e, por consequência, o mundo que o cerca.

A tecnologia não é algo advindo da natureza, tratando-se de uma construção humana. Sendo assim, torna-se possível afirmar que a tecnologia é uma extensão humana, ou da criação humana, uma produção social. O exemplo maior é o computador, que tornou capaz a expressão do mundo de uma forma analítica e conceitual, na medida em que, através da lógica e dos números, tornou possível expressar qualquer conceito.

A própria biologia é apresentada levando-se em consideração um código genético, que nada mais é que uma informação programada, fazendo com que a vida se tornasse matemática pura, organizada em um conjunto de informações que podem determinar o tipo de ser que se pretende produzir, como que um fenômeno mecânico, passível de ser conhecido, alterado, reproduzido em condições de igualdade de resultados (clonagem).

Este mesmo raciocínio, exato, mecânico, foi transplantado para as relações do trabalho, fazendo com que elas se despersonalizassem, retirando os múltiplos significados que podem ser atribuídos ao homem e, por analogia, ao espaço social em que ele vive. Essas percepções tornam-se visíveis a partir do momento em que se apropria dos significados construídos pelas ciências sociais, citando como exemplo a antropologia, a história, a sociologia, a psicologia e outras afins.

Segundo Eric Fromm: “no processo de moldar a natureza exterior a ele, o homem molda e modifica a si mesmo”. Segundo Friedmann, o trabalho pode assumir os seguintes aspectos:

a- aspecto técnico, que significa questões referentes ao lugar de trabalho e adaptação fisiológica e sociológica;

b- aspecto fisiológico, que significa o grau de adaptação do homem ao meio físico, podendo envolver aqui o problema da fadiga no trabalho;

c- aspecto moral, que leva em consideração o fato de o trabalho levar em consideração aptidões humanas, motivação, grau de satisfação, a relação entre o trabalhador e a sua personalidade;

d- aspecto social, que irá considerar as questões relacionadas ao meio ambiente do trabalho, devendo-se considerar a interdependência entre o trabalho e o seu papel social e as motivações; e- aspecto econômico, que está ligado ao fator produção de riquezas, levando-se em consideração a questão da propriedade, os bens produzidos, organizações empresariais e outros⁹.

O trabalho pode ser concebido como um conjunto de ações humanizadas, exercidas em uma dada sociedade, acabando por gerar uma interação entre os meios de produção, o trabalhador, a organização social em que ele está inserido, razão pela qual atualmente este fenômeno acaba sendo compreendido pela chamada sociologia do trabalho, que vai estudar, dentre outras coisas, a influência do trabalho nos agrupamentos organizacionais.

Desde as formas como as relações se originam no ambiente do trabalho, tem-se a construção de comportamentos, que se expressam em valores, formas de organização do poder, de se relacionar com ele, as departamentalizações, as comissões, que acabam se exteriorizando para além do universo do ambiente de trabalho, formando as coletividades humanas.

Com a inserção das novas tecnologias, que modificam a forma de produzir, as mudanças ocorridas no ambiente de trabalho, e que se exteriorizam para toda uma comunidade, produzem alterações de comportamento naquele determinado grupo social.

De acordo com o modo como as relações de trabalho se organizam, podem ser provocadas motivações de satisfação ao trabalhador ou de insatisfação. Não basta apenas que as necessidades básicas sejam satisfeitas. Requer-se também que o ambiente de trabalho contribua para o alcance das perspectivas surgidas no trabalhador. Em uma linguagem mais simples, até que ponto o ambiente de trabalho é satisfatório para o empregado, proporcionando-lhe apenas condições existenciais imediatas, sem provê-lo de perspectivas?

O ambiente de trabalho pode trilhar principalmente dois caminhos. O primeiro deles, através de métodos impositivos, quase coercitivos, tenta fazer com

9 FRIEDMANN, Georges. **O trabalho em migalhas**. São Paulo: Perspectiva, 1983, p.10 e ss.

que o trabalhador produza mais e melhor, reduzindo tempo de produção e com isto reduzindo custos e aumentando a lucratividade da empresa. Esses métodos coercitivos podem estar velados, encobertos na própria forma que o sistema organizacional opera.

No segundo caminho, através do trabalho, tenta-se buscar um fim diferente, caracterizado principalmente pela questão participativa, pelo comprometimento do empregado com o empreendimento, dando-lhe responsabilidade, de modo a fazer com que o trabalhador seja dotado de um sentido e o trabalho passe a ter vários fins, que não apenas o lucro.

No segundo caminho o trabalho é visto constitucionalmente, tornando-o capaz de produzir efetivamente a dignidade, o mesmo não ocorrendo no primeiro.

Quando o trabalhador, o empregado, se faz sentir enquanto participante de um processo, a atividade que ele está desenvolvendo proporciona-lhe uma consciência mais ampla de si mesmo e daquilo que está produzindo, possibilitando-lhe apropriar-se verdadeiramente de sua cidadania, desenvolvendo assim um equilíbrio social. É neste contexto que o trabalho passa a ser um elemento ativo, gerando condições para que o homem se exponha de forma criativa, que se traduzem na apresentação das suas potencialidades, gerando novas capacidades, colocando-o no seu verdadeiro posto, que é ser sujeito de ações.

O processo de transformação da sociedade passa pelo sentido que é atribuído ao trabalho. O trabalho como realização do ser humano e não somente como forma de sobrevivência. O trabalho como geração da autoestima e de novas expectativas de vida e não como algo repetitivo, mecânico, ainda nas atividades tidas como mecânicas.

Ao invés disso, a tecnologia, da forma como vem sendo empregada, está criando um fenômeno que por muitos vem sendo chamado de robotização ou rotinização do trabalho. O trabalho, cada vez mais, está sendo executado por máquinas ou por profissionais com menor qualificação, produzindo a chamada horizontalização do trabalho, na busca da redução de custos e, portanto, de aumento dos lucros.

Como consequência, os sistemas organizacionais empresariais acabam por reduzir o número de postos hierárquicos e distribui de forma diferente as atividades, concentrando-as em um mesmo empregado ou no mesmo procedimento já automatizado, criando assim uma nova dimensão para o trabalho.

Estes sistemas são fechados, muitas vezes impossibilitando o pensar, a formação de grupos de integração entre os empregados, reduzindo ainda mais a pouca participação que tinham os empregados nas organizações em que trabalham. Constrói-se ideologicamente uma aparente participação do empregado na atividade empresarial, de forma a não revelar a real situação.

Talvez neste aspecto possa ser explicado o baixo índice de mobilização dos trabalhadores em torno de objetivos comuns, que agora, em razão da nova sistemática empregada pelas organizações empresariais, estão eliminando qualquer possibilidade de reivindicação por melhorias nas condições de trabalho, particularizando o trabalhador e o trabalho que executa, perdendo-se de vez o coletivo.

Dentro deste estudo há um grande perigo no processo de estreitamento da compreensão de ambiente de trabalho, que se descaracteriza como algo transindividual, passando a ser compreendido apenas no plano dos direitos subjetivos.

5. Da responsabilidade do empregador e do Estado pelo meio ambiente empresarial

Ficou demonstrado, neste estudo, que a responsabilidade pelo meio ambiente do trabalho é de caráter público. Deve o Estado, por meio dos seus órgãos competentes, velar pela melhoria das condições do ambiente de trabalho e punir a empresa, caso ela não promova, de forma ampla e irrestrita, a melhoria das condições ambientais.

Inclusive, neste aspecto, cabe a responsabilização direta do Estado, por parte do empregado e ou de toda a sociedade, quando estas ações não estão sendo promovidas, na forma difusa, coletiva ou enquanto direito subjetivo. São estas as questões que serão desenvolvidas ao longo deste tópico.

Quanto à responsabilidade empresarial, merece aqui um estudo o artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal, que trata da obrigação do empregador na redução dos riscos inerentes ao trabalho e inciso XXVII do mesmo diploma, que garante ao empregado o recebimento de indenização, no caso do empregador ter agido com dolo ou culpa (na forma reparatória, monetarizada), em tendo sofrido danos decorrentes do trabalho, em especial, aqui, resultante de acidente de trabalho.

Observa-se em dispositivos constitucionais já aqui citados, em especial os artigos 200 e 225, partindo-se de uma interpretação unitária da Constituição Federal, levando-se em consideração também que a Constituição Federal é dotada de completa efetividade, que o ambiente de trabalho que não conduza o homem à condição de sujeito de transformações, ou que o exponha à condição indigna, de tal sorte que ecloda na falta de sua participação no processo produtivo, poderá render contra o Estado responsabilidades, no tocante à obrigações, como, por exemplo, a adoção de políticas públicas que façam as empresas mudarem seus procedimentos gerenciais ou o cumprimento efetivo do dever de fiscalizar.

A forma mais correta de agir é a busca por não deixar que ocorra o resultado danoso, por saber que a indenização pura e simples do dano não faz possível resgatar o prejuízo sofrido. No caso dos prejuízos causados contra a dignidade no trabalho, por certo não são resgatáveis, e a indenização é uma forma precária de tratar o problema.

Em síntese, tenta-se dar eficácia imediata ao contido nos artigos 170 e 193 da Constituição Federal, remodelando a forma de se pensar o ambiente de trabalho e trazendo à baila a responsabilidade do poder público com a criação deste ambiente.

Quando se examina o artigo 927 parágrafo único do Código Civil, defende-se a responsabilidade objetiva do empregador (responsabilidade sem a necessidade de culpa ou dolo), nos casos de a atividade empresarial desenvolvida ser considerada, por sua natureza, de risco.

Porém, esquecem-se os doutos estudiosos do assunto, que em grande parte, as atividades de risco, por sua natureza, podem ser alteradas ou amenizadas, caso se adotem novos métodos gerenciais de produção, ainda que em dadas hipóteses não seja possível eliminar totalmente o risco. Estas tentativas são também obrigações empresarial, fazendo parte daquilo que deve ser entendido como função social da empresa, expressa no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, razão pela qual, mais uma vez, torna-se robusto o convencimento no sentido de que qualquer ação do empregado ou de terceiros que vise à melhoria do meio ambiente de trabalho comportará a aplicação da teoria objetiva.

E mesmo para as atividades que por sua natureza não apresentem este risco, também se torna possível, por conta da condição de a proteção ao meio ambiente do trabalho ser direito fundamental, a aplicação da teoria objetiva contra o empregador nestes casos, seja quanto à prevenção, combatendo-se as distorções constatadas no ambiente de trabalho, quando não atendidos os princípios plasmados nos artigos 170 e 193 da Constituição Federal, seja no que se refere à indenização pelos danos, quando estes já tiverem ocorrido.

Observa-se aqui, partindo do novo entendimento, que se defende, quanto à compreensão acerca do significado de ambiente de trabalho, um efeito direto no tocante à teoria a ser aplicada no que se refere à responsabilidade do empregador. Melhor explicando: partindo do conceito de direito fundamental para o ambiente de trabalho, tem-se a aplicação da teoria objetiva, tanto no tocante ao empregador e como no que se refere ao Estado.

Devido em parte à função social empresarial, a empresa está obrigada a adotar ações positivas no tocante à reformulação de suas práticas empresariais, com vistas a atender o contido nos dispositivos citados.

Quanto ao Estado, é interessante voltar aos contornos sobre a proteção ambiental para, após, tratar de forma mais concreta sobre a responsabilidade do

ente público. O avanço tecnológico, conforme já tratado ao logo deste estudo, tem afetado o ambiente de trabalho, com consequências danosas para os que nele diretamente interagem. São procedimentos de proteção o enxugamento dos postos de trabalho, a geração da necessidade da polivalência do trabalhador, o ritmo de produção acompanhando uma determinação do mercado, a redução de custos que acaba aumentando o perigo de acidentes de trabalho.

O dano ao meio ambiente do trabalho é também de responsabilidade do Estado, seja de forma ativa (ação) ou passiva (omissão). Já existem decisões no campo do direito ambiental geral sobre a responsabilidade do poder público, tendo sido reconhecida a responsabilidade do Estado por omissão subjetiva. No caso, existe entendimento junto ao Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a responsabilidade do Estado é objetiva no tocante ao meio ambiente. Porém, se se tratar de responsabilização sua por omissão, por ter, por exemplo, deixado de fiscalizar uma empresa no tocante ao cumprimento das normas de proteção, deve-se provar que não houve fiscalização.

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.
2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.
3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora autoindenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a

sociedade benéfica.¹⁰ No caso do meio ambiente de trabalho, surge o dever do Estado na fiscalização propriamente dita do cumprimento das exigências materiais do meio ambiente, conforme encontra-se plasmado nos artigos 154 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, através do Ministério do Trabalho, e, com fulcro principalmente no artigo 170 da Constituição Federal, deve o Estado promover e garantir que a ordem econômica esteja de fato fulcrada na valorização do trabalho humano, incluindo-se aqui a sua obrigação de fazer surgir um ambiente de trabalho que propicie as condições suficientes para a manifestação, criação e crescimento em todos os sentidos de todos aqueles que diretamente ou indiretamente com ele se relacionem. A ação judicial cabível nesta espécie será a Ação Civil Pública a ser promovida pelo Ministério Público do Trabalho, muito embora existam autores que defendam a legitimidade do Ministério Público Estadual para a sua propositura. Isto se deve por conta da discussão sobre a competência do órgão jurisdicional para a interposição de tal medida judicial. Nesta linha de raciocínio tem-se a responsabilidade solidária do Estado e da empresa na reparação do dano ambiental do trabalho, aplicando-se a teoria objetiva para o caso, muito embora defenda-se neste trabalho que a simples falta de políticas públicas voltadas para a proteção do ambiente de trabalho seja suficiente para a adoção de medidas reparatórias contra o Estado, por se tratar de direito socialmente protegido.

Mais que viabilizar instrumentos que permitam a participação do empregado nos destinos empresariais, criar um ambiente de trabalho estimulante, prazeroso, humanizado, voltado para o enriquecimento das relações sociais, de maneira a fazer com que o ambiente de trabalho contribua com o exercício da cidadania e construa a própria cidadania, é uma necessidade universal.

É um dever empresarial, inafastável, podendo ser cobrado judicialmente caso não executáveis pela empresa. No que tange a parte do Estado, este deverá regular, fiscalizar e intervir quando necessário. Quanto aos organismos internacionais, independentemente da existência ou não de pactos convencionais, deverão promover ações múltiplas junto aos entes de direito público para a adoção de políticas de criação de um ambiente de trabalho digno.

10 STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 647493 SC 2004/0032785-4Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.Julgamento: 21/05/2007.Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA.Publicação: DJ 22/10/2007, p. 233.

6. Considerações finais

Dentro deste raciocínio, foram demonstradas as bases de sustentação para várias afirmativas, valendo citar:

a) que, por ser um direito fundamental, o ambiente de trabalho comporta para a sua proteção ações públicas e privadas, devendo o Estado instrumentalizar-se e exigir do setor privado sua consecução, que, se não houver, implicará na sua responsabilização, possuindo legitimidade para tanto qualquer um que se sinta diretamente ou indiretamente ofendido, dando-se realce aqui especialmente ao Ministério Público do Trabalho, via Ação Civil Pública;

b) que o ambiente de trabalho implica em algo muito maior do que vem sendo compreendido, por conta dos efeitos exarados a partir dele para toda a sociedade;

c) a obrigação das mudanças das formas gerenciais, impondo-se a criação de formas participativas, com efetividade, dos empregados no meio empresarial, também legitimando aqueles que não são diretamente ligados por uma relação de emprego à empresa;

d) por consequência, a possibilidade de limitação de procedimentos de automação, que não primem pela valorização do trabalho humano ou a adoção de novas formas de gerenciamento que valorizem o trabalho humano e, da mesma forma, a responsabilização do Estado, ainda que diante da sua omissão no imediato implemento de políticas públicas; e) a responsabilização objetiva do empregador, caso não atenda, na prática aos princípios plasmados nos artigos 170 e 193 da Constituição Federal.

Referências

ANDRADE, Laura Martins Maia. **Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 28, São Paulo: LTr, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRIEDMANN, George. **O trabalho em migalhas**. São Paulo: Perspectiva, 1983.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

LUZ, Ricardo. **Gestão do clima organizacional**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Débora Brito, OLIVEIRA, Lourival José. Aspectos sobre a valorização do trabalho humano. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/24024.pdf>. Acesso em: 02.abr.2008.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMM, Zeno. Meio ambiente e psicopatologia do trabalho: responsabilidade do empregador. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 32, n. 329, São Paulo: Ltr, p. 283-286, abr. 2008.

XVII Congresso Mundial sobre Segurança e Saúde no Trabalho. Seul, Coreia (notícias OIT), disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/news/nov/nov.php>, acesso em: ago. 2008.

Artigo recebido em 27/08/09

Aceito para publicação 08/12/09

A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS NO PÓS-CONSUMO

SOCIAL ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY OF COMPANIES
IN THE POST-CONSUMPTION TIME

Andiara Flores*

Ana Cláudia Bertoglio Dorneles**

* Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Núcleo Universitário da Região dos Vinhedos (CARVI) – Bento Gonçalves/RS. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista CAPES. Advogada.

** Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista CAPES.

Sumário

1. Introdução 2. Noções preliminares de socioambientalismo e princípios norteadores 3. A sociedade de consumo e a nova sociedade baseada em biomassa 4. Estudo de casos de responsabilidade empresarial no pós-consumo 5. Considerações finais 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Socio-environmental preliminaries notes and guiding principles. 3. The consumer society and new society based on biomass. 4. Case studies of corporate responsibility in the post-consumption time. 5. Final remarks. 6. References.

Resumo

Este *paper* explana a relação de pós-consumo de algumas empresas diante da sociedade moderna na qual o consumo é estimulado como parte do processo de valorização do capital. A, ainda reduzida, responsabilidade socioambiental das empresas vem sendo questionada por consumidores conscientes da degradação ambiental, impondo, assim, novos desafios empresariais diante do ao paradoxo do consumo e a respectiva inovação tecnológica e a preservação do meio ambiente.

Palavras-chave: responsabilidade socioambiental; sociedade; pós-consumo.

Abstract

This article explain the post-consumption relationship of some companies before modern society, in which consumption is stimulated as a part of the capital valorization process. The companies' social environmental responsibility, still reduced, has been questioned by environmental conscious consumers about degradation. Consequently, this imposes new organizational

challenges facing the consumption paradox and the respective technological innovation and the environment preservation.

Keywords: social environmental responsibility; society; post-consumption

1. Introdução

A degradação ambiental encontra-se em nível global e praticamente irreversível. A Terra caminha, a passos largos, para uma insustentabilidade ambiental, que preocupa todos aqueles que buscam, com responsabilidade, a preservação da natureza e, conseqüentemente, da própria vida.

Seguindo este propósito, surge o socioambientalismo e seus princípios norteadores, na busca do desenvolvimento sustentável a partir da inserção das questões sociais neste objetivo, como forma de garantir a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No entanto, com a consolidação do capitalismo e a progressão da sociedade de consumo, tem-se a expansão da problemática ambiental através da finitude dos recursos naturais e do aumento do lixo gerado por esse sistema.

Desta forma, torna-se imprescindível aliar a responsabilidade empresarial às ideias socioambientais, na busca do efetivo desenvolvimento sustentável, preconizando políticas de produção limpa e de redução de impactos ambientais.

Neste sentido, demonstram-se alguns casos de responsabilidade empresarial no pós-consumo, os quais, além de implementarem programas de reciclagem, capacitação profissional e infraestrutura nas cooperativas de catadores, contribuem para o aumento da renda dessas pessoas e, conseqüentemente, para melhores condições de vida (ou sobrevivência).

2. Noções preliminares de socioambientalismo e princípios norteadores

O socioambientalismo brasileiro nasceu na segunda metade dos anos 80, a partir de articulações políticas entre os movimentos sociais e o movimento ambientalista. Seu surgimento ocorreu no processo histórico de redemocratização do país, iniciado com o fim do Regime militar, em 1984, e consolidado com a promulgação da nova Constituição, em 1988, e a realização de eleições presidenciais diretas, em 1989¹.

¹ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Pierópolis, 2005, p. 31.

O socioambientalismo fortaleceu-se nos anos 90, principalmente, depois da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992 – Eco-92 – quando os conceitos socioambientais passaram claramente a influenciar a edição de normas legais internas.²

O socioambientalismo, no Brasil, nasceu baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais³.

Aliado à construção da ideia socioambiental no Brasil, surge o conceito de desenvolvimento sustentável, primeiramente em 1987, no relatório das Nações Unidas, intitulado “Nosso Futuro Comum” ou mais comumente conhecido como Relatório Brundtland, o qual prescrevia que desenvolvimento sustentável é entendido como aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades⁴.

Assim, a sustentabilidade ecológica aparece como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção⁵. No entanto, é necessária uma combinação viável entre economia e ecologia, pois as ciências naturais podem descrever o que é preciso para um mundo sustentável, mas compete às ciências sociais a articulação das estratégias de transição rumo a este caminho⁶.

Interligado ao desenvolvimento sustentável tem-se o princípio da equidade intergeracional, a qual sujeita as gerações atuais a manter e a preservar o meio ambiental para as futuras gerações. Ambos os princípios interagem de forma a efetivar suas responsabilidades, atuando de maneira solidária com as gerações futuras e, principalmente, proporcionando às atuais gerações a possibilidade de também usufruírem da natureza, de forma consciente e racional.

A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras. Um posicionamento equânime não é fácil de ser encontrado, exigindo-se considerações de ordem ética, científica e econômica

2 SANTILLI, Op. cit., p. 31.

3 Ibidem, p. 35.

4 Ibidem, p. 30.

5 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 15.

6 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Paula Yone Stroh (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 60.

das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente⁷.

Neste mesmo entendimento, Simone Wolff⁸ leciona:

O princípio da equidade intergeracional traduz um desejo comum de justiça entre as gerações atuais e as gerações futuras. Tal justiça corresponderia, entre outros aspectos, à igualdade de oportunidade de desenvolvimento socioeconômico no futuro, graças à prática da responsabilidade no usufruto do meio ambiente e de seus elementos no presente. Para que a oportunidade de utilização equitativa da natureza pelas gerações possa durar, é condição indispensável que os legados naturais estejam bem conservados.

Como princípio basilar de todos os princípios acima descritos, tem-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. O art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, menciona que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, diretamente relacionado com o direito à vida das presentes e futuras gerações. Ademais, todos os outros direitos humanos fundamentais pressupõem um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. A inter-relação entre os direitos humanos fundamentais e o Direito Ambiental é essencial, pois o meio ambiente se relaciona com todos os aspectos da vida. Se não houver um ambiente saudável, de nada adiantará um crescimento econômico acelerado ou um grande desenvolvimento tecnológico⁹.

Nesse sentido, Ayala¹⁰ afirma que o direito fundamental ao meio ambiente nas sociedades de risco é definido a partir de uma compreensão social do futuro. Nesta, a promessa do futuro evoca a atribuição de deveres, a imposição de obrigações e o exercício de responsabilidades entre todos os membros da sociedade e do Estado, em um modelo ético de compromisso, que se encontra expresso de

7 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 51.

8 WOLFF, Simone. Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade... **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 6, n. 67, dez./2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/artigos/Art_Simone.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

9 GOMES, Daniela Vasconcelos. Solidariedade Social e cidadania na efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Trabalho e Ambiente**, Caxias do Sul, v. 4, n. 6, p. 205-216, jul./dez. 2006, p. 206.

10 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 196.

forma inovadora em nosso texto constitucional, como obrigação constitucional retratada no art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, no caso da Constituição Brasileira, que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, caracterizando-se pelo cunho social amplo e não meramente individual. Da leitura global dos diversos preceitos constitucionais ligados à proteção ambiental, chega-se à conclusão de que existe verdadeira consagração de uma política ambiental, como também de um dever jurídico constitucional atribuído ao Estado e à coletividade¹¹.

Desta forma, verifica-se que a preocupação com o direito fundamental ao meio ambiente é preocupação global, haja vista que o meio ambiente é indispensável à sadia qualidade de vida e, principalmente, à existência humana. O fato de se revelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado um patrimônio coletivo conduz à conclusão de que sua manutenção não só é imprescindível ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, mas também à realização da sociedade como comunidade, isto é, como âmbito onde se travam relações entre sujeitos, voltadas, em última análise, à consecução de um objetivo de bem-estar comum¹².

Neste sentido, será analisada a preocupação de algumas empresas com a defesa e preservação do meio ambiente, como responsabilidade preceituada na Constituição Federal, acompanhando o destino dos dejetos provenientes do pós-consumo e/ou de rejeitos resultantes do processamento de materiais.

Antes de analisarmos as ações empresariais na eliminação dos rejeitos e dejetos provenientes do pós-consumo, faz-se imprescindível analisarmos sucintamente a sociedade moderna capitalista e a proposta de uma nova sociedade baseada em biomassa.

3. A sociedade de consumo e a nova sociedade baseada em biomassa

Vive-se, atualmente, em uma sociedade individualista, reflexo das fortes mudanças na vida das pessoas diante da modernidade e conseqüentemente do consumo, regido pela publicidade e motivado pela frenética busca da felicidade nos bens. Assim, é em nome da felicidade que se desenvolve a sociedade de consumo, visto que tudo é pensado, produzido e organizado com vista à nossa maior

11 LEITE, Op. cit., p. 197.

12 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247.

felicidade¹³. Assim, a civilização individualista-mercantil abre continuamente infinidades de ofertas e promessas de uma vida melhor.

Cotidianamente, nos centros urbanos do Brasil, milhões de pessoas realizam deslocamentos, pois 81,25% da população reside em cidades, isto é, 132 milhões de brasileiros segundo o Censo Demográfico do ano 2000 do IBGE¹⁴. Em seu percurso passam em frente de vitrines de lojas, bancas de camelôs ou mesmo circulam em *shoppings centers*, supermercados e armazéns tendo contato visual com uma infinidade de mercadorias, que estimula o consumo que, porém não é viabilizado a todos. Consumo este que é estimulado pela propaganda através de diferentes meios de comunicação. Estes meios fazem-se presentes nas casas, conforme demonstra a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio¹⁵: 18,6% das residências brasileiras em 2005 possuíam computador, enquanto a televisão estava presente em 91,4% dos domicílios e o rádio em 88%.

Permanentemente o indivíduo é motivado ao consumo, novas necessidades são criadas através da propaganda e das próprias relações sociais. Como parte desta engrenagem do sistema, reduz-se o tempo de vida útil das mercadorias visando aumentar a velocidade do ciclo reprodutivo do capital que torna necessária a constante inovação e redução do tempo entre produção e consumo diante da competitividade. Tudo isso impacta no meio ambiente e nas relações sociais de produção, de maneira a ampliar sua degradação em escala mundial diante da liberalização comercial que mantém e aprofunda a hierarquia e a polarização internacional entre os países centrais e os chamados países da periferia.

É verdade que, nos últimos anos, elevou-se o nível de preocupação e conscientização ambiental efetivadas em parte na legislação por conta da pressão dos movimentos ambientalistas e sociais, preocupados com os impactos nos riscos e na qualidade de vida das atuais e futuras gerações. Entretanto, diante do estímulo ao consumo do descartável, do supérfluo, da negação da durabilidade da mercadoria para ampliar sua oferta e reduzir o seu ciclo útil e viabilizar a acumulação de capital, enquanto lógica do sistema, há de se compreender o paradoxo disto com a preservação ambiental.

É importante destacar que isto não é nenhuma novidade da contemporaneidade, e não está contrapondo-se as diretrizes desses movimentos, porque, desde sua instituição, o modo de produção capitalista tem como traço marcante a subordinação das necessidades humanas ao desejo de valorização

13 LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 336.

14 IBGE. Disponível em:

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=686. Acesso em: 20 de jul. 2009.

15 IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/defaulttab_tendencias.shtm. Acesso em: 20 de jul. 2009.

do capital. Situação que gera desperdício, mas encontra-se de acordo com os “sensatos princípios econômicos” desse sistema produtivo, que reduz a vida útil das mercadorias, agilizando o ciclo reprodutivo destas enquanto mecanismo de valorização do capital. Desta maneira, o capitalismo aprofunda a separação entre a produção voltada fundamentalmente para o atendimento das necessidades e sua necessidade de autorreprodução.

No entanto, a sociedade não quer uma vida sem futilidades ou apenas de consumo das necessidades básicas, mas também para sonhar, distrair-se, descobrir novos horizontes, que fazem parte da vida. Como bem alerta Lipovetsky¹⁶, é necessário corrigir a sociedade de consumo, reorientá-la por caminhos menos desiguais e mais responsáveis, porém não a ponto de reverter a economia em favor do ascetismo racional.

Estamos diante dos efeitos negativos de nossos modos de vida sobre o meio ambiente, sendo imprescindível tomar consciência, economizar energia, eliminar desperdícios e principalmente termos indivíduos informados, educados e investidos na missão de salvar o planeta. Em consequência dos limites impostos pela natureza, através dos seus recursos finitos, necessário se faz moderar o consumismo e gerar modos de produção e de consumo menos predadores e destrutivos, ou seja, processos que permitam conciliar desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente¹⁷.

No entanto, o ideal de felicidade e de viver melhor, diante da sociedade de consumo e da massificação dos interesses, desencadeou vertiginosamente as desigualdades sociais. Neste aspecto, Lipovetsky¹⁸ propõe o rompimento com a sociedade consumista como a única solução capaz de restaurar um mínimo de justiça social. Desta forma, somente a lei e as políticas públicas podem frear certos consumos. Assim, esta sociedade de decrescimento aparece como um modelo não desejável.

A hora é do controle ou da limitação do consumismo e não do rompimento, haja vista que o modelo capitalista não desaparecerá de um dia para outro e o mais apropriado seria equilibrar o consumo. Como menciona Lipovetsky¹⁹, nada deterá a expansão do consumo, assim torna-se importante o desenvolvimento sustentável desta sociedade em vez da preocupação com seu desaparecimento.

Contudo, cabe salientar que os indicadores sociais do primeiro Mapa de Pobreza e Desigualdade, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e

16 LIPOVETSKY, Op. cit., p. 347.

17 LIPOVETSKY, Op. cit., p. 342.

18 Ibidem, p. 343-347.

19 Ibidem, p. 343.

Estatística – IBGE²⁰, mostrou que o país tinha 32,6% da população vivendo na pobreza em 2003, sem condições de consumo.

Seguindo este raciocínio, surge a ideia de uma nova civilização, fundamentada no aproveitamento sustentável dos recursos renováveis. Assim, as ideias mecanicistas dão lugar à ecologização do pensamento. Desta forma, necessita-se de uma abordagem holística e interdisciplinar na qual cientistas naturais e sociais trabalhem juntos em favor do alcance de caminhos sábios para o uso e aproveitamento dos recursos da natureza, respeitando sua diversidade.²¹

O sucesso na criação desses projetos sustentáveis dependerá enormemente da habilidade em desenvolver tais sistemas de produção e em torná-los cada vez mais produtivos através da aplicação da ciência moderna. As biotecnologias terão papel fundamental no esforço de alcançar o aumento na produtividade da biomassa e permitir uma expansão na faixa de produtos dela derivados²².

Estes projetos deverão visar a redução da quantidade de matéria-prima, água e energia nas fábricas, o aumento do uso de insumos renováveis, a eliminação ou diminuição de substâncias com alto risco tóxico para seres humanos e o meio ambiente, a atenuação dos potenciais impactos sobre ecossistemas sensíveis, a redução de geração de lixo e resíduos perigosos e o desenvolvimento de biocombustíveis²³.

Ignacy Sachs²⁴, professor e mentor maior do projeto de construção do CDS – Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília – UnB, descreve dez sugestões de pesquisas que entende prioritárias na criação de uma moderna civilização de biomassa, integrando os meios econômicos, sociais, culturais e ambientais, atravessando diversas áreas do conhecimento:

1. Melhor compreensão quanto ao funcionamento dos diversos ecossistemas da Região Amazônica.
2. A criação de bancos de dados locais sobre a biodiversidade. Alguns trabalhos pioneiros, na Índia, demonstram a possibilidade de se alcançar esta meta, mantendo em mãos nativas o controle desses bancos.
3. O estudo da diversidade biológica e cultural deve ser conduzido em conjunto por grupos de cientistas naturais e sociais.

20 IBGE. Disponível em:

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=1293. Acesso em: 20 jul. 2009.

21 SACHS, Op. cit., p. 31-32.

22 SACHS, Op. cit., p. 33.

23 GONÇALVES, José Alberto. Elas querem apagar o passado. **Guia Exame Sustentabilidade 2008**, São Paulo, p. 108, out. 2008.

24 SACHS, Op. cit., p. 38-41.

4. O uso sustentável da biodiversidade requer, ao mesmo tempo, a capacidade de realização de pesquisa avançada no campo da ecologia molecular.
5. O estudo de sistemas de produção integrada, adaptados às condições locais, deve prosseguir em diferentes escalas de produção, desde a agricultura familiar aos grandes sistemas comerciais. Ambos têm lugar em uma estratégia de desenvolvimento sustentável.
6. Um tema importante para a pesquisa é a criação de equipamentos para armazenamento, transporte e processamento de produtos florestais, inclusive os meios de transportes não convencionais (zepelins) e unidades móveis de beneficiamento (fluviais).
7. Diferentes sistemas locais de geração de energia (baseados em biomassa, mini-hidrelétricas, eólicos e solar) devem ser projetados e testados.
8. A modernização das técnicas empregadas pela agricultura familiar de subsistência. A melhoria no funcionamento deste setor tem impacto direto sobre a vida das populações envolvidas, pela consequente liberação de parte da mão de obra para atividades orientadas pelo mercado.
9. A modernização dos sistemas de produção existentes pode assumir maior complexidade com o acoplamento sucessivo de novos módulos de produção.
10. O dimensionamento de sistemas de serviços sociais em domicílios (educação e saúde), adaptados às condições específicas da Amazônia rural com sua população dispersa ao longo dos rios. Esta é uma prioridade de pesquisa, considerando que um maior acesso a tais serviços é fundamental para o funcionamento mais eficiente dos sistemas de produção e para a melhoria das condições de vida. O mesmo vale para a comunicação, tanto no acesso às amenidades culturais como às tão necessárias informações sobre as condições de mercado etc.

Sachs²⁵ reafirma que a crença no progresso nesta direção pode auxiliar os países em desenvolvimento a terem um desenvolvimento mais justo e, ao mesmo tempo, com maior respeito pela natureza.

Além do respeito à natureza, torna-se imprescindível colocarmos a educação e conscientização em prática, para que esta sociedade dê lugar a outro tipo de cultura, principalmente quando a felicidade for menos identificada à satisfação pelo consumo desenfreado, supondo um novo pluralismo de valores.

25 SACHS, Op. cit., p. 42.

Desta forma, vê-se a possibilidade efetiva de uma sociedade sustentável, podendo este princípio sair do plano utópico para integrar a realidade.

4. Estudo de casos de responsabilidade empresarial no pós-consumo

A preocupação com a preservação do meio ambiente – que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras – tem sido a preocupação de algumas empresas, em virtude de que estão tendo seus comportamentos questionados por consumidores conscientes da degradação ambiental, impondo, assim, novos desafios empresariais diante do paradoxo da inovação tecnológica e da preservação do meio ambiente.

Neste momento em que se discute exaustivamente a degradação ambiental em nível global, conceber novas maneiras de cuidar do meio ambiente virou meta de algumas grandes companhias mundo afora. Neste sentido, algumas empresas brasileiras estão dando apenas os primeiros passos rumo à sustentabilidade.

Uma parcela dos empresários está se conscientizando de que a empresa não é somente uma unidade de produção e distribuição de bens e serviços que atende a determinadas necessidades da sociedade, mas ela deve atuar de acordo com uma responsabilidade social que se concretiza no respeito aos direitos humanos, na melhoria da qualidade de vida da comunidade e da sociedade mais geral e na preservação do meio ambiente natural²⁶. Assim, na prática, o conceito de responsabilidade social empresarial promove um comportamento empresarial que integra elementos sociais e ambientais que não necessariamente estão contidos na legislação, mas que atendem às expectativas da sociedade em relação à empresa²⁷.

Na visão empresarial de Aron Belinky²⁸, secretário executivo do Grupo de Articulação das ONGs Brasileiras (GAO) na ISO 26000, ter responsabilidade social empresarial (ou corporativa) é conduzir uma empresa de forma que ela contribua para o desenvolvimento sustentável, incluindo, assim, tanto os aspectos ligados ao meio ambiente, como os ligados às condições sociais e às relações saudáveis com consumidores, trabalhadores e demais *stakeholders*.

Assim, a gestão ambiental responsável elenca como uma de suas ações a recuperação e a reciclagem de seus produtos e subprodutos, além de diminuir a

26 DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 155.

27 DIAS, Op. cit., p 153.

28 BELINKY, Aron. O poder das palavras. **Guia Exame Sustentabilidade 2008**, São Paulo, p. 138, out.2008.

produção de resíduos e, nos casos em que se mantêm, assegurar que tenham um tratamento concreto²⁹.

Podemos designar a reciclagem como o reaproveitamento de materiais beneficiados como matéria-prima para um novo produto. As maiores vantagens da reciclagem são a minimização da utilização de fontes naturais, muitas vezes não renováveis; e a minimização da quantidade de resíduos que necessita de tratamento final, como aterramento, ou incineração. O conceito de reciclagem, portanto, designa os materiais que podem voltar ao seu estado original podendo sofrer nova transformação, e manter as mesmas características do produto que era anteriormente³⁰. O reaproveitamento ou a reutilização consiste em transformar um determinado material já beneficiado em outro; é o reaproveitamento criativo de determinado material, ou seja, não é a transformação física do objeto e, sim, tão somente sua utilização³¹.

Dias³² destaca a pesquisa Fiesp/Ciesp realizada em 2003, que aponta que é encontrado junto às grandes empresas o maior número de práticas de responsabilidade ambiental. O quadro abaixo demonstra alguns números no âmbito de ações referentes a resíduos:

Tipos de Ações	Número de Empregados		
	Até 99	100 a 499	500 ou mais
Implantou processo de destinação adequada de resíduos	68,9	89,2	93,0
Possui programa de reutilização ou reciclagem de resíduos	51,2	66,7	91,1
Participa de alguma Bolsa de Resíduos	7,5	8,5	24,5

Fonte: Fiesp/Ciesp.

A preocupação ambiental com os resíduos e rejeitos deve ser no sentido de que o contato desses elementos com o meio ambiente até sua total eliminação desencadeia uma série de reações químicas danosas à saúde humana.

Como bem explica Barbieri³³, a permanência de um poluente no meio ambiente depende de suas características físico-químicas (volatilidade, solubilidade, reatividade etc.), bem como das características do meio ambiente, como umidade, luminosidade, grau de acidez, etc. Diferentes combinações dessas características geram diferentes trajetórias dos poluentes desde o seu lançamento no meio ambiente imediato até sua eliminação por algum processo natural,

29 DIAS, op. cit., p. 156.

30 WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Reciclagem> Acesso em: 01 fev. 10.

31 WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Reciclagem> Acesso em: 01 fev. 10.

32 Ibidem, p. 163.

33 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23-24.

como a degradação microbiana e a dissociação fotoquímica, ou sua acumulação em organismos ou elementos do meio físico. Uma embalagem de aço jogada ao solo reage com o oxigênio e em alguns anos transforma-se em óxido de ferro, uma substância inofensiva ao meio ambiente; os plásticos por serem inertes, podem permanecer no solo por algumas dezenas de anos e até mesmo séculos. Dioxinas, DDT, Aldrin, Heptaclorobenzeno (BHC) e outros poluentes orgânicos persistentes (POP's), independentemente do meio em que são lançados (ar, água ou solo), por serem altamente solúveis em lipídios, são facilmente absorvidos pelas células gordurosas dos organismos vivos e transmitidos a outros através da cadeia alimentar, causando danos de altíssima gravidade como câncer e alterações genéricas. Os POP's são muito resistentes aos processos químicos, fotoquímicos ou biológicos, o que dificulta a dissolução de seus elementos constitutivos. Além disso, são pouco voláteis e de baixa solubilidade em água e mantêm-se estáveis por longo tempo no ar, na água e no solo, contaminando áreas muito distantes dos locais em que foram lançados. Hoje já não há mais área no Planeta que não esteja contaminada por estes poluentes. Se nenhum grama de POP for lançado a partir de agora, eles ainda continuarão causando danos durante décadas em todo o mundo.

Diversos processos foram e continuam sendo desenvolvidos para capturar, tratar e dispor os poluentes, bem como para usar recursos de modo mais eficiente, podendo-se dizer que o esforço para compreender e dominar os problemas ambientais constitui um dos capítulos mais importantes da história da ciência e da tecnologia. Sem esses processos, a capacidade da Terra de sustentar a vida certamente já teria entrado em colapso, dada a grande variedade de poluentes gerados pelas atividades humanas, as quantidades lançadas ao longo do tempo e as quantidades de recursos utilizadas. A contribuição da ciência e tecnologia tem sido significativa e não seria exagero afirmar que a maioria dos problemas decorrentes da poluição já teria sido resolvida se as soluções conhecidas fossem aplicadas. Porém, questões de ordem política, econômica, social e cultural que estão na raiz dos problemas ambientais retardam ou inviabilizam a adoção de soluções. Todas essas questões devem ser consideradas quando se pretende enfrentar os problemas ambientais e isso é o que grosso modo se denomina gestão ambiental³⁴.

Ademais, as legislações atuais, não conferem, de forma específica, a obrigação legal de as empresas receberem de volta os resíduos dos produtos que colocam no mercado. Ainda que o art. 225 da Constituição Federal de 1988 designe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente, as legislações que conferem eficácia a este princípio tutelado, não se referem aos atos empresariais acima descritos. Desta forma, fica ao olvedrio das empresas a reciclagem dos seus resíduos e a reutilização dos materiais, como forma de tornar sustentável a matéria-prima dos mesmos.

34 BARBIERI, Op. cit., p. 24-25.

As leis de ordem nacional referem-se a casos de poluições, crimes ambientais, sanções penais e administrativas advindas de condutas e atividades lesivas, procedimentos e diretrizes para a Avaliação de Impacto Ambiental, critérios para o Licenciamento Ambiental exigidos das empresas, enquanto a legislação estadual e municipal se encarregam da fiscalização. Ou seja, as legislações ambientais, na sua totalidade, não agem na prevenção lesiva ao meio ambiente, mas após que o dano já foi concretizado e, muitas vezes, não é possível voltar ao *status quo*.

Assim, diante do retardamento e/ou das inviabilizações das soluções dos problemas ambientais, algumas empresas fazem a sua parte na reciclagem das embalagens dos produtos já consumidos ou na reciclagem dos materiais utilizados durante o processamento do produto. Assim, a evolução nos processos de reciclagem revela que as empresas brasileiras começam a ter ações mais claras para reduzir o impacto de suas atividades.

A Coca-Cola³⁵ criou, em 1996, o “Programa Reciclou, Ganhou” tendo por objetivo promover a educação ambiental e estimular a reciclagem de embalagens, contribuindo para minimizar o impacto destas sobre o meio ambiente. Em 10 anos de atividades, o Programa promoveu a reciclagem de quase 180 milhões de embalagens no Brasil. O “Programa Reciclou, Ganhou” dispõe de 30 postos de recepção distribuídos por 24 estados brasileiros e apóia 37 cooperativas de catadores, contribuindo para gerar emprego e renda. Esta iniciativa demonstra, ainda que de forma ingênua, a atuação da empresa no processo de reciclagem, porém este programa deve ser ampliado diante da quantidade de produtos consumidos no país.

O “Programa Coca-Cola Reciclou, Ganhou”³⁶ também contribui para a formação de uma cultura de reciclagem. O Brasil hoje é líder em reciclagem de alumínio, reciclando cerca de 96% das latas colocadas no mercado. Graças ao trabalho, principalmente, das cooperativas de coleta seletiva e de uma indústria recicladora eficiente, o país ostenta também um dos mais altos índices mundiais de reciclagem de embalagens de PET, atualmente em torno de 51,3%. Com os novos usos e a valorização da resina reciclada somados ao incentivo à coleta seletiva e à maior conscientização entre os consumidores, a tendência de aumento da reciclagem do PET deve se manter no futuro. O aumento da consciência dos consumidores a partir de campanhas publicitárias, palestras, conteúdos desenvolvidos nos estabelecimentos de ensino tem provocado uma mudança cultural, contudo para as empresas a mesma pode conter também interesse econômico ao reduzir os custos de produção com o uso de produtos recicláveis.

35 INSTITUTO COCA-COLA. Disponível em: <http://www.institutococacolabrasil.org.br/projeto-meio-ambiente.htm>. Acesso em: 19 jul. 2009.

36 Ibidem. Disponível em: <http://www.institutococacolabrasil.org.br/projeto-meioambiente.htm>.

A Gerdau³⁷ é um grande reciclador e reaproveita anualmente cerca de 16 milhões de toneladas de sucata ferrosa. Isso representa quase 70% de sua produção (índice muito superior à média mundial de 40%). O consumo de sucata pelas operações do Grupo traz benefícios que incluem a redução das emissões de CO₂, a otimização dos processos, a diminuição do uso de energia, a obtenção de custos mais competitivos e o aumento da produtividade. Além disso, o fortalecimento da rede de coleta de sucata contribui com a diminuição do volume de materiais destinados a aterros e resulta em empregos e renda para milhares de cidadãos. Esses trabalhadores são incentivados pela Gerdau a buscar educação e maior acesso a informações.

A maior parte da sucata reciclada pela Gerdau é formado por materiais que deixam de ser úteis à sociedade, como fogões, geladeiras e carros velhos. Esses materiais são reaproveitados e transformados em novos produtos de aço. A Gerdau recicla também o aço resultante do processo produtivo das indústrias, como a automotiva, de embalagens e de eletrodomésticos. A Gerdau também criou o programa “Orientação para o Fornecimento de Sucata”, um projeto inovador elaborado em parceria com o Centro Nacional de Tecnologias Limpas/CNTL - Senai/RS. A iniciativa envolve o treinamento técnico de aproximadamente 1,5 mil profissionais, entre colaboradores e fornecedores. Trata-se de um projeto de capacitação que busca aprimorar o controle de qualidade ambiental realizado pela usina no recebimento e na seleção desta matéria-prima³⁸.

Além da contribuição à natureza, e da ajuda às cooperativas de reciclagem geram-se, também, melhores condições de vida para os catadores, valorizando-se esta profissão, essencial em nossos dias. Importantíssimo ressaltar a conscientização do grupo Gerdau em detectar os recursos finitos da natureza na produção de ferro e antecipar a produção de forma subsidiária através da reciclagem, de forma que as gerações futuras também disponham deste material.

A gestão de resíduos da mineradora Vale³⁹ é descrita como uma preocupação permanente no compromisso com a conservação do meio ambiente. O “Programa de Gestão de Resíduos”, instituído nas unidades a partir de 2002, visa minimizar a geração e racionalizar a destinação final dos resíduos, estimulando a reciclagem, a reutilização, o coprocessamento e, em último caso, a disposição em aterros controlados da própria Vale.

A Vale mineradora realiza atividades de reciclagem e reutilização de produtos em duas unidades que transformam alumina em alumínio, utilizando

37 GERDAU. Disponível em: <http://www.gerdau.com.br/meio-ambiente-e-sociedade/reciclagem-a-sucata.aspx>. Acesso em: 24 jul. 2009.

38 Ibidem. Disponível em: <http://www.gerdau.com.br/meio-ambiente-e-sociedade/reciclagem-a-sucata.aspx>.

39 VALE. Disponível em: <http://www.vale.com/vale/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=647>. Acesso em: 24 jul. 2009.

produtos derivados de materiais secundários para refusão. A Valesul, no Estado do Rio de Janeiro, reinsere em seu processo produtivo materiais pós-consumo (latas de alumínio, por exemplo) e refugos industriais provenientes de outras atividades. Por sua vez, a Albras, no Estado do Pará, reutiliza somente refugos industriais. As duas empresas possuem também a reciclagem interna, ou seja, a reutilização de sucata interna, que é novamente fundida. O reaproveitamento externo busca diminuir os gastos de produção característicos do negócio, reduzir o volume de matéria-prima necessário no processo industrial e ampliar a capacidade de produção⁴⁰.

A Unilever Brasil⁴¹ atua de forma global, envolvendo todos os processos da companhia. Isto significa incluir a preocupação com o meio ambiente e a geração de resíduos em áreas como desenvolvimento de novos produtos/embalagens, processos de manufatura, escritórios, distribuição e consumo. Baseado na sistemática dos 3 R's (Reduzir, Reutilizar e Reciclar), a Unilever busca parcerias com fornecedores, envolvendo a devolução de embalagens e estudo de novas formas de abastecimento de insumos, além do desenvolvimento de novos processos para a reciclagem de materiais, incluindo compostagem orgânica. A reciclagem da Unilever no Brasil possui um índice de 98%. Apenas 2% dos resíduos gerados nos processos produtivos seguem para aterros ou incinerações, como os resíduos de laboratórios e ambulatórios. Esses esforços demonstram a busca frequente pela sustentabilidade do negócio, e várias iniciativas já estão colhendo resultados.

A reciclagem e o reaproveitamento de produtos também são preocupações das empresas Bunge⁴². Devido à normas referentes a produtos alimentícios, a Bunge Alimentos não utiliza resíduos de outros processos na fabricação de produtos para o consumo humano. As atividades produtivas das empresas Bunge no Brasil geram tipos variados de resíduos. Sua destinação segue as normas e regulamentações brasileiras e recorre, principalmente, a aterros sanitários e industriais, reciclagem, reutilização, tratamentos, devolução ao fornecedor, coprocessamento, incineração e compostagem. Nas empresas Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, a disposição adequada dos resíduos é determinada pela Gerência de Qualidade e Meio Ambiente, em consonância com a legislação ambiental e as melhores práticas ambientais.

40 VALE. Disponível em: <http://www.vale.com/vale/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=647>.

41 UNILEVER. Disponível em: <http://www.unilever.com.br/sustainability/Meioambiente/Desenvolvimento/Residuos/index.aspx>. Acesso em: 25 jul. 2009.

42 BUNGE. Disponível em: <http://www.bunge.com.br/sustentabilidade/2008/port/13.htm>. Acesso em: 25 jul. 2009.

Resíduos gerados em 2007, por disposição e peso (ton)*		
Resíduos não perigosos	Compostagem	5.642,20
	Aterro	4.548,48
	Reutilização	4.988,32
	Reciclagem	75.913,39
	Recuperação	42,90
	Incineração	6.267,70
	Armazenamento no local	17.737,16
Resíduos perigosos	Reutilização	8.860,82
	Reciclagem	21,51
	Aterro	193,04
	Processamento em fornos de cimento	153,00
Total		124.368,51

* Inclui informações da Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes.

Nos seus processos produtivos, as empresas do Grupo Bunge são orientadas a fazer uso racional dos recursos hídricos, economizando e reutilizando-os na medida do possível. Em 2007, a Bunge Alimentos e a Bunge Fertilizantes reutilizaram 59.817.702,071 m³ de água, considerando apenas as unidades que possuem sistema para medir essa quantidade. As plantas da Bunge Alimentos obtiveram um índice, no ano, de 8,81% de água reciclada, usada para irrigação, lavagem de piso e áreas sem contato com produtos e sistemas de refrigeração. Na Bunge Fertilizantes, as unidades de Cubatão (20,3%), Araxá (65,68%) e Cajati (42,55%) possuem sistemas para medir o índice de reuso de água. A planta de Guará, por sua vez, não está preparada para gerar essa informação, entretanto realiza captação de água pluvial e reaproveita efluentes industriais para utilização na sua linha de produção⁴³. A reutilização da água pelas indústrias talvez seja a mais importante das reciclagens, pois permite que a água doce saudável seja utilizada para o consumo humano, enquanto as indústrias façam uso através do seu reaproveitamento, proporcionando assim, menores riscos de escassez deste bem fundamental à sobrevivência humana.

No entanto, nos interessa saber se todas estas ações são apenas instrumentos de marketing para promoção de tais empresas através dos ganhos de imagem, ou se realmente há uma preocupação e uma responsabilidade socioambiental eficaz. Neste sentido, Gonçalves⁴⁴ observa que, apesar dos enormes desafios tecnológicos pela frente, os investimentos das empresas no desenvolvimento de produtos inovadores mostram que a produção verde é mais do que um modismo passageiro e pode ser uma valiosa colaboração para outros setores da economia que correm contra o tempo para tornar sua produção mais limpa.

43 BUNGE. Disponível em: <http://www.bunge.com.br/sustentabilidade/2008/port/13.htm>.

44 GONÇALVES, Op. cit., p. 109.

Do ponto de vista do marketing socioambiental, cabe às organizações atenderem às necessidades dos consumidores dentro de uma perspectiva de equilíbrio entre os lucros das organizações, os interesses dos consumidores e o bem-estar da sociedade. O marketing social e ambiental tem dois objetivos-chave⁴⁵:

1. Desenvolver produtos que equilibrem necessidade dos consumidores e tenham um preço viável e conveniente com compatibilidade socioambiental.
2. Projetar uma imagem de alta qualidade, incluindo sensibilidade socioambiental, quanto aos atributos de um produto e quanto ao registro de trajetória de seu fabricante, no que se refere à responsabilidade social.

Registra-se, aqui, um paradoxo, no qual, ao mesmo tempo em que as empresas pregam a responsabilidade socioambiental, permanecem articulando o consumo através da publicidade. Desta forma, nota-se que os princípios econômicos apenas se revestem de nova roupagem, mas permanecem com seus objetivos.

Por fim, cabe ressaltar que, independentemente do ponto de vista das empresas, se é nova cultura ou apenas marketing verde, o relevante é a sensibilidade ao impacto que as atividades de marketing têm no ambiente e na sociedade, enquanto também estimulam práticas para minimizar ou mesmo reduzir qualquer reflexo negativo sobre o meio ambiente⁴⁶.

Espera-se, porém, que as empresas cumpram seu real compromisso na construção de um mundo socialmente justo, ecologicamente viável e economicamente próspero, além de que, somente com as ações do presente, garantiremos a vida no futuro.

5. Considerações finais

O presente estudo buscou demonstrar a importância da responsabilidade empresarial no pós-consumo, principalmente através da reciclagem, e na eliminação de rejeitos provenientes da produção de bens, como forma eficaz de implantação do desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, as empresas brasileiras estão dando apenas os primeiros passos na efetivação dos processos limpos e na implementação da reciclagem. Ademais, estes procedimentos também geram novas possibilidades de crescimento

45 OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade**: sustentabilidade e responsabilidade social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

46 OLIVEIRA, Op. cit., p. 128.

econômico, bem como proporcionam melhores condições de vida às pessoas que dependem das cooperativas para sobreviver.

No entanto, não temos como garantir que estas empresas estejam realmente engajadas neste compromisso, ou se apenas demonstram sua preocupação como forma de melhorar sua imagem na sociedade, atraindo novos investidores e, principalmente, novos consumidores. Espera-se, contudo, que estas empresas estejam verdadeiramente comprometidas com o meio ambiente e sua sustentabilidade.

Ressalta-se, por fim, que o presente trabalho não teve a pretensão de esgotar um tema tão relevante e atual. Ao contrário, pensa-se ter atingido o escopo de refletir e propagar a responsabilidade socioambiental das empresas no pós-consumo, através da reciclagem, da produção mais limpa, da reutilização de materiais e do reaproveitamento da água. Nesse sentido, para que as mudanças sejam efetivas, além da responsabilidade das empresas, também é preciso contar com o consumidor, o qual passa a ser um agente de indução das ações das empresas.

Referências

- BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BELINKY, Aron. O poder das Palavras. **Guia Exame Sustentabilidade 2008**, São Paulo, p. 138, out.2008.
- BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 37-61, out. dez. 2008.
- BUNGE. Disponível em: <http://www.bunge.com.br/sustentabilidade/2008/port/13.htm>. Acesso em: 25 jul. 2009.
- CALEJON, Serena. A vida depois da exploração. **Guia Exame Sustentabilidade 2008**, São Paulo, p. 119-120, out.2008.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade**. São Paulo: Atlas, 2007.
- GERDAU. Disponível em: <http://www.gerdau.com.br/meio-ambiente-e-sociedade/reciclagem-a-sucata.aspx>. Acesso em: 24 jul. 2009.
- GIANINI, Tatiana. Tão valiosa quanto o petróleo. **Guia Exame Sustentabilidade 2008**, São Paulo, p. 84-87, out.2008.
- GOMES, Daniela Vasconcellos. Solidariedade Social e cidadania na efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Trabalho e Ambiente**, Caxias do Sul, v. 4, n. 6, p. 205-216, jul./dez. 2006.
- GONÇALVES, José Alberto. Elas querem apagar o passado. **Guia Exame Sustentabilidade 2008**, São Paulo, p. 106-109, out.2008.

IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/defaulttab_tendencias.shtml. Acesso em: 20 de jul. 2009.

IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=686. Acesso em: 20 de jul. 2009.

IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1293. Acesso em: 20 de jul. 2009.

INSTITUTO COCA-COLA. Disponível em: <http://www.institutococacolabrazil.org.br/projeto-meioambiente.htm>. Acesso em: 19 jul. 2009.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: **CANOTILBRASILEIRO**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 131-204.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Organização: Paula Yone Stroh. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Pierópolis, 2005.

UNILEVER. Disponível em: <http://www.unilever.com.br/sustainability/Meioambiente/Desenvolvimento/Residuos/index.aspx>. Acesso em: 25 jul. 2009.

VALE. Disponível em: <http://www.vale.com/vale/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=647>. Acesso em: 24 jul. 2009.

WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Reciclagem> Acesso em: 01 fev. 10.

_____. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Reciclagem> Acesso em: 01 fev. 10.

WOLFF, Simone. Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade... **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 6, n. 67, dez./2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/artigos/Art_Simone.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

Recebido em 04/09/09

Aceito para publicação 03/11/09

DESCARBONIZAÇÃO: RELEVÂNCIA AMBIENTAL E ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

DECARBONISATION: ENVIRONMENTAL RELEVANCE AND TAX ASPECTS

.....
Ana Paula Duarte Ferreira Maidana*
Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi**

*Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR, Marília, SP. Professora do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), Campo Grande, MS.

** Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR, Marília, SP.

Sumário

1 Introdução. 2 Meio ambiente: bem da humanidade. 3 Desenvolvimento econômico e implicações ambientais. 4 Matrizes energéticas e desenvolvimento sustentável: a descarbonização. 5 Gestão pública: um panorama geral. 6 Políticas públicas ambientais no Brasil. 7 A tributação como instrumento de atuação estatal na ordem econômico-ambiental. 8 Normas tributárias indutoras e descarbonização. 9 Considerações finais. 10 Referências.

Summary

1. Introduction. 2. environment: humanity good. 3. Economic development and environmental implications. 4. Power matrixes and sustainable development: decarbonization. 5. Public management: an overview. 6. Environmental public policies in Brazil. 7. Taxing as a tool for state action in the environmental economical order. 8. Inductor tax rules and decarbonization. 9. Final Remarks. 10. References

Resumo

A partir da premissa de que o meio ambiente saudável e equilibrado é tratado na Constituição Federal de 1988 como direito humano fundamental e como princípio norteador da ordem econômica, o presente trabalho aborda a questão da utilização de matrizes energéticas associadas à emissão de gases causadores do efeito estufa e do seu efeito impactante no meio ambiente. A análise do modelo energético carbonizado passa pela consideração do paradigma de desenvolvimento econômico constitucionalmente consagrado – o desenvolvimento sustentável – que compatibiliza as necessidades da racionalidade econômica com proteção ambiental. No campo da produção e utilização de energia a ideia de desenvolvimento sustentável está atrelada à descarbonização da economia. Dada a relevância do bem jurídico ambiental, cumpre ao Estado intervir na ordem econômica com o intuito de promover sua preservação, mediante a adoção de políticas públicas a ela orientadas. Dentre os diversos instrumentos jurídicos de que pode se valer o Estado para intervir na economia, destaca-se a utilização da tributação extrafiscal como meio legítimo de se induzir comportamentos. Será analisado, pois, como o instrumental tributário vem sendo empregado no

Brasil em relação às diversas fontes energéticas disponíveis e a pertinência da adoção de uma política tributária voltada ao desenvolvimento de novas tecnologias que permitam a utilização em larga escala de matrizes energéticas descarbonizadas.

Palavras-chave: Descarbonização; meio ambiente; políticas tributárias.

Abstract

On the assumption that the healthy and balanced environment is regarded as a fundamental human right by the 1988 Federal Constitution, as well as that it stands as a guiding principle of the economic order, this paper deals with the use of energy matrix associated with the emission of gases causing the greenhouse effect and its impacts on the environment. The analysis of the carbonized energetic pattern concerns the paradigm of economic development that is constitutionally enshrined – sustainable development – which makes environmental protection compatible with the needs of economic rationality. In the field of energy generation and use, the idea of sustainable development is associated with economy decarbonization. Due to the relevance of the environmental juridical good, it is the State's responsibility to intervene in the economy by adopting public policies aimed at environmental preservation. Among the legal instruments that can be used to intervene in the economy, there are: extra fiscal taxation, as a legitimate means of inducing behavior. It will therefore be analyzed how the instruments related to taxation have been used in Brazil in relation to the different available energetic sources and the pertinence of adopting a tax policy aimed at the development of new technologies which allow the large scale use of decarbonized energetic matrix.

Keywords: decarbonization; environment; tax policies.

1. Introdução

A temática do meio ambiente vem ganhando novos contornos a cada dia e a preservação ambiental, antes tratada apenas por ecologistas e ambientalistas, é hoje o centro de discussões travadas por juristas, economistas, biólogos, políticos, empresários e representantes da sociedade civil organizada de diversos países, diante da tomada de consciência da real ameaça à vida no planeta, resultado da exploração predatória dos recursos naturais.

Tomado o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado como um direito fundamental de terceira geração, entende-se que a todos – sociedade e Estado – incumbe a sua proteção. Na ordem constitucional brasileira, a preservação ambiental é posta também como princípio norteador da atividade econômica, ao lado da livre iniciativa, do direito ao trabalho digno e da função social da propriedade, o que revela a necessidade de compatibilização entre desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente.

Entre as inúmeras agressões ao meio ambiente causadas pela exploração econômica, talvez uma das mais graves seja a emissão de gases causadores do

efeito estufa, em especial o dióxido de carbono (CO₂). O problema, relacionado à utilização de matrizes energéticas dependentes da queima de combustíveis fósseis, vem provocando mudanças climáticas drásticas em todo o planeta.

Considerando que o modelo energético atual não é sustentável, não atendendo, portanto, à determinação constitucional de conciliação entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, este estudo busca analisar de que modo o Estado brasileiro se comporta diante da questão da descarbonização da economia, assim como a pertinência da adoção de uma política tributária capaz de alavancar o desenvolvimento tecnológico no campo da energia limpa, assim como sua ampla utilização.

2. Meio ambiente: bem da humanidade

Os direitos humanos de terceira geração abrangem os direitos de solidariedade e fraternidade, que se constituem pelo meio ambiente equilibrado, pela vida saudável e pacífica, pelo progresso e pelo avanço da tecnologia. Estes direitos são consolidados no ordenamento constitucional vigente, constituindo um mecanismo de proteção aos direitos humanos inerentes aos indivíduos.

A proteção aos direitos humanos ocorreu com o fim da Segunda Grande Guerra, em 1945, quando 50 países se reuniram na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, comprometendo-se em manter como prioridade os interesses mundiais em razão da paz, da proteção dos direitos humanos, as liberdades fundamentais e o desenvolvimento dos Estados.

No mesmo ano surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), com os mesmos fins, e, por derradeiro, em 10 de dezembro de 1948, proclamou-se a tão discutida e comentada Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 3º assevera que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”¹.

Assim, ao aludir “à vida” está-se referindo também ao meio ambiente, pois que se há de reconhecer que este bem está intrinsecamente ligado às condições essenciais para a existência da vida. Diante disso, o meio ambiente equilibrado e saudável é declarado como um dos direitos humanos fundamentais.

Neste contexto, não se pode deixar de referenciar a Conferência em Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pela ONU em 1972, no qual se apontou em uma esfera mundial, para a necessidade de se estabelecer critérios e princípios comuns para a preservação do meio ambiente humano (natureza/recursos naturais). Os princípios 1 e 22 da Declaração de Estocolmo

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Haia, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 30 mar. 2009.

determinam claramente a obrigação e a responsabilidade do homem e do Estado perante o meio ambiente:

Princípio 1. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras [...].

Princípio 22. Os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob o controle de tais Estados causem a zonas fora de sua jurisdição. (grifo nosso)²

Diante da multiplicidade de interesses por parte dos povos e países do mundo, o meio ambiente se coloca como patrimônio comum a toda humanidade, ou seja, interesse global. Em contrapartida, acaba por ser também uma responsabilidade comum a todos, surgindo com isso preocupações em diversos países.

Há países com baixo potencial de desenvolvimento, mas com alto grau de riqueza em recursos naturais; neste cenário surgem diversos conflitos em relação às questões ambientais e à soberania.

Para Guido Fernando Silva Soares³ as grandes questões ambientais da atualidade decorrem dos problemas surgidos com o crescimento das atividades industriais, do consumismo exacerbado, do desejo de crescer economicamente a qualquer preço, da inexistência de preocupação com o impacto da atividade econômica no meio ambiente e da crença de que os recursos naturais seriam infinitos, ou recicláveis automaticamente pela natureza.

Nesta ótica, os países desenvolvidos discursam que os países em desenvolvimento devam diminuir significativamente aquelas atividades consideradas degradantes ao meio ambiente⁴.

Destaca-se o valor supremo que se reconhece ao meio ambiente na atualidade, que ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais, por tratar-se de um patrimônio da humanidade, tornando-se, assim, um objeto de interesse internacional. Decorre daí um dos grandes desafios da humanidade, porque afinal

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/MeioAmbiente/texto/estocolmo.html>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

3 SOARES, Guido Fernando Silva. **As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente**. Campinas: Komedi, 1995.

4 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

as pretensões vão além da defesa dos recursos naturais, voltando-se à questão da proteção social e das gerações futuras, sob o enfoque dos direitos difusos e coletivos.

O embate traz, inclusive, uma resistência em face de uma política ambiental internacional. Enfrentar os problemas ambientais envolve ir além das fronteiras políticas: cumpre analisar as ações do indivíduo x natureza, fato este que ultrapassa o limite geopolítico de um território, haja vista que um desastre ambiental em um país pode vir a afetar outros países.

O processo ambiental que o planeta vem desenvolvendo no decorrer de sua existência implica problemas globais na atualidade, que necessitam ser enfrentados por políticas internacionais urgentes, para que as futuras gerações conheçam e possam usufruir os bens ambientais, sob pena de se colocar em risco a vida futura.

O princípio da soberania deve ser reformulado, devendo moldar-se à ideia de responsabilidade ambiental dos Estados e de cooperação entre eles. Enquanto isso, cada Estado tem o dever de promover meios eficazes de proteção e preservação ambiental, levando em consideração que o regime fiscalizatório do bem da humanidade deve ser eficiente. José Afonso da Silva⁵ esclarece sobre a qualidade do meio ambiente, dizendo:

A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento.

Para o cumprimento de tal mister, a Constituição Federal de 1988 traça um novo panorama da política do meio ambiente, tendo em vista que dispõe, em seu texto, sobre a maneira de discipliná-lo, afirmando ser um direito fundamental da pessoa humana e impondo tanto ao Estado quanto aos indivíduos a obrigação de preservá-lo, estabelecendo, ainda, uma série de princípios que devem ser respeitados.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em seu *caput*, estabelece que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem este de uso comum do povo e de fundamental importância à sadia qualidade de vida. Em razão disso, incumbe tanto ao povo quanto ao Poder Público a sua defesa e a sua preservação, atendendo às necessidades das presentes e de futuras gerações, consagrando inclusive o princípio do desenvolvimento sustentável.

5 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 24.

Com efeito, a Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que celebrou a Política Nacional do Meio Ambiente, já estabelecia ser o meio ambiente um patrimônio público, em razão de se tratar de um bem de uso coletivo.

Conclui-se que não há como dispor deste bem livremente, caso contrário poder-se-á estar colocando esta fonte de recursos e, conseqüentemente, o próprio desenvolvimento da humanidade, em risco.

3. Desenvolvimento econômico e implicações ambientais

O grande crescimento da economia mundial ocorrido a partir da revolução industrial foi acompanhado de agressões ao meio ambiente na forma de devastação de florestas, extinção de milhares de espécies animais e vegetais, comprometimento da qualidade do ar e da água e alterações climáticas significativas, que hoje representam uma ameaça real à vida no planeta, não só para as futuras gerações, mas também para as presentes.

As ações do homem na natureza resultaram de um crescimento econômico predatório, sem consideração ao fato de que os recursos naturais utilizados como matéria-prima ou fonte energética eram finitos e sem a preocupação com os resíduos gerados pelas indústrias ou pelos produtos por elas fabricados, que em poucos anos poluíram o ar das regiões mais povoadas e tornaram imprópria para o consumo grande parte da água potável do planeta.

A constatação dos impactos causados ao meio ambiente pelos agentes econômicos faz surgir, então, uma aparente dicotomia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, na qual a atividade produtiva tende a ser vista como nociva ao meio ambiente e a proteção a este como óbice ao crescimento da economia. Como se disse, no entanto, a dicotomia é apenas aparente, pois ambos os fatores desta equação são imprescindíveis à vida digna, o que torna clara a necessidade de se compatibilizar desenvolvimento econômico e preservação ambiental.

Evidencia-se, assim, o desenvolvimento econômico sustentável como a única maneira de garantir o direito à vida, com toda a amplitude de direitos a esta relacionados: o direito à liberdade, ao trabalho, ao exercício de uma atividade econômica que possibilite o sustento do indivíduo e de sua família, à saúde e ao meio ambiente saudável, que consubstanciam a dignidade da pessoa humana.

Todos estes valores foram consagrados pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual o texto Magno, além de tratar do meio ambiente em capítulo próprio, coloca também a proteção ambiental, ao lado da livre iniciativa e da função social da propriedade, como princípio norteador da atividade econômica, *ex vi* do disposto no artigo 170 da carta maior.

O desenvolvimento sustentável passa, então, a ser uma determinação constitucional, o que revoluciona a maneira como vinham sendo tratados o meio ambiente e o desenvolvimento econômico. Segundo Paulo Roberto Pereira de Souza:

Sai de cena a ideia de desenvolvimento a qualquer preço e assume destaque a ideia do desenvolvimento sustentável.
O novo modelo une profissionais de diversas áreas na formação da nova realidade econômica e a conscientização ambiental exige uma nova postura da sociedade⁶.

Neste contexto, é papel de todos, Estado e sociedade, agentes econômicos e cientistas dos mais diversos ramos do conhecimento, buscar alternativas aos modelos de exploração da atividade econômica até então empregados, de modo a conciliar preservação ambiental e desenvolvimento.

4. Matrizes energéticas e desenvolvimento sustentável: a descarbonização

Não é demais afirmar que qualquer atividade econômica tem sempre um impacto ambiental, que pode ser provocado durante o processo produtivo, durante a utilização dos bens ou serviços disponibilizados ou, ainda, após o descarte do produto não mais servível.

Dentre estes impactos, interessa a este estudo destacar aqueles relacionados aos efeitos, na atmosfera, da emissão de gases causadores do efeito estufa, em especial o dióxido de carbono (CO₂), que é associado à queima de combustíveis fósseis para a geração de energia. Segundo Cláudio Albuquerque Frate⁷, as altas concentrações de CO₂ na atmosfera são hoje responsáveis por oitenta por cento do potencial de aquecimento constatado no planeta.

Preocupa, então, o fato de que o modelo energético atual estrutura-se fortemente na utilização de combustíveis fósseis, principalmente o petróleo, o carvão e o gás. Consideradas as expectativas de aumento da população e de crescimento econômico, que demandarão uma quantidade de energia cada vez maior, conclui-se que a descarbonização da economia, mediante a utilização das

6 SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Orgs.). **Direito empresarial contemporâneo**. Marília: UNIMAR; São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 252.

7 FRATE, Cláudio Albuquerque. **Políticas públicas para energias renováveis: fator de competitividade para energia eólica e siderurgia semi-integrada**. 2006. Dissertação (Mestrado em Política e Gestão Ambiental) – Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://btdt.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=678>. Acesso em: 29 mar. 2009.

chamadas fontes energéticas limpas, não representa apenas o anseio de integrantes dos movimentos ambientalistas de há duas ou três décadas atrás, mas é o único caminho viável para o desenvolvimento sustentável.

Razoavelmente conscientes da necessidade de se adotar posturas afirmativas de combate ao aquecimento global e de se criar um modelo de desenvolvimento econômico mais compatível com a preservação do meio ambiente, representantes de oitenta e quatro países do mundo firmaram, em 1997, o acordo internacional que ficou conhecido como Protocolo de Kyoto⁸. Neste pacto foram estabelecidas metas de redução da emissão de dióxido de carbono e outros gases causadores do efeito estufa pelos países considerados os principais responsáveis pela poluição atmosférica mundial.

O referido Protocolo, reverenciado por representar um marco na interação entre diversos países do mundo rumo ao reconhecimento de que o meio ambiente é um bem universal, pode ser considerado, no entanto, bastante tímido tanto no que se refere às metas estabelecidas quanto aos resultados até agora alcançados.

A utilização de fontes energéticas não carbonizadas esbarra em fatores econômicos pois, em âmbito mundial, não há ainda tecnologias que garantam a disponibilização de energia limpa suficiente, a preços convidativos. Embora a cada dia surjam novas pesquisas relacionadas à produção de energia solar, eólica, a partir de biocombustíveis, hidrólise da celulose, células de combustível, entre outras, sua aplicação em larga escala ainda está por vir.

Com a forte crise econômica mundial deflagrada em 2007, alguns países tendem a se afastar do cerne da questão que envolve a descarbonização das matrizes energéticas. Preocupados em escapar dos efeitos ainda não conhecidos, mas certamente devastadores da crise, recorrem às velhas práticas produtivas para tentar, ao menor custo possível, estimular o consumo e aquecer suas economias.

Em movimento oposto, no entanto, outros países acenam com o investimento em energia sustentável como alternativa de enfrentamento da crise. Nos Estados Unidos, país não signatário do Protocolo de Kyoto, o pacote de estímulo à economia aprovado no Congresso americano no início de 2009 prevê gastos maiores em pesquisa, desenvolvimento e inovação em energia alternativa e renovável⁹.

No Brasil, o uso de fontes energéticas menos poluentes há muito é realidade: o país foi pioneiro na utilização do etanol como combustível; investimentos no uso do biodiesel crescem rapidamente; e a geração de eletricidade se faz, principalmente, por meio de usinas hidrelétricas que, embora também passíveis

8 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de Kyoto**. Kyoto, 1997. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_quioto.php>. Acesso em: 30 mar. 2009.

9 SIMÕES, Janaína. Gases de efeito estufa. **Inovação Unicamp**, Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.inovacao.unicamp.br/report/noticias/index.php?cod=488>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

de provocar danos ao meio ambiente, não recorrem à queima de combustíveis fósseis para a geração de energia.

Paradoxalmente, o último Plano Decenal de Expansão de Energia Elétrica (2008-2017) prevê grande investimento em usinas termelétricas, o que pode elevar em cento e setenta e dois por cento o nível de emissão de gases que provocam o efeito estufa.¹⁰ Há, ainda, a previsão de cortes orçamentários no setor de Ciência e Tecnologia, em função da crise econômica mundial.

A relevância das ações propostas e seus possíveis impactos ambientais são tão significativos que o Ministério Público Federal resolveu, diante da exiguidade do prazo determinado pelo Ministério de Minas e Energia para análise popular do plano proposto, recomendar a dilatação do referido prazo de consulta, a fim de possibilitar aos demais órgãos públicos e à sociedade civil organizada que ofertem comentários e sugestões à política energética do governo¹¹.

A pronta atuação do Ministério Público traz à baila a discussão sobre o papel do Estado Contemporâneo na persecução dos princípios da ordem econômica delineados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. No que se refere à questão ambiental e à ordem econômica, o comando constitucional contido no artigo 170, em combinação com o que disciplina o artigo 225 revela, no dizer de Lafayette Josué Petter¹², a opção constitucional por um modelo de desenvolvimento sustentável. Urge investigar, portanto, de que modo o Estado deverá atuar para atingir o desiderato constitucional.

5. Gestão pública: um panorama geral

O texto constitucional brasileiro de 1988 permitiu que as políticas públicas fossem descentralizadas, deixando que os Estados e Municípios participassem de forma ativa das questões ambientais nas esferas locais ou regionais, resultando em políticas voltadas à realidade daquele Estado, ou seja, concebeu concretamente formas de atuação direta aos problemas ambientais vivenciados pelo determinado ente.

Nessa ordem, os entes federados vêm adotando políticas públicas, assumindo compromissos para a resolução de medidas assecuratórias ao meio ambiente. Destacam-se, no mesmo sentido, iniciativas internacionais de

10 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA. **Fórum ABCE. Plano Decenal – a expansão da oferta e questões ambientais. Que alternativas temos?**: o evento. Disponível em: <<http://www.metodoeventos.com.br/forumplanodecenal/index.php?secao=evento>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

11 BRASIL. Ministério Público Federal. **Recomendação nº 01/09 – 4ª CCR/MPF, de 14 de janeiro de 2009**. Disponível em: <http://ccr4.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/recomendacoes/rec_01_2009_4ccr.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2009.

12 PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

organizações não governamentais sem fins lucrativos, como a International Council for Local Environment Initiatives (ICLEI). Atuando em parceria com os governos locais em prol da sustentabilidade, estes organismos influenciam positivamente na criação de políticas e programas voltados à qualidade da vida humana¹³.

O ICLEI está presente no Brasil por meio do projeto *The Cities for Climate Protection* (CCP) Campaign. Esta campanha ocorre em razão do efeito estufa, melhor dizendo, de um desastre ambiental que vem crescendo assustadoramente. Em combate às mudanças climáticas, estão sendo estudadas políticas públicas de combate ao efeito estufa.

A mudança climática consistiu em um dos temas principais do Fórum Econômico Mundial realizado em Davos na Suíça, que teve início em 28 de janeiro de 2009. Destaca-se que há necessidade de um investimento anual no mínimo de US\$ 515 bilhões para a produção de energia limpa, caso contrário os níveis de emissões de dióxido de carbono serão insustentáveis, consubstanciando em um aumento de 2° C na temperatura global. Este investimento, conforme os analistas, deve ser imediato e prolongado até o ano 2030¹⁴.

Como bem pondera Edis Milaré¹⁵, o Princípio XX da Política Nacional da Biodiversidade tem caráter integrado, descentralizado e participativo, uma vez que todos terão acesso aos benefícios gerados por estas ações de gestão da biodiversidade. Continuando, o autor ainda aborda o assunto dizendo que a biodiversidade é tida como um dos pontos nevrálgicos da questão ambiental, constituindo-se em um risco global, em razão das condições climáticas que o globo terrestre vem apresentando.

Em âmbito nacional, não se pode esquecer que, no Brasil, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981) foi um marco que acabou norteando e balizando as intervenções do governo e da iniciativa privada sobre o meio ambiente, porém deve-se reconhecer que ela possui lacunas conceituais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, houve a constitucionalização da matéria ambiental, deixando claro que a ação governamental tem o dever de implementar planos, programas e projetos que tragam benefícios e a participação de toda a coletividade.

13 MONZONI, Mario; BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana. Políticas públicas municipais em mudanças climáticas e sustentabilidade empresarial. In: IX ENGEMA - Encontro Nacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, 9., 2007, Curitiba. **Anais...** Curitiba: UniCenp, 2007. Disponível em: <<http://engema.up.edu.br/arquivos/engema/pdf/PAP0417.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

14 FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. Energia limpa precisa de investimento anual de US\$ 515 bilhões, diz relatório. **Folha online**, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u495976.shtml>>. Acesso em: 31 mar. 2009.

15 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Mesmo assim, vê-se que o mundo, e em destaque a sociedade brasileira, ainda estão alheios a sua vulnerabilidade quanto às mudanças climáticas futuras. Desta forma, a gestão pública deve contemplar o conhecimento, informando a toda coletividade sobre os riscos inerentes, conquanto é necessário um grande investimento *in loco* baseado em estudos concretos e ainda a avaliação destas questões na ordem da justiça social.

6. Políticas públicas ambientais no Brasil

As políticas públicas são, na verdade, ações desencadeadas pelo Estado, que podem ser nas esferas federal, estadual e municipal, visando sempre ao bem comum da coletividade. Na maioria das vezes, estas ações são desenvolvidas em parcerias com ações não governamentais e inclusive com a iniciativa privada.

No caso específico, é dever do Estado trazer a lume ações preventivas que indiquem alternativas que resultarão em benefícios para a população do país, atendendo principalmente à camada dos hipossuficientes, geralmente os mais afetados pelas questões ambientais, como observado nas questões das mudanças climáticas.

As políticas públicas têm como objetivo designar normas de relação social que envolvam situações emergenciais para uma coletividade, buscando instituir direitos e deveres tanto para o setor público quanto para o privado, balizando de forma clara o real papel da sociedade.

Estas políticas públicas, para Philippe Pomier Layrargues¹⁶, podem apresentar-se de forma autoritária ou democrática, ou seja, se autoritária, podem ser derivadas de um poder burocrático vigente que tem como finalidade a criação de regras que mantenham determinadas alianças políticas, ou, se democráticas, podem provir de verdadeiras necessidades sociais da coletividade.

As políticas públicas devem ser investidas de força social sem privilegiar determinados setores, observando a diversidade natural, social, política e econômica da situação brasileira. O Brasil desenvolve políticas públicas relacionadas às mudanças climáticas desde 1980. Primeiramente, seu objetivo visava tão só às alternativas no campo do petróleo e da economia de energia, porém, com a presença marcante dos efeitos climáticos, as atenções se voltaram para o clima.

Para alcançar os resultados necessários, há que se rever o modelo de geração de energia, mediante o estímulo à pesquisa no campo das fontes energéticas alternativas. Com a implementação das políticas públicas voltadas à mitigação

16 LAYRARGUES, Philippe Pomier. A conjuntura da institucionalização da Política Nacional de Educação Ambiental. **OLAM: Ciência e Tecnologia**, Rio Claro, v. 2, n. 1, 2002. Disponível em: <http://material.nerea-investiga.org/publicacoes/user_35/FICH_PT_34.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2009.

das mudanças climáticas, estará registrada a contribuição da nação brasileira na redução das emissões de gases de efeito estufa.

De qualquer forma, a política pública ambiental pretendida seria aquela que coligasse as várias formas da vida na sociedade, dando relevância às questões sociais, políticas, econômicas e ambientais e valorando todas as questões equitativamente. Afinal, de nada adiantariam todas as outras coisas sem o meio ambiente equilibrado.

Sem dúvida, o programa ambiental deve tangenciar o princípio da sustentabilidade, por preservar a qualidade de vida da espécie humana, considerando que as necessidades da presente geração não devem trazer prejuízo para as gerações futuras. Desta forma, os recursos naturais disponíveis em hipótese alguma devem ser consumidos de forma mais ágil que a reposição ofertada pela própria natureza.

É de se observar que a política ambiental brasileira ainda não está sendo abordada sob uma ótica integrada com as demais áreas, que, por sua vez, possuem políticas próprias que podem ser denominadas de setoriais, mas que visivelmente causam impactos ambientais. Cita-se, na área da saúde e de saneamento, a questão do esgoto descartado a céu aberto, problema comum enfrentado por uma grande parte dos brasileiros, que influi negativamente no meio ambiente e, conseqüentemente, na saúde.

O Brasil possui uma larga dimensão de atributos na área ambiental, sendo reconhecido globalmente por se tratar de um país de grandes biodiversidades, com relevantes formações florestais, um expressivo sistema hídrico e um ecossistema que comporta Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Cerrado, Caatinga e Pantanal.

Por incrível que possa parecer, o Brasil, com tanta diversidade em recursos naturais, já se tornou destaque internacional por contribuir para o aquecimento global e para as mudanças climáticas do planeta. Esta notória participação negativa está associada ao desmatamento e à alteração de áreas florestais para a exploração desmedida da agropecuária.

Rubens Born, Mark Lutes e Délcio Rodrigues¹⁷ afirmam que o Brasil participou de forma ativa nas negociações da ONU quanto à mudança do clima e do Protocolo de Kyoto. Destarte, o país precisa ter uma Política Nacional para Mudança de Clima, dando cumprimento aos compromissos firmados internacionalmente, ratificados pelo Congresso Nacional.

É crucial que se observe que tal situação é urgente, pois o resultado desta implementação de políticas públicas demanda muito tempo, uma vez que

17 BORN, Rubens; LUTES, Mark; RODRIGUES, Délcio. A importância de política pública e de iniciativas do Brasil para o fortalecimento da Convenção da ONU sobre mudança de clima. **Leituras Cotidianas**, v. 1, n. 115, 2004. Disponível em: <http://br.geocities.com/mcrost00/20041220a_a_importancia_de_politica_publica_e_de_iniciativas_do_brasil_para_o_fortalecimento_da_convencao_da_onu_sobre_mudanca_de_clima.htm>. Acesso em: 31 mar. 2009.

o tempo da natureza é dissociado do tempo do homem, lembrando ainda que se vivencia, atualmente, o primeiro período do Protocolo, que tem vigência de 2008 a 2012.

Para esses autores, o governo brasileiro tem que apresentar uma postura “líder” e ativa frente aos princípios destacados pela Convenção. Não se pode, ainda, deixar de preparar o país para os próximos períodos, observando a prevenção, a mitigação e a reversão de causas que resultam em impactos ambientais.

7. A tributação como instrumento de atuação estatal na ordem econômico-ambiental

É pacífico que incumbe ao Estado intervir na esfera econômica para atingir, entre outros objetivos, a qualidade ambiental. E poderá fazê-lo por diferentes meios: edição de normas reguladoras; fiscalização do cumprimento e efetividade das referidas normas; concessão de financiamento público a certas atividades; tributação como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável.

Para Heleno Taveira Tôrres¹⁸, a utilização dos tributos como instrumento de atuação do Estado na ordem econômico-ambiental não deve causar surpresa, uma vez que “[...] não se trata de qualquer novidade o recurso a tributos com fins extrafiscais [...] desde priscas épocas o tributo vem sendo utilizado para práticas de tal natureza”.

É a tributação extrafiscal, portanto, importante instrumento de indução de que pode e deve o Estado se valer para, intervindo na ordem econômica, conciliar desenvolvimento econômico e preservação ambiental.

De duas maneiras pode ser exercida esta intervenção tributária por indução: mediante a concessão de incentivos ou estímulos e mediante a instituição de desestímulos fiscais, ou proibições. No primeiro caso, é comum a concessão de isenções, reduções da base de cálculo, subsídios ou quaisquer outras modalidades de benefícios fiscais. Para a inibição de condutas, a instituição de desestímulos consiste basicamente na imposição de carga tributária elevada para certas condutas típicas, que se busca inibir.

Para Luís Eduardo Schoueri¹⁹, dentre as diversas formas de atuação estatal na ordem econômica sobressai a tributação, razão pela qual o autor conclui que “[...] as normas tributárias indutoras, longe de serem uma exceção, surgem em

18 TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97.

19 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87.

obediência ao preceito constitucional da atuação positiva do Estado”. Tratando especificamente da defesa do meio ambiente, o autor salienta ser este campo fértil para o emprego de normas tributárias indutoras.

Para a inibição de comportamentos prejudiciais ao meio ambiente, pode o legislador, no exercício da competência tributária extrafiscal, desestimular as práticas econômicas que afetem negativamente o meio ambiente através do agravamento da tributação, aumentando, por exemplo, alíquotas de tributos que gravam a produção e o comércio de produtos ecologicamente incorretos. Tal prática se justifica, juridicamente, porquanto, segundo Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas:

Com a agravação do tributo, a política fiscal se associa à política ambiental, estabelecendo a possibilidade de se afastar, modificar ou até inviabilizar atividades degradadoras do ambiente e, por isso, contrárias ao interesse público, assim como o abrandamento da tributação estimula atividades convenientes à comunidade²⁰.

Insta destacar, no entanto, a advertência feita por Roberto Ferraz²¹, no sentido de distinguir a imposição tributária onerosa sobre a conduta ambientalmente indesejável, porém lícita, da aplicação de multa pecuniária pela prática de ilícito. A primeira, conhecida como tributação ambiental, tem como pressuposto o fato de que todas as atividades econômicas que comportam a hipótese de incidência de um tributo ambiental são lícitas, pois que a essência do tributo é incompatível com qualquer forma de sanção. A função da tributação ambiental, portanto, é meramente orientadora, nunca sancionatória.

O agravamento da tributação com vistas a coibir práticas indesejadas, no entanto, nem sempre surte o efeito almejado pelo legislador. Isto ocorre quando o agente econômico que incorre em prática ambientalmente desaconselhável sente-se legitimado a prosseguir com o mesmo modo de exploração ambiental porque economicamente capaz de arcar com o ônus da tributação. Importante também lembrar que certos danos ambientais são irreversíveis, o que invalida a tributação ambiental quando da ocorrência dos referidos danos. Sua utilização, portanto, embora legítima, deve ser sopesada com critério.

Para muitos autores, mais adequada que a utilização da tributação agravada é a indução de comportamentos positivos por meio de normas tributárias de incentivo. O raciocínio, segundo o qual a técnica da recompensa positiva surte

20 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 686.

21 FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 333-353.

melhor efeito do que a utilização de medidas repressivas, é assim expresso por Lafayette Josué Petter²²:

[...] a adoção de uma política legislativa do tipo premial é desde logo percebida pelo agente econômico, traduzindo um benfazejo ambiente de segurança jurídica pelo exato equacionamento das consequências fiscais advindas das decisões que tomar. Nesse sentido, comportamentos econômicos sócio-ambientalmente desejados devem ser antecipados em normas de caráter premial, havendo um direcionamento da atividade econômica não de forma autoritária e arbitrária, mas com a cumplicidade do mercado, o que é significativo do ponto de vista eficaz.

Acredita-se, no entanto, que a tributação extrafiscal é legítima tanto quando busca coibir condutas indesejáveis quanto nos casos em que, aplicada de modo a abrandar as exigências fiscais, estimula a adoção de comportamentos que se compatibilizam com as diretrizes constitucionais. A opção por esta ou aquela política tributária dependerá da análise do caso concreto e da finalidade a que busca atingir.

8. Normas tributárias indutoras e descarbonização

Pode-se afirmar que a tributação extrafiscal já é largamente empregada no Brasil, sobretudo em relação aos tributos que gravam o comércio exterior, com vistas à manutenção do equilíbrio da balança comercial. Segundo André Elali²³, também no que concerne ao desenvolvimento econômico sustentável tem aumentado no Brasil, a cada dia, a força dos estímulos de natureza tributária.

Acredita-se, no entanto, que o mecanismo ainda seja subutilizado no campo do Direito Ambiental, sendo sua aplicação na área energética incipiente. Sendo assim, embora seja possível citar alguns benefícios fiscais destinados a estimular a produção e o consumo de energia livre de carbono, as concessões isoladas de incentivos não chegam a induzir comportamentos ou alterar velhos hábitos.

Em tramitação no Congresso Nacional desde 2007, o Projeto de Lei n. 305/2007, de autoria do senador Serys Slhssarenko, prevê a redução, a zero, das alíquotas do Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) incidentes sobre a receita bruta

22 PETTER, 2005, p. 248.

23 ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007.

decorrente da venda, no mercado interno, de células solares fotovoltaicas, usadas para captar a energia solar e promover o aquecimento de água.

Ainda no campo da energia solar, merece destaque a isenção do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal (ICMS), da competência dos Estados, veiculada por meio do Convênio ICMS n. 101/1997, relativamente às operações praticadas com aquecedores solares, bem como seus componentes.

No setor de biocombustíveis, tecnologia em que o Brasil foi pioneiro, são ainda pequenas as diferenças tributárias em relação aos combustíveis fósseis. Pode-se citar, nesta área, a edição da Lei n. 11.727, de 23 de junho de 2008, fruto da conversão da Medida Provisória n. 413, de 3 de janeiro de 2008. A lei traz a perspectiva de simplificação na tributação incidente sobre a produção e comercialização do etanol, mas a carga tributária é mantida.

Também a tributação incidente sobre a industrialização de veículos é ligeiramente diferente em razão do combustível utilizado, com tratamento mais benéfico para os veículos movidos a álcool, assim como para os chamados *flexpower* (movidos a álcool ou gasolina). A variação de alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), no entanto, não passa de um ponto percentual.

Como visto, as medidas adotadas são poucas e desprovidas de conteúdo realmente indutor de comportamentos, não cumprindo, desta feita, o papel de estimular a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, ou a utilização em larga escala de matrizes energéticas descarbonizadas.

Esta realidade reflete a inexistência de políticas públicas claras e demonstra que, ao contrário do que se afirma na grande imprensa e na contramão de compromissos já assumidos perante a comunidade internacional, o governo brasileiro ainda não fez uma opção clara pela descarbonização da economia.

9. Considerações finais

O meio ambiente tem papel fundamental para a existência da vida, devendo ser equilibrado e saudável, atendendo aos direitos humanos fundamentais. A Conferência em Estocolmo, em nível mundial, estabeleceu princípios que firmaram obrigações e responsabilidade para o homem e para o Estado. No mesmo sentido, no Brasil, tem-se a Constituição Federal de 1988. Em razão do meio ambiente ser um bem da humanidade, os Estados devem firmar responsabilidades internacionais.

O crescimento econômico vem causando impactos de larga dimensão no meio ambiente. Na atualidade busca-se o desenvolvimento econômico sustentável, pois a preservação ambiental garante o direito à vida, atendendo, assim, aos preceitos constitucionais vigentes relacionados à dignidade da pessoa humana.

A participação do dióxido de carbono (CO₂) no efeito estufa é inegável, sendo a descarbonização um verdadeiro instrumento para se atingir o equilíbrio climático, mediante o emprego de fontes energéticas limpas. Insta destacar que o Protocolo de Kyoto estabeleceu metas para a redução de gases causadores do efeito estufa, porém os investimentos estão aquém, devido à crise econômica mundial.

Em uma visão geral, a gestão pública necessita da participação efetiva da sociedade; no entanto cabe ao Estado designar ações preventivas, lembrando ainda que as políticas públicas devem ser investidas de força social. Infelizmente, no Brasil as políticas voltadas à descarbonização da matriz energética não são integradas com outras áreas, dificultando a própria eficácia da gestão pública.

Outro instrumento relevante de atuação é a tributação, que pode ser utilizada para induzir ou desestimular comportamentos, uma vez que sua função não se resume à arrecadatória. Nesta ótica, a tributação visa inibir a exploração de atividades que tragam prejuízo ao meio ambiente e estimular comportamentos orientados à sua proteção.

A legislação brasileira prevê alguns casos de incentivo à preservação do meio ambiente através da descarbonização. Destacam-se a isenção do ICMS nas operações que envolvem aquecedores solares e seus componentes; a redução do IPI para os veículos a álcool, bem como a simplificação dos deveres instrumentais a serem cumpridos na cadeia produtiva do etanol. As medidas adotadas, no entanto, não passam de concessões isoladas que demonstram a inexistência de uma política fiscal voltada à descarbonização.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA. **Fórum ABCE. Plano Decenal – a expansão da oferta e questões ambientais. Que alternativas temos?:** o evento. Disponível em: <http://www.metodoeventos.com.br/forumplanodecenal/index.php?secao=evento>. Acesso em: 30 mar. 2009.

BORN, Rubens; LUTES, Mark; RODRIGUES, Délcio. A importância de política pública e de iniciativas do Brasil para o fortalecimento da Convenção da ONU sobre mudança de clima. **Leituras Cotidianas**, v. 1, n. 115, 2004. Disponível em: http://br.geocities.com/mcros00/20041220a_a_importancia_de_politica_publica_e_de_iniciativas_do_brasil_para_o_fortalecimento_da_convencao_da_onu_sobre_mudanca_de_clima.htm. Acesso em: 31 mar. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Recomendação nº 01/09 – 4ª CCR/MPF, de 14 de janeiro de 2009**. Disponível em: http://ccr4.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/recomendacoes/rec_01_2009_4ccr.pdf. Acesso em: 30 mar. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008. Dispõe sobre medidas tributárias destinadas a estimular os investimentos e a modernização do setor de turismo, a reforçar o sistema de proteção tarifária brasileiro, a estabelecer a incidência de forma concentrada da Contribuição para o PIS/Pasep

e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins na produção e comercialização de álcool [...] e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11727.htm>. Acesso em: 8 mar. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 8 mar. 2009.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 305, de 2007**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10345.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2009.

ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333-353.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. Energia limpa precisa de investimento anual de US\$ 515 bilhões, diz relatório. **Folha online**, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u495976.shtml>>. Acesso em: 31 mar. 2009.

FRATE, Cláudio Albuquerque. **Políticas públicas para energias renováveis**: fator de competitividade para energia eólica e siderurgia semi-integrada. 2006. 93 f. Dissertação (Mestrado em Política e Gestão Ambiental) – Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=678>. Acesso em: 29 mar. 2009.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. A conjuntura da institucionalização da Política Nacional de Educação Ambiental. **OLAM: Ciência e Tecnologia**, Rio Claro, v. 2, n. 1, 2002. Disponível em: <http://material.nerea-investiga.org/publicacoes/user_35/FICH_PT_34.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONZONI, Mario; BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana. Políticas públicas municipais em mudanças climáticas e sustentabilidade empresarial. In: IX ENGEMA - Encontro nacional sobre gestão empresarial e meio ambiente, 9., 2007, Curitiba. **Anais...** Curitiba: UniCenp, 2007. Disponível em: <<http://engema.up.edu.br/arquivos/engema/pdf/PAP0417.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/MeioAmbiente/texto/estocolmo.html>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Haia, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 30 mar. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de Kyoto**. Kyoto, 1997. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_quioto.php>. Acesso em: 30 mar. 2009.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 675-723.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÕES, Janaína. Gases de efeito estufa. **Inovação Unicamp**, Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.inovacao.unicamp.br/report/noticias/index.php?cod=488>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. **As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente**. Campinas: Komedi, 1995.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Orgs.). **Direito empresarial contemporâneo**. Marília: UNIMAR; São Paulo: Arte & Ciência, 2007. p. 249-305.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 96-155.

Recebido em 17/07/09

Aceito para publicação em 13/11/2009

A VIABILIDADE DA EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL NO ÂMBITO MUNICIPAL

ENVIRONMENTAL EXTRA TAXATION VIABILITY IN CITIES

Sabrina Moraes Mantovani

*Bacharel em Direito e Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – Paraná.

Sumário

1. Introdução. 2. Considerações sobre o meio ambiente. 3. A divergência entre crescimento e desenvolvimento econômico sustentável. 4. Do sistema tributário nacional e da competência tributária ambiental municipal. 5. A extrafiscalidade como indutora de comportamentos de proteção ambiental. 6. As possibilidades de extrafiscalidade no âmbito municipal 7. Conclusão 8. Referências

Summary

1. Introduction. 2. Environment: humanity good. 3. Economic development and environmental implications. 4. Power matrixes and sustainable development: decarbonization. 5. Public management: an overview. 6. Environmental public policies in Brazil. 7. Taxing as a tool for state action in the environmental economical order. 8. Inductor tax rules and decarbonization. 9. Final Remarks. 10. References

Resumo

Trata-se das formas de extrafiscalidade ambiental no âmbito municipal. Inicia-se pelo estudo do meio ambiente tendo como enfoque o desenvolvimento sustentável. Após, introduz-se a temática na área do direito tributário, considerando a extrafiscalidade como forma de política de proteção ambiental. Faz-se o estudo da competência municipal mencionando a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade como meios de viabilizar os benefícios fiscais municipais. Por fim, conclui-se pela importância do Município em implementar as políticas públicas ambientais em conjunto com os Estados-membros, Distrito Federal e União.

Palavras-chave: meio ambiente; desenvolvimento sustentável; extrafiscalidade; tributação ambiental municipal.

Abstract

On the assumption that the healthy and balanced environment is regarded as a fundamental human right by the 1988 Federal Constitution, as well as that it stands as a guiding principle of the economic order, this paper deals with the use of energy matrix associated with the emission of gases causing

the greenhouse effect and its impacts on the environment. The analysis of the carbonized energetic pattern concerns the paradigm of economic development that is constitutionally enshrined – sustainable development – which makes environmental protection compatible with the needs of economic rationality. In the field of energy generation and use, the idea of sustainable development is associated with economy decarbonization. Due to the relevance of the environmental juridical good, it is the State's responsibility to intervene in the economy by adopting public policies aimed at environmental preservation. Among the legal instruments that can be used to intervene in the economy, there are: extra fiscal taxation, as a legitimate means of inducing behavior. It will therefore be analyzed how the instruments related to taxation have been used in Brazil in relation to the different available energetic sources and the pertinence of adopting a tax policy aimed at the development of new technologies which allow the large scale use of decarbonized energetic matrix.

Keywords: decarbonization; environment; tax policies.

1. Introdução

O Meio Ambiente é considerado, atualmente, uma grande preocupação do Poder Público, por ser recente a publicização da necessidade de preservação ambiental e pela dificuldade de inserir políticas públicas voltadas à proteção ambiental em um sistema econômico já estruturado.

A utilização do direito tributário, através da extrafiscalidade, como meio de atingir a sociedade, incentivando a mudança de comportamento para tudo aquilo que seja “ambientalmente correto”, demonstra-se eficaz.

No contexto, surge o Município como um importante aplicador da extrafiscalidade ambiental, através da competência tributária e ambiental que a Constituição Federal de 1988 lhe confere, e por ser, dentre os entes federados, o que possui maior proximidade com a sociedade, sabendo identificar objetivamente as necessidades públicas, que são diferentes em cada localidade.

2. Considerações sobre o meio ambiente

O Século XX foi marcado por um excessivo progresso industrial e econômico. Em nome deste progresso, exploraram-se predatoriamente os recursos naturais, renováveis ou não, sendo gerada uma grande quantidade de resíduos, que foram liberados à natureza.

Porém, à medida que as tecnologias foram evoluindo, o Homem percebeu que a finitude dos recursos naturais tendiam a ameaçar o progresso econômico, e assim surgiram as preocupações ambientais.

Em 1972, diversos países, dentre eles o Brasil, se reuniram para a Conferência das Nações Unidas de Estocolmo para discutir as questões ambientais, elaborando a Declaração do Meio Ambiente. O Brasil defendeu o crescimento econômico a qualquer custo, pois os países ricos já “tendo atingido a pujança industrial com o uso predatório dos recursos naturais, queriam agora retardar e encarecer a industrialização dos países subdesenvolvidos, impondo-lhes complexas exigências de controle ambiental.”¹ Se todos desacelerassem a economia em prol da conservação ambiental, a desigualdade entre eles iria se perpetuar.

Apesar disso a participação na Conferência estimulou as políticas ambientais no país, sendo que, mais tarde, foi criada a Lei Federal n. 6938 de 31 de agosto de 1981, dispoendo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Não obstante, a Constituição de 1988, foi a primeira entre as constituições brasileiras que se preocupou com o Meio Ambiente de maneira específica e global, tratando-o como direito fundamental, integrando a tutela do meio ambiente como direito à qualidade de vida.

3. Considerações sobre o crescimento e desenvolvimento econômico sustentável

Crescimento econômico em si é um conceito ultrapassado, em que se pressupõe um comportamento voltado somente ao lucro e à quantidade, sem uma preocupação social ou ambiental. Atualmente o que se busca é o desenvolvimento econômico, sendo este entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas entre a população, tanto que a concepção de “Estado desenvolvido é marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção dos valores coletivos”².

A Constituição Federal de 1988 trata de desenvolvimento nacional como objetivo da República Federativa do Brasil, conforme art. 3º, II. Desta forma nota-se que existe uma preocupação constitucional em buscar crescimento econômico calcado no respeito a direitos do meio ambiente, de consumidor e do trabalho, entre outros.

No caso do direito ambiental, os particulares sentem-se prejudicados com as limitações e restrições impostas à sua atividade econômica em prol da proteção ambiental. Os setores da economia que até então só visaram o lucro e produtividade, sem uma responsabilidade de conservação ambiental, são agora, por políticas públicas, obrigados a uma mudança comportamental. Édis Milaré observa que:

1 MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2000, p.272.

2 ELALI, André. **Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico**: a questão das desigualdades regionais e sociais. [...] p. 45.

O crescimento econômico, calcado na mutilação do mundo natural e na imprevisão de funestas consequências, à falta de doutrina filosófica e ordenamento jurídico capazes de direcionar corretamente os rumos desse mesmo crescimento, acabou por criar um antagonismo entre desenvolvimento socioeconômico e preservação da qualidade ambiental³.

Ainda, a Constituição Federal, no art. 170, VI, pondera que a ordem econômica deve observar, dentre alguns princípios, o da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Portanto, é assegurado constitucionalmente o respeito ao Meio Ambiente em qualquer forma de exploração econômica.

José Afonso da Silva pondera a questão de forma objetiva, pois considera o Meio Ambiente no ordenamento jurídico brasileiro “fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada”⁴.

A ideia de desenvolvimento sustentável foi difundida no Brasil a partir da ECO 92, Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, que o definiu como meta a ser cumprida pelos países participantes. Estipulou que os tributos ambientais deveriam atingir as seguintes finalidades: eficiência ambiental; eficiência econômica; simplicidade administrativa e repercussão econômica positiva.

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento conceitua desenvolvimento sustentável como sendo “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”⁵.

Elevado à categoria de princípio pela doutrina majoritária, o desenvolvimento sustentável se alia ao princípio do ambiente ecologicamente equilibrado, implicando que tanto a sociedade atual como as futuras gerações têm direito ao meio ambiente saudável.

Assim deve o Poder Público, conjuntamente com a sociedade, através de suas políticas, buscar meios eficazes para incentivar comportamentos pela iniciativa privada que preservem o meio ambiente sem causar prejuízos financeiros, a fim de atingir o desenvolvimento econômico sustentável.

3 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000, p. 106.

4 SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.70.

5 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000, p. 106.

4. Do sistema tributário nacional e da competência tributária ambiental municipal

O Sistema Tributário Nacional, com as diretrizes definidas na CF/88, tem como finalidade determinar regras de tributação para a obtenção de recursos que financiem a concretização dos fins estatais. O art. 145 CF assim determina:

Art. 145. A União, Estados, Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I- impostos;

II- taxas, em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III- contribuições de melhoria, decorrente de obras públicas.

Mais adiante, o art. 156 determina ser de competência municipal os Impostos de propriedade predial e territorial urbana (IPTU), de transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis [...] (ITBI), e de serviços de qualquer natureza (ISS).

Resta salientar que a competência dos entes federados em matéria tributária é caracterizada pela privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e, por fim, pela facultatividade de exercício⁶, ou seja, o Município exerce a competência quando desejar. É por meio desta última característica que se fomentam os benefícios fiscais voltados à proteção ambiental.

Quanto à competência ambiental, a autonomia dos entes federados, expressa no art. 18 CF, pressupõe a “existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas”⁷. A competência municipal em relação ao meio ambiente vem expressa nos art. 23, incisos III, IV, VI e VII da CF. Trata-se de competência comum aos Estados, Distrito Federal e União, ou seja, aquela que “diz respeito à prestação dos serviços referentes àquelas matérias, à tomada de providências para a sua realização”⁸.

6 FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito ambiental tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 44-48.

7 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71.

8 Idem, *ibidem*, p. 77.

A legislação ambiental, conforme dispõe a CF no art. 24, fica a cargo dos Estados, do Distrito Federal e da União. Com isso, o Município fica adstrito ao campo da aplicação das leis protetivas.

Ainda no tocante a políticas de preservação do Meio Ambiente, o Município possui as seguintes competências: legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I CF); suplementar a legislação federal e estadual em relação a matéria (art. 30, II CF); promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII); promover a proteção do patrimônio histórico cultural local (art. 30, IX CF).

O Município, como ente federativo, demonstra papel decisivo na efetivação das políticas ambientais, justamente pela individualidade local que cada um deles apresenta no cenário nacional.

No entanto, as políticas públicas ambientais devem ser um conjunto de ações coordenadas do Poder Público nas esferas federais, estaduais e municipais, pois então os problemas ambientais não respeitam os limites políticos e geográficos definidos pelo Homem. Nada adianta que um Município preserve os recursos naturais se o Município vizinho não o faz, pois um rio ou uma floresta não se limitam à imposição da divisão humana.

O que importa é aliar a competência tributária com a competência ambiental dos Municípios a fim de implantar políticas públicas que visem a proteção ambiental.

5. A extrafiscalidade como indutora de comportamento de proteção ambiental

Com o surgimento do Estado Social difundiu-se a concepção de normas que provocassem no cidadão a participação na sociedade, através de técnica promocional, incentivo e sanções positivas⁹. Isto posto, a política tributária demonstrou-se um meio viável para efetivar tal técnica, através de estímulos fiscais.

Deste modo, o tributo passou a ter outras características além de financeiras, ou seja, o direito tributário passou a compatibilizar os interesses financeiros com os sociais, demonstrando-se útil para direcionar políticas públicas que viabilizam, no caso, o desenvolvimento sustentável.

Marçal Justen Filho defende que:

9 SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2008, p.65.

O direito tributário não é apenas um conjunto de normas repressivas da atuação estatal, mas apresenta uma função promocional, para utilizar o pensamento de Bobbio. Apenas através da conjugação e efetivação de suas diversas funções é que se realizarão os desígnios constitucionais e nos aproximaremos da sociedade mais justa que nos comprometemos a produzir¹⁰.

O tributo então ultrapassará sua característica fiscal, meramente arrecadatória a fim de suprir os cofres públicos, para atuar com viés promocional por meio da extrafiscalidade.

Observa Marcus de Freitas Gouvêa:

“O Estado tributa com vistas a auferir receitas, e assim a supremacia do interesse público consubstancia o princípio da fiscalidade; quando se apreciam objetivos outros, que se afastam da pura arrecadação, apresenta-se a extrafiscalidade”¹¹. Para ele a norma será extrafiscal quando buscar os valores constitucionais, sendo que “a fiscalidade e extrafiscalidade são necessariamente aplicadas ao mesmo tempo”¹².

A extrafiscalidade apresenta-se, portanto, como meio de induzir o comportamento dos contribuintes, estimulando-os ou desestimulando-os a praticar determinadas condutas de acordo com objetivos sociais, políticos e econômicos do Estado. É através de incentivos fiscais ou desestímulos, diminuindo ou aumentando a carga tributária que o Poder Público maneja o comportamento do contribuinte.

Resta claro que não se trata, no caso de desestímulo, de condutas ilícitas, mas apenas condutas que o Estado, naquele momento, julga inconvenientes ou inoportunas de se realizar. Roque Antônio Carraza se manifesta da seguinte forma sobre o tema:

Por meio de incentivos fiscais, a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno [...]. Este é o objetivo alcançado por intermédio da diminuição ou, até, da supressão da carga tributária [...]

10 JUSTEN FILHO, Marçal. /Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica./**Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, n., 1998. Disponível em: <www.ser.ufpr.br/direito>. Acesso em: 17 ago. 2009.

11 GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43.

12 Idem, *ibidem*, p. 47.

[...] a extrafiscalidade também se manifesta por meio de desestímulos fiscais, que induzem os contribuintes a não assumirem condutas que, embora lícitas, são havidas por impróprias, sob os aspectos político, econômico e social. Este objetivo é alcançado por meio da exacerbação da carga tributária [...] ¹³.

Convém ressaltar que não se poderia falar em condutas ilícitas para o caso de tributo, pois este, em sua própria definição se atém a ato lícito, conforme Art. 3º do CTN: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória [...] que não constitua sanção por ato ilícito [...]”. Assim a extrafiscalidade ambiental não se inseriria no quadro de punição à poluição e degradação ambiental, e sim no aspecto de incentivos a condutas que beneficiassem o meio ambiente.

E ainda, na extrafiscalidade, ao contrário da fiscalidade, o princípio da capacidade contributiva deixa de ser aplicado, já que “nas isenções e demais benefícios fiscais os destinatários não são avaliados pela demonstração de riqueza, e sim, pela capacidade de melhor colaborar com a política de desenvolvimento econômico-social proposta, ou por possuir mérito econômico-social” ¹⁴.

Para cada espécie tributária é necessário analisar o cabimento da extrafiscalidade ambiental. O imposto, que não possui caráter vinculatório, demonstra-se um aliado pois, ao não possuir uma destinação específica, pode atuar plenamente a favor de incentivos fiscais que viabilizem a preservação ambiental. Apesar disso, Thais Bernardes Maganhini defende que o imposto “não tem relação com nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte” ¹⁵, não devendo ser vinculado à finalidade de proteção ambiental.

Cláudia Dias Soares, tendo em vista a viabilidade de imposto ambiental, o classifica em duas modalidades: em sentido próprio ou impróprio. No primeiro, visaria à prevenção ambiental sendo utilizado para implementação de diminuição do impacto ambiental; no segundo, seria uma forma de recuperar o ambiente degradado e indenizar as populações prejudicadas pela poluição ¹⁶.

As taxas mostram-se outro meio viável de aplicação da extrafiscalidade ambiental, pois, apesar de “regidas também (embora secundariamente) pelo princípio da capacidade contributiva, demonstram natureza preponderante, mas

13 CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.729-730.

14 RODRIGUES, Juliano José. **/A extrafiscalidade tributária para o imposto sobre serviço como instrumento de desenvolvimento municipal**./Disponível em: <<http://www.idtl.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

15 MAGANHINI, Thais Bernardes. **/Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente**./ <www.unimar.br/pos/trabalhos>. Acesso em: 24 de julho de 2009.

16 SOARES, Cláudia Dias. **O imposto ambiental: direito fiscal do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 12-15.

não exclusivamente, remuneratória”¹⁷. Assim pode o legislador instituí-las para desestimular determinados comportamentos que prejudiquem o meio ambiente. Misabel Abreu Machado Derzi assim considera:

Assim, as taxas fundadas no exercício regular do poder de polícia devem ser entendidas, em primeiro lugar, aquelas com finalidade extrafiscal, como a de impedir ou restringir atividades que ameacem o interesse da comunidade. Em segundo lugar, as taxas para custear serviços com esta finalidade.

De qualquer modo, calcadas ou não, no poder de polícia, taxas se devem revestir sempre do caráter de contraprestação inerente a essa espécie de tributo¹⁸.

Thais Bernandes Maganhini assevera que as taxas, quando possuem como fato gerador o exercício pelo contribuinte de atividades poluidoras ou a utilização de recursos naturais e não uma atividade do Estado, tornam-se inconstitucional, havendo inclusive posicionamento do STF nesse sentido¹⁹.

Já as contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios, não permitem a aplicabilidade de extrafiscalidade ambiental. A primeira porque é uma contraprestação de valorização do imóvel por obra pública; a segunda porque sua arrecadação tem destinação específica, sendo que a única possibilidade seria a criação de uma contribuição especial com finalidades ambientais, o que não englobaria a extrafiscalidade; a última, também por conta de sua contraprestação ao Estado.

Apesar disso, Regina Helena Costa considera que todos os tributos podem atuar como meios de extrafiscalidade ambiental, “onerando mais, por exemplo, na taxa de limpeza a empresa que polua mais, ou criando benefícios para os que poluam menos”²⁰.

Os benefícios fiscais, duramente criticados em razão de elevarem a carga tributária e não apresentarem um efetivo controle, quando em termos de preservação ambiental, mostram-se diferenciados, pois “parece causar sensação de justiça o benefício concedido ao contribuinte que se propõe a preservar o meio ambiente. Demais disso, o princípio do poluidor pagador, que orienta a

17 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 635.

18 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed., atualizado Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 561.

19 MAGANHINI, Thais Bernandes. /Extrafiscalidade Ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente./ <www.unimar.br/pos/trabalhos>. Acesso em: 24 jul.2009.

20 GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.106.

elevação da carga tributária a contribuintes poluidores, pode compensar a menor arrecadação provocada pelo benefício ambiental”²¹.

Diante do exposto parece ser a aplicação da extrafiscalidade um meio eficiente de concretizar políticas públicas ambientais, aliando a tributação com a preservação do meio ambiente.

6. As possibilidades de extrafiscalidade no âmbito municipal

O Imposto sobre Propriedade Urbana (IPTU), então de competência tributária municipal, demonstra-se como ferramenta para a aplicação da extrafiscalidade ambiental, haja vista a previsão constitucional de progressividade da alíquota (§ 1º do art. 156 da CF) e da obrigatoriedade do imóvel urbano em atender a função social da propriedade (art. 182 §§ 2º e 4º CF).

Os dispositivos mencionados autorizam o Poder Público a coagir o proprietário a fazer o uso adequado de seu imóvel urbano, respeitando o Plano Diretor vigente, sob pena de perder o direito de propriedade. É nesse contexto que o Município aplica sua política ambiental, pois cria seu Plano Diretor tendo em vista a preservação do Meio Ambiente, de acordo com sua necessidade individual.

Nesse sentido assevera Melissa Follman:

[...] o Município detém o poder-dever de preservar o meio ambiente e combater a poluição, podendo valer-se da Tributação Ambiental como um importante e eficiente instrumento condicionador de condutas dos particulares, direcionando-as em benefício do ambiente das cidades, promovendo o bem-estar social na forma do disposto no art. 225 da CF/88, ou seja, a sadia qualidade de vida no âmbito urbano, sendo o IPTU um tributo potencial para tal fim.²²

Quanto ao Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), que também é de competência municipal, “é possível a proposição de benefícios que incrementem atividades de interesse preservacionista”²³.

As taxas poderiam também ser cobradas em razão de prestação de serviços públicos ou poder de polícia que preservem o Meio Ambiente. Para José Marcos Domingues de Oliveira, “seriam admissíveis como fato jurídico tributário de taxas

21 Idem, p.108.

22 FOLMANN, Melissa. IPTU e tributação ambiental: uma visão sobre o enfoque constitucional e tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **IPTU: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p.508.

23 SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental**. Curitiba: Juruá, 2008, p.286.

o licenciamento, a fiscalização e a limpeza ou recuperação ambiental, desde que resguardada a equivalência com o custo dos respectivos serviços”²⁴.

A cobrança da taxa de coleta de lixo era um fator importante de preservação ambiental, pois financiava o tratamento dos resíduos produzidos em larga escala pela sociedade antes de serem expelidos para o Meio Ambiente.

Assim sendo, é duramente criticada pela doutrina a declaração de inconstitucionalidade pelo STF da cobrança de tal taxa, pois a maioria dos Municípios não possui meio de arcar com tal custo sem a cobrança da taxa. Nesse sentido, Eduardo Botallo afirma que “[...] a taxa é a figura que é mais adequada ao tipo de tributação que pode incidir sobre os serviços de coleta de lixo, este grande fantasma em matéria de impacto ecológico”²⁵.

Por fim, a contribuição de melhoria mostra-se igualmente um instrumento eficaz para a política ambiental. Ela pode ser cobrada em razão de obras que visem à preservação do meio ambiente. Édis Milaré explica:

[...] poderia a lei prever a cobrança de contribuição de melhoria ambiental de quantos se beneficiassem por obra pública que tivesse contribuído para a melhoria da qualidade ambiental, como o saneamento de uma praia, a canalização de esgoto, a despoluição de córrego ou rio da vizinhança²⁶.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previne riscos e corrige desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, deve ser aplicada nesses casos. É previsto em seu art. 14:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

24 Idem, p.287.

25 BOTTALO, Eduardo. Tributação, ecologia e meio ambiente. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n.78, p.69-73, (s.d). (Mesa de Debates “C”- XIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário). Apud SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental**. Curitiba: Juruá, 2008, p.288.

26 MILARÉ, Édis. Sistema Municipal do Meio Ambiente-Sismuna: instrumentos legais e econômicos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, n.14, 1999, p. 47.

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Assim, para que os Municípios criem os benefícios extrafiscais voltados à proteção ambiental, é imperativa a aplicação do dispositivo mencionado, devendo ser previstos na lei orçamentária e compensados com outro tributo ou contribuição, para que não haja desequilíbrios nos orçamentos públicos.

Apesar de haver posicionamento que considera esta lei inconstitucional, por entenderem que fere a competência constitucional dos Municípios, na prática, ela demonstra ser uma excelente ferramenta a fim de controlar as gestões municipais e evitar grandes endividamentos que possam comprometer futuros mandatos.

Imprescinde mencionar o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) que dentre seus dispositivos determina como deve ser a atuação municipal nas políticas ambientais, devendo haver audiências públicas bem como a criação do plano diretor a fim de direcionar os atos do Poder Público. Impende destacar os seguintes dispositivos:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

XIII – Audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

[...]

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

Diante do exposto, conclui-se que a extrafiscalidade ambiental no âmbito municipal na forma de imposto, taxas ou contribuição de melhoria, é plenamente viável. O Estatuto da Cidade, através da participação popular e do Plano Diretor, respeitando os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal demonstra encontrar meios eficazes de criar políticas públicas que atinjam positivamente o Meio Ambiente.

7. Considerações finais

O crescimento econômico aliado à preservação ambiental é o principal objetivo do Poder Público. A introdução da proteção ambiental não deve causar prejuízo aos particulares, ou seja, para atingir o desenvolvimento econômico sustentável é necessário o equilíbrio econômico-ambiental.

A extrafiscalidade se demonstra importante instrumento nessa composição, pois possibilita ao Poder Público mudar o comportamento da sociedade através da tributação.

O Município é o ente federado propício para a implementação das políticas públicas ambientais: primeiro, porque cada Município apresenta uma necessidade própria; segundo, porque a sociedade participa mais ativamente de suas ações.

Com a utilização da competência tributária e ambiental constitucionalmente firmada ao Município, devem-se implementar benefícios fiscais ambientais. A Lei de Responsabilidade Fiscal tem grande importância neste caso, pois só se poderão aplicar os benefícios fiscais com a previsão e o estudo detalhado a fim de não desequilibrar o orçamento, porque afinal, deverá ocorrer a compensação destes benefícios.

O Estatuto da Cidade demonstra ser um grande aliado na aplicação das políticas públicas ambientais, pois prevê as formas de aplicação da participação municipal determinando inclusive a opinião popular.

Resta salientar que é imprescindível que haja consciência que um Município isolado não obterá o desenvolvimento econômico sustentável. Para isso é necessário que haja a ação municipal em conjunto com a estadual e a federal, para que se atinja o equilíbrio econômico-ambiental no âmbito nacional.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11.ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOTTALO, Eduardo. Tributação, ecologia e meio ambiente. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n.78, p.69-73, (s.d). (Mesa de Debates "C"- XIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário). Apud SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2008.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP, 2007.

FERREIRA, Renata Marques. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito ambiental tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FOLMANN, Melissa. IPTU e tributação ambiental: uma visão sobre o enfoque constitucional e tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **IPTU: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 508.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. /Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica./**Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.30, n., 1998. Disponível em <www.ser.ufpr.br/direito>. Acesso em: 17 ago 2009.

MAGANHINI, Thais Bernardes. /**Extrafiscalidade ambiental: um Instrumento de Compatibilização entre o Desenvolvimento Econômico e o Meio Ambiente.**/ <www.unimar.br/pos/trabalhos>. Acesso em: 24 jul. 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina-prática-jurisprudência-glossário**. São Paulo: RT, 2000.

MILARÉ, Édis. Sistema Municipal do Meio Ambiente-Sismuna: instrumentos legais e econômicos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, n.14, 1999.

RODRIGUES, Juliano José. /**A extrafiscalidade tributária para o imposto sobre serviço como instrumento de desenvolvimento municipal.**/Disponível em: <<http://www.idtl.com.br>>. Acesso em: 24.j ul. 09.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental. Curitiba**: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Cláudia Dias. **O imposto ambiental: direito fiscal do ambiente**. Coimbra, Almedina, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Recebido em 24/08/09

Aceito para publicação em 13/11/09

AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO PARA AS PRESENTE E FUTURAS GERAÇÕES: PONTO DE ENCONTRO DO DIREITO E MORAL

ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT FOR PRESENT AND FUTURE GENERATIONS:
A MEETING OF LAW AND MORALS

.....
Laura Lucia da Silva Amorim*

* Mestre em Direito Ambiental e Sociedade pela UCS – Universidade de Caxias do Sul. Professora da Faculdade Pio X, Aracaju/SE. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC - Instituto de Desenvolvimento Cultural. Advogada. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNIJUÍ – Universidade de Ijuí.

Sumário

1. Introdução. 2. Ambiente Ecologicamente Equilibrado. 3. Direito e Moral. 3.1 Moral. 3.2 Constituição e Moral. 4. Cidadania Ambiental. 4.1 O princípio constitucional da solidariedade em matéria ambiental. 4.2 Princípio constitucional da Educação Ambiental. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Ecologically balanced environment. 3. Law and Moral. 3.1 Moral. 3.2 Constitution and Moral. 4. Environmental Citizenship. 4.1 The constitutional principle of solidarity in the environment. 4.2 Constitutional principle of Environmental Education. 5. Final Remarks. 6. References.

Resumo

O ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações é premissa da Constituição Brasileira de 1988. Nesta, em especial no art. 225, têm-se os critérios a serem observados para assegurar a efetividade desse direito. A análise proposta “o ponto de encontro do Direito e da Moral” no direito constitucional pretende esclarecer em que momento o direito e a moral se fundem na expectativa de preservação de um ambiente sustentável para as futuras gerações.

Palavra-chave: direito e moral; ambiente equilibrado; gerações.

Abstract

The ecologically balanced environment for present and future generations is the premise of the 1988 Brazilian Constitution. Especially the 225 article has the criteria to be followed to ensure the effectiveness of this right. The

analysis suggested “the meeting point of Law and Morals” in constitutional law to clarify that when law and morality are fused there is hope for preserving a sustainable environment for future generations.

Keywords: law and morals; balanced environment; generations.

1. Introdução

As questões ambientais tem sido objeto de discussão, em todos os lugares, e meios sociais. Se observa que as pessoas falam, questionam, palpitam, tecem pareceres prós e contra o tema meio ambiente ou sustentabilidade como um modismo, sem atitude, mas equivocadamente porque o assunto é relevante.

Pretende-se, neste texto, fazer uma breve abordagem das relações que envolvem o direito e a moral, com o objetivo de alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

No primeiro momento, faz-se uma digressão histórica da premissa constitucional sobre o ambiente ecologicamente equilibrado, para situar o leitor; após, faz-se uma análise etimológica dos termos moral e ética, para que haja compreensão da proposta do tema.

Para esta análise o homem não é só razão (cientificista) e matéria, mas espírito (razão sensível) e matéria. Logo, a leitura não pode ser com conceitos científicas, mas filosóficos.

Neste contexto, moral é sinônimo de personalidade; é da matéria; se estabelecem no desenvolvimento do SER, pelos tempos, através dos costumes, hábitos. E caráter é espiritual (sensível), nasce com o SER, sinônimo de ético, logo, bom ou mau, justo ou injusto, perfeito ou perverso.

Discorrer sobre o tema nesta proposta holística¹, tem como propósito demonstrar que é necessário haver uma mudança de paradigma; ainda tem como propósito demonstrar que falar de ambiente sustentável, aprender como fazer um ambiente ecologicamente sustentável para a geração presente e futura não é só um modismo, mas uma tarefa árdua e transformadora da moral de toda a humanidade.

Para alcançar os propósitos acima descritos o texto abordará tópicos como: ambiente ecologicamente equilibrado, fazendo uma corte histórico a partir da década de 30 até a Constituição de 1988 como marco da discussão e preocupação ambiental no Brasil; moral e direito com enfoque etimológico; constituição e moral, demonstrando que a recepção de Convenções e Declarações Universais é por fatores morais conforme pensamento de Alexy; cidadania ambiental, evidenciando que o princípio constitucional de solidariedade ambiental baliza

¹ Teoria segundo a qual o homem é um todo indivisível, que não pode ser explicado pelos seus distintos componentes (físico, psicológico ou psíquico), considerados separadamente

a cidadania ambiental e, por fim, a educação ambiental como instrumento de alcance e efetivação da cidadania ambiental.

2. Ambiente ecologicamente equilibrado

O resguardo do ambiente de forma equilibrada é um tema constitucional acatado não só no Estado Constitucional brasileiro. Essa preocupação ou entendimento aparece, com mais veemência, depois dos desastres ecológicos que resultaram das duas grandes guerras mundiais, em especial, na segunda (1939/1945), em que os homens insanos e em busca do poder detonaram a bomba nuclear causando uma catástrofe sentida tanto pela espécie humana quanto pela natureza, com impactos vistos até a atualidade. Surge, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, como documento básico das Nações Unidas, enumerando os direitos de todos os seres humanos. Neste documento vem o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Tem, ainda, como ideal atingir todos os povos e nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, através do ensino e da educação, promovam o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, assegurem o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva.

De 1962 a 1970 as nações testemunharam a chamada revolução ambientalista, caracterizada pelo movimento destinado a implementar mudanças e conscientizar do possível colapso nos ecossistemas naturais diante do uso incontrolável e predatório dos recursos naturais.

O direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, a partir da década de 70, ganhou enfoque mundial, pois todo esse processo, que levava alguns países a elaborarem textos normativos reguladores de tal situação, culminou com a Conferência Internacional de Estocolmo, em 1972, que firmou os primeiros princípios ambientais (num total de 26)² “tendo sido este o documento pioneiro na proteção do meio ambiente”³.

No mesmo viés, em 1972, surge a Declaração da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano, trazendo princípios básicos a serem observados pelos homens, como: direito fundamental à liberdade, à igualdade e desfrute de condições de vida adequadas em um ambiente de qualidade tal que

2 Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, firmada na conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em 1972.

3 FIORILLO, C. A.; DIAFÉRIA, A. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Max Limonad. 1999, p.18.

lhes permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar sem esquecer a importante obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

No Brasil, em 1988, os Constituintes, recepcionando os princípios ditados pelas Nações Unidas, delinearão o art. 225 da Constituição brasileira que delimita o marco de direitos ao meio ambiente equilibrado e sadio para as presentes e futuras gerações brasileiras.

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 gerações⁴.

Infelizmente, poucos cidadãos, vinte anos após a promulgação da carta magna brasileira, fazem a leitura holística do ditame constitucional, ou seja, poucos leem o “todos” do caput do art. 225 que inclui todos os seres vivos, a biodiversidade. Uma grande parcela da população brasileira, talvez por falta de conhecimento ou por ter ainda arraigada a moral antropocêntrica, questiona: Direito de todos, mas que todos?⁵ O “todos” inclui também os outros seres vivos, a biodiversidade, ou seja, a existência das diversas variedades de espécies animais, vegetais e minerais.

As Declarações e Convenções que se delinearão, no decorrer de décadas, em prol da guarda e do respeito com o meio ambiente, do homem e da biodiversidade são expressões de direito e moral que foram recepcionadas pela Constituição brasileira de 1988.

Garantir a brasileiros ou estrangeiros viverem em ambiente equilibrado e com uma biodiversidade é uma garantia não só constitucional brasileira, mas uma garantia universal que protege a dignidade da pessoa e a tutela do meio ambiente.

A mudança de paradigma na visão ecológica das nações ultrapassam fronteiras, mas não é tudo; a maneira de pensar, ver, perceber o ambiente não basta, sendo necessária também uma mudança de valores.

Mas o direito positivo constitucional aceita essa moralidade? Qual o cunho moral?

Este enfoque será tratado a seguir.

4 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art.225.

5 CANOTILHO José Joaquim Gomes, L. J. (2008). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p.109.

3. Direito e Moral

Especialistas em filosofia do direito como Kelsen e Habermas dedicam-se à elucidação da relação entre direito e moral, não só porque é um tema cerne, mas porque, na realidade, é um tema em que filosofia jurídica encontra posições favoráveis e contrárias; alguns doutrinadores têm teses de vinculação e outros de separação do direito e moral.

Para uma melhor compreensão, e na linha de raciocínio que se escolheu, necessita-se fazer uma digressão, na tentativa de se entender o real sentido do termo “moral”.

3.1. Moral

A palavra ou termo moral tem origem no latim (*morale*) e é relativo a costumes. É o conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada.

Em *Filosofia da Vida*⁶, Durant diz que moral, na etimologia e na história, é termo derivado de costumes (*mores*) e, na sua origem, moralidade significa adesão aos costumes considerados essenciais à saúde e à preservação da sociedade.

Segundo Habermas em a “moralização da natureza humana”, a moral surge de uma situação de conflito relacionado com a ação: “é um fenômeno interpessoal, comunitário ou social”⁷. Diz o filósofo Habermas que nasce a moralização no sentido da autoafirmação de uma autocompreensão ética da espécie, da qual depende o fato de ainda continuarmos a nos compreender como únicos atores de nossa história de vida e podermos nos reconhecer mutuamente como pessoas que agem com autonomia.

Ora, sendo assim, o termo “ética” não pode ser confundido com “moral”, como se observa em muitos textos e no cotidiano. Diferem desde a etimologia. Ética vem do latim-*ethike*, estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto.

Segundo, Fernandes há, no entanto, duas tradições de distinção entre ética e moral: “ética é uma reflexão sobre os fundamentos da Moral (ou seja, é uma espécie de metamoral); a Moral é universal e a Ética é particular”⁸.

6 DURANT, W. T. **Filosofia da Vida**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956, p. 92

7 HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 36.

8 FERNANDES, J. P. **Ética e cidadania o desafio dos novos valores**. Porto, Portugal, 2005, p. 55.

E retoma-se o pensamento inicial do pós-guerra, agora com mais clareza, pois são pontuadas as questões de moral e ética. Ao longo dos tempos, a transformação da humanidade passou da moral agrícola à moral industrial, no que se chamou de revolução industrial, que trouxe a modernidade, a industrialização do conhecimento, da tecnologia, da biotecnologia e a necessidade dos povos de construir uma moral única em relação ao ambiente, porque todo o desenvolvimento agregado ao agir do homem sem ética resulta em temor às gerações futuras.

Neste sentido, diz Guazelli que “o uso ético da razão prática faz apelo a valores, mas não os questiona: herda-os do mundo social no qual a razão está integrada e os utiliza para reproduzir este mesmo mundo”⁹. A diferença vital entre este uso da razão prática para o bem ou para o mal e o uso moral é que este último parte do questionamento e pressupõe sempre a transformação, e esta transformação sustentável é uma questão moral.

3.2. Constituição e Moral

A teoria positivista do direito não admite a vinculação conceitual de moral ao direito, ou seja, não se inclui nenhum elemento de moral no direito positivo.

Hans Kelsen, que se dedicou à elucidação da relação entre direito e moral argumentava: “se se está diante de um determinado Direito Positivo, deve-se dizer que este pode ser um direito moral ou imoral. É certo que se prefere o Direito moral ao imoral, porém, há de se reconhecer que ambos são vinculativos da conduta”¹⁰. Kelsen quer expurgar do interior da teoria jurídica a preocupação com o que é justo e o que é injusto.

Como não estamos tratando de moral como sinônimo de justo ou injusto, se argumentará dando enfoque à teoria da vinculação de direito e moral.

Filia-se à teoria da vinculação do direito e moral defendida por Robert Alexy e traduzida por Vásques em *Derecho y Moral*¹¹,

Así, mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral está cerrado. La base está formada por la pretensión de corrección. Esta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se vuelve obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos, desde el punto de vista de un participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el derecho tiene una

9 GUAZZELLI, I. **A especificidade do fato moral em Habermas**: o uso moral da razão prática. s/d.

10 KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1976, p.79.

11 VÁZQUEZ, R. **Derecho y moral**: Ensayos sobre un debate contemporáneo (Vol. Primera edición). Barcelona: Gedisa Editorial, 1998, p.125.

dimensión ideal conceptualmente necesaria que concta al derecho com uma moral procedimental universalista.

Ora, o procedimento universal para alertar a humanidade com relação ao respeito pelo meio ambiente e pelas gerações futuras surgiu com as Declarações de Direitos do Homem e do Meio Ambiente, que, por serem procedimentos universais, ou seja, um ditame de moral universal, foram recepcionadas pela carta constitucional brasileira.

E se não houvesse sido recepcionada tal moral em nossa carta magna, seguindo o mesmo pensamento de Alexy, estaríamos diante de um defeito convencional, porque uma convenção amplamente aceita haveria sido violada.

Assim, por não ter cunho de justa ou injusta, bem ou mal, a moral recepcionada no art. 225 da Constituição Federal brasileira ultrapassa a ideia de moral dos cidadãos, de um Estado, de moral política ou de alguns povos. Sim, esta moral ultrapassa fronteiras por ser uma moral universalista, holística, onde a preocupação com o todo com o Ser é premente, e se encontra na razão direta da ética, do consumismo controlado, da educação, da saúde, da dignidade da pessoa, da cidadania.

4. Cidadania Ambiental

A dimensão do dispositivo constitucional ainda é imensurável, não temos consciência de como recepcionaremos as gerações futuras no ambiente terrestre. As catástrofes ambientais anunciam a desordem ambiental e a falta de cidadania ambiental. Que tal uma análise da nossa moral? O que esta se fazendo com o ambiente? Como se pretende que este ambiente seja viável e sustentável às gerações futuras se se avilta o planeta terra e o universo onde está imerso através dos mais diversos tipos de degradação: poluição dos rios, mares e ar; desmatamento por queimadas que destroem com a biodiversidade, ou seja, vidas?!

As respostas a esses dois questionamentos passam a existir na Constituição brasileira vigente como princípios constitucionais a serem seguidos e que continuam a trazer o cunho de moralidade, quais sejam: solidariedade em matéria ambiental e educação ambiental.

4.1. O princípio constitucional da solidariedade em matéria ambiental.

A Constituição brasileira, de forma expressa, dá a ideia de uma tutela ambiental a ser patrocinada tanto pelo Estado quanto pela sociedade; deixa esta impressão por impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

Diz-se que esta tutela constitucional ambiental registra um marco de pós-modernidade, porque se passa a ver um Estado Democrático e Socioambiental de direito, com institutos jurídicos voltados à percepção de boa-fé, da função social da propriedade e do contrato e de dignidade do animal não humano e da vida em geral.

Mas que solidariedade é essa apregoada pela Constituição, que lê função social ainda com o cunho de capital e mais valia, que diz da dignidade do animal não humano, ou seja, dos bichos, mas que permite a criação à base de hormônio de crescimento e permite a matança cruel de todos os tipos de gado, aves, crustáceos resguardando, primeiro, a mais valia, o preço, a exportação?

De que solidariedade se fala se não se pensa nos resíduos ou dejetos maléficis ao ambiente quando a visão de consumo e produção exagerada são o foco e objetivos para um “crescimento”, um “desenvolvimento”? Por óbvio não deveria ser essa a leitura, o entendimento, o enfoque dado ao princípio de solidariedade. Mas qual será o enfoque correto?

Por que preocupar-se em ser solidário com o animal, com o vegetal ou os minerais que estão espalhados por aí e que fazem parte do “todo” da biodiversidade? A resposta, que não se tem certeza se correta, pode ser que esteja alicerçada em uma noção de retomada, não retrocesso, mas retomada de valores que ficaram perdidos ao longo do tempo de nossa existência, valores estes que talvez nem se saiba mais quais são, mas existem.

O certo é que se perdeu o costume de ser politicamente ético, ou melhor, de ser bom. Não se questiona o que o outro faz nem com o que se faz, também não se analisa se as atitudes ou atos são bons para mim e para os outros. Perdeu-se o limite. Não se cultiva mais a ideia original da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 “a liberdade” com moralidade e limites entre os homens e sequer entre os homens e outras vidas da terra. Ressalta o artigo quarto da Declaração Universal dos Direitos do Homem que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica aos outros: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limite apenas aqueles que garantem aos demais membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos”¹².

Mas será que o exagero, o antropocentrismo, o viver sem limites em relação ao homem para com o homem, entre o homem e a natureza, entre o homem e seu ego, o viver sem limites, sem a liberdade recepcionada pela Constituição brasileira tira o foco de moralidade e fraternidade?

A análise textual que se fez e faz do princípio de solidariedade em matéria ambiental está errada. E, veja, diz-se errada e não equivocada.

A alma do termo solidariedade tem sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação,

12 ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, Artigo 4º.

ou da própria humanidade. Enfoca a relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s).

O desejo desmesurado dos tempos modernos é individualista e capitalista, não combina com solidariedade. Não combina com ambiente equilibrado.

Perdeu-se o foco. A legislação existente em matéria ambiental é permissiva, e não solidária. Tem-se, por exemplo, “proteção aos animais silvestres”, mas por que só os silvestres? Os outros, criados sob confinamento, que abastecem o mercado e aumentam a balança comercial não merecem a apregoada solidariedade? Não são dignos da apregoada dignidade para o animal não humano?

E os vegetais! E a permissão aos transgênicos é sinônimo de solidariedade ambiental? E as mutações, envenenamento, os dejetos nos rios, os plásticos, baterias, óleos? Não há problemas!

E por que se deveria mudar, por que ser solidário, por que e por quê?

Por que o todo onde estamos inseridos, o universo, com homens, animais, vegetais e minerais, enfim, com toda a biodiversidade interage a cada instante. Segundo o filme “O ponto de mutação”¹³, independentemente de nosso intelecto, nossa razão, nossa moral aceitar ou não a ideia de que o universo, como um grande sistema energético, responde conforme nossas ações, se nossas ações são perversas, em algum lugar do universo a compensação deverá ocorrer. Lembra-se do efeito borboleta que segundo a teoria do caos? “O bater de asas de uma simples borboleta poderia influenciar o curso natural das coisas e, assim, talvez provocar um tufão do outro lado do mundo”¹⁴.

As catástrofes já assolam e arrasam diversos lugares do mundo, mas assistimos a tudo entorpecidos, sem atitude. E não existe atitude porque são catástrofes e não se tem o que fazer? Não! O torpor assola a maioria dos cidadãos brasileiros; não se veem mais discussões acirradas sobre temas ambientais, se comenta somente, mas se deixam passar questões importantes como: animais

13 CAPRA, B. **O ponto de mutação**, de Fritjof Capra (Diretor). [Filme Cinematográfico]. 1990.

14 BIGHETTI, Vera. **Sobre a teoria do caos – Efeito Borboleta**. Net art. Incubador Fapesp. Ainda, Eduard Norton Lorenz no seu artigo intitulado “Previsibilidade: o bater de asas de uma borboleta no Brasil desencadeia um tornado no Texas?”, apresentado em 1972 em um encontro em Washington. Lorenz não responde à pergunta, mas argumenta que: a) se um simples bater de asas de uma borboleta pode ocasionar um tornado, então todos os bateres anteriores e posteriores de suas asas, e ainda mais, as atividades de outras inúmeras criaturas também o poderão; b) se um simples bater de asas de uma borboleta pode ocasionar um tornado que, de outra forma, não teria acontecido, igualmente pode evitar um tornado que poderia ser formado sem sua influência.

O que Lorenz queria dizer é que insignificantes fatores podem amplificar-se temporalmente de forma a mudar radicalmente um estado. Assim, a previsão do tempo a longo prazo continua a ser algo inalcançável, pelo fato de que nossas observações são deficientes e os arredondamentos que utilizamos, inevitáveis.

abatidos de forma aviltante, desmatamento, queimadas, poluição, apropriação, pirataria, desertos verdes se formando...

Vive-se individualmente na passividade; perdeu-se a moral universal nas entrelinhas da vida e das legislações. O(s) outro(s) não faz(em) parte do “*meu mundo*”.

Logo, se se perdeu o verdadeiro significado de solidário, do sinônimo de cidadania ambiental, como entender a garantia aspirada pela Constituição? Talvez a resposta esteja na educação ambiental e, a partir dessa, no resgate a “moral ambiental”.

4.2. Princípio constitucional da Educação Ambiental

No tocante à educação, também não foi outra a percepção: o direito e a moral se encontram. Observa-se que foram recepcionadas as Convenções Universais nas diversas Cartas do Brasil. A Declaração de Direitos dos Homens, de 1789, inspirou ou melhor foi recepcionada na Constituição Imperial¹⁵, outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I. Lê-se como garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, entre outros, no art. 179 inciso XXXII, que a educação primária gratuita visava garantir direitos.

Da Declaração dos Direitos Humanos e da Declaração da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano foram recepcionadas “a moral procedimental universalista”¹⁶ nas Cartas Constitucionais brasileiras. Observa-se na Constituição de 88, dita como constituição cidadã, que ela assegura no art. 225 § 1º inciso VI: “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Mas qual o conceito de educação ambiental? Pode-se dar um conceito estanque já que a cada dia novidades ocorrem, tecnologias aparecem pró e contra o ambiente, mudanças ambientais são frequentes, o que ontem era hoje, não é mais. Neste contexto, Michele Dill entende que “o conceito de educação ambiental é dinâmico, pois acompanha a evolução do conceito de meio ambiente, que está atrelado ao modo como este foi e é percebido”¹⁷.

A lei infraconstitucional nº 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, foi regulamentada pelo Decreto nº 4.281, de 25/06/2002. Nos termos da legislação, entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio

15 BRASIL. Constituição Imperial de 1824.

16 Alexy in VÁSQUEZ, 1998.

17 DILL, M. A. **Educação ambiental crítica**: a formação da consciência ecológica. Porto Alegre: Nuria Fabis. 2008, p. 81.

ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Para isso, a educação ambiental deve ser vista e tida como um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal.

Como princípios básicos da educação ambiental, constam na lei: o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade; o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade; a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais; a garantia de continuidade e permanência do processo educativo; a permanente avaliação crítica do processo educativo; a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais; o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Deve-se concordar com Michele Dill quando, a respeito da lei Lei nº 9.795/99, manifesta que a a legislação representa uma “verdadeira revolução pedagógica e didática, na medida em que propõe não apenas a educação ambiental dentro, mas também fora das escolas, além da forma interdisciplinar de estudar o meio ambiente, superando, desse modo, a concepção tradicional de ensino”¹⁸.

Para que se ponham em prática esses princípios, a legislação brasileira diz que, como parte do processo educativo, está o poder público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definindo políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promovendo a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente.

Assim, a Política Nacional de Educação Ambiental chama às instituições educativas os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama e os meios de comunicação de massa, para que colaborem, de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente, incorporando a dimensão ambiental em suas programações; às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, para que promovam programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente; à sociedade como um todo, para que mantenha atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais. Sempre com o objetivo focado no desenvolvimento de

18 Op. cit., p. 133.

uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos (bem e mal).

Assim, quando se fala em educação ambiental, como princípio constitucional, se busca esclarecer e informar o objetivo a ser alcançado: a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

5. Considerações finais

Analisar se existe um ponto de encontro entre Direito e Moral na premissa constitucional, ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, foi a proposta.

Os autores que foram utilizados na análise não só foram esclarecedores mas também foram formadores de uma nova visão ambiental.

Quando se para por alguns minutos e se passa a analisar o que se entende por “moral” (costumes antigos, familiares, de bons hábitos, de respeitabilidade) parece que aquela moral antiga era mais apropriada ao convívio humano. Mas não é o que vivenciamos; se a moral antiga, os costumes antropocentricos, materialistas, devastadores, divisores fossem bons, não estaríamos vivenciando graves e irreparáveis problemas ambientais.

Então, ao mesmo tempo se observa, de sobressalto, que não existe mais “aquela moral”, e nem poderia, porque se moral são costumes, e os costumes mudam com o tempo, com a evolução tecnológica, com as oportunidades de consumo, então até seria possível, mas não inteligente o retroceder, abandonar tudo o que já se aprendeu através do conhecimento científico e tecnológico, com o propósito de romper com o passado antropocentrico. Além do que não se muda de súbito a moral de um povo, de uma nação, dos seres humanos.

Não se terá o ambiente protegido e equilibrado com a moral velha, isso é fato. Então o que se deve fazer? É preciso “eticizar” a moral (os costumes), fazê-la justa e não injusta, boa e não má, solidária e não individual.

Além disso, deve-se exercitar a educação ambiental crítica e não pacífica, questionável e não aceitável, livre e não dogmática, holística e não fractual e talvez, mas só talvez, porque não se pode ter a visão romântica de que o “*bem maior*” é o desejo de todos, será possível se fazer valer o “procedimento universalista” recepcionado na premissa constitucional de Direitos do Homem, do Ambiente e das Presentes e Futuras Gerações, como uma convenção moral universal.

Referências

BIGHETTI, Vera. Sobre a teoria do caos – Efeito Borboleta. Net art. Incubador Fapesp. Disponível em http://netart.incubadora.fapesp.br/portal/Members/vera_bighetti/textos/document.2005-09-25.0389931600/document_view acesso em: 09 set. 2009.

BRASIL, P. **Constituição 1824 e 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 6 dez. 2008.

CANOTILHO José Joaquim Gomes, L. J. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPRA, B. (Diretor). **O Ponto de Mutação** [Filme Cinematográfico]. 1990.

DILL, M. A. **Educação ambiental crítica: a formação da consciência ecológica**. Porto Alegre: Nuria Fabis, 2008.

DURANT, W. T. **Filosofia da vida**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

FERNANDES, J. P. **Ética e cidadania o desafio dos novos valores**. Porto, Portugal, 2005, p. 55.

FIORILLO, C. A.; Diaféria, A. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GUAZZELLI, I. A especificidade do fato moral em Habermas: o uso moral da razão prática, disponível em: http://www.sedes.org.br/Centros/Filosofia/fato_moral_em_habermas.htm. Acesso em: 25 nov.2008.

HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Marins Fontes, 2004.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1976.

VÁZQUEZ, R. **Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo** (Vol. Primera edición). Barcelona: Gedisa Editorial, 1998.

Recebido em 09/09/09

Aceito para publicação em 29/11/09

EXTRAFISCALIDADE, INCENTIVOS FISCAIS: AUSÊNCIA DE IGUALDADE E JUSTIÇA NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

THE EXTRA-TAXATION, TAX INCENTIVES: LACK OF EQUALITY AND JUSTICE IN REGIONAL DEVELOPMENT

.....
Lediane Rano Fernandes da Silva*

* Mestranda em Direito – PUC – Paraná, Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Justiça Tributária e Atividade Econômica no Programa de Pós-Graduação em Direito PUC – Paraná.

Sumário

1.Extrafiscalidade 2. Extrafiscalidade sob a ótica dos incentivos fiscais e a macrológica econômica 3. Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Regional 4. Incentivos Fiscais e a possibilidade de distorções violadoras dos Princípios da Concorrência e da Igualdade 4.1 O Princípio da Livre Concorrência 4.2 Princípio da Igualdade e Justiça: a ausência da busca pelo bem comum nos incentivos fiscais 5. Incentivos Fiscais: ideário simplista para o desenvolvimento socioeconômico 6. Conclusão e Proposta 7. Referências

Summary

1. Extra taxation. 2. Extra taxation from the perspective of tax incentives and macro logical economy. 3. Tax Incentives and Regional Development. 4. Incentives and the possibility of distortions that violate the Principles of Competition and Equality. 4.1 The Principle of Free Competition. 4.2 Principle of Equality and Justice: the absence of search for the common good in taxing. 5. Tax Incentives: simple ideas for socioeconomic development. 6. Conclusion and Proposal. 7. References

Resumo

A extrafiscalidade é um tema que envolve noções de igualdade e justiça, visto que seu objetivo é estimular ou desestimular comportamentos de acordo com os interesses da coletividade por meio da tributação ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais, interferindo na política econômica de desenvolvimento nacional. Em especial, o estudo do incentivo fiscal e o modo como vem sendo aplicado importam nas reflexões acerca da intervenção estatal sobre a economia que, embora possua modalidades distintas de atuação, uma das que mais identifica a necessidade de reflexos, tanto econômicos, como sociais, refere-se ao incentivo fiscal para desenvolvimento regional acompanhado de sua proposta de melhores expectativas de desenvolvimento. No entanto, a falta de eficiência na aplicação de incentivos fiscais gerou distorções que acabam por não conjugar os obje-

tivos econômicos e sociais do instituto, diante da prevalência ao aspecto econômico, ausente o alcance da igualdade tributária e do bem comum. A intervenção por meio de incentivos encontra-se extremamente carente de planejamento pelo setor público e tem violado princípios como da livre concorrência e da igualdade, quando atende a determinadas situações com critério discriminatório e desvirtua os resultados propostos da realização do bem comum. Faz-se necessária melhor conciliação entre resultados de desenvolvimento econômico e justiça tributária para que os objetivos do incentivo fiscal se concretizem.

Palavras-chave: incentivo fiscal; justiça.

Abstract

Extra taxation is a theme that involves notions of equality and justice, because its objective is to stimulate or to discourage behaviors in agreement with collectivity interests by taxing or the concession of benefits and fiscal incentives, interfering in the economical policies of national development. The study of the fiscal incentive and the way it has been applied matter, especially, in the reflections concerning the state intervention about economy. Although it possesses different modalities of performance, the one that more identifies the needs of reflexes either economical or social refers to tax incentive for regional development that is accompanied of its proposal for better development expectations. However, the lack of efficiency in the application of such incentive generated distortions that result on not conjugating the economical and social objectives of the institute, before the prevalence of the economical aspect, despite the achievement of tax equality and of the common good. The intervention through incentives lacks planning for the public section and it has been violating constitutional principles such as free competition and the equality, when it assists certain situations with discriminatory criterion and it depreciates the proposed results of the accomplishment of the common good. It is necessary better conciliation between results of economical development and tax justice so that the objectives of the fiscal incentive are rendered.

Keywords: tax incentive; justice.

1. Extrafiscalidade

A extrafiscalidade dos tributos está diretamente relacionada com o intuito ensejador do tributo. Um tributo é extrafiscal quando não almeja prioritariamente o provimento ao Estado de meios financeiros adequados a seu custeio, visando, dentre outras finalidades, à ordenação do uso da propriedade de acordo com sua função social ou a intervenção monetária ou estrutural da economia.

Para o cumprimento dessas prerrogativas, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos de acordo com os interesses da

coletividade através de tributação progressiva ou regressiva, ou ainda, da concessão de benefícios e incentivos fiscais¹.

Para James Marins, a chamada extrafiscalidade é um poderoso agente regulador utilizado pela política econômica. As opções políticas fiscais também interferem na distribuição de riqueza interna e podem favorecer ou bloquear determinadas atividades, drenar recursos de uma para outra atividade econômica, estabelecer subsídios tributários ou barreiras tarifárias².

Embora a extrafiscalidade esteja para o fim de prestigiar situações tidas como social, política ou economicamente importantes, atingindo objetivos distintos e valores importantes, para o presente estudo importa verificar alguns aspectos: o econômico, no âmbito dos incentivos fiscais, sua repercussão social e a obediência a princípios constitucionais.

2. Extrafiscalidade sob a ótica dos incentivos fiscais e a macrológica econômica

Com respeito situação do termo incentivo na estrutura do Direito, nota-se parte da doutrina situa-o como integrante do novo ramo da ciência jurídica denominada Direito Econômico, que é responsável pela definição da política econômica de desenvolvimento, razão pela qual fica a seu encargo o estabelecimento da condição em que os incentivos serão oferecidos. A sua concessão deverá ser feita com fundamento numa norma jurídica, o que demonstra um dirigismo econômico estatal, pois seus efeitos demonstram que o Estado utiliza sua força para determinar os rumos que a economia privada deve tomar. Para Washington Peluso, o Direito Econômico serve como instrumento para a definição da política econômica do Estado, estabelecendo condições e delimitações por meio das normas, o que evidencia que os incentivos enquadram-se na área de abrangência deste ramo do Direito. Entretanto, o mesmo autor destaca:

[...] importa menos considerar se se trata de microeconomia ou de macroeconomia. Ambos os aspectos são igualmente importantes diante da problemática do conteúdo do direito, sem que sejamos obrigados a adiantar se nos preocupa o Direito Público, o Direito Privado, ou se adotamos uma posição de não aceitar essa divisão³.

1 BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 576.

2 MARINS, James. **Tributação e política**. Livro 6. Curitiba: Juruá, 2005, p. 36-37.

3 SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 36-57.

Roberto Ferraz entende que o Direito Econômico possui uma lógica peculiar que fundamenta suas normas: a macrológica, ou seja, a lógica fundamentada em dados macroeconomicamente identificados, como por exemplo, a concorrência⁴.

Para o mesmo autor⁵, o que caracteriza as normas de direito econômico não é a matéria que lhe seria própria, mas sim o enfoque com que foram concebidas: o enfoque macroeconômico ou, em uma palavra, macrológicamente. O espírito das normas de direito econômico é diferente, pois corresponde às necessidades da sociedade de massa surgidas após a revolução industrial e afirmadas na modernidade, sobretudo em torno ao consumo. Existe uma nova lógica, de contemplação ao coletivo, que se choca com a tradicional lógica jurídica, estruturada em conceitos estritamente individuais. De acordo com Washington Peluso, estabelecidas as normas de direito econômico em legislações das mais variadas áreas, é necessário esforço dos profissionais dessas variadas áreas para identificá-las e as suas lógicas para a proteção de interesse coletivo, ou seja, para que sejam atingidos os objetivos ideológicos definidos na Constituição – o que demonstra o domínio do Direito Econômico. Quando esses objetivos se cumprem por meio de recursos financeiros obtidos por expedientes tributários, mas contidos na área das normas de Direito Financeiro, consigna-se uma relação entre as duas disciplinas: “Por exemplo, para que se atinja o desenvolvimento econômico tomado como dado ideológico, adota-se o expediente chamado ‘incentivo fiscal’”⁶.

O incentivo fiscal é um caso típico de norma de Direito Econômico que se choca com institutos do Direito Tributário como o interesse fiscal, que, por sua vez, não pode ser a comodidade do Fisco, nem o arbítrio, nem a falta de razoabilidade. Essa tipicidade se verifica quando por uma decisão político-econômica, o Estado decide que o contribuinte, em lugar do pagamento total do imposto, possa destinar uma parte desse total a investimento na área ou atividade considerada necessitada e merecedora desse tratamento. Verificou-se, a rigor, um investimento privado e não mais um pagamento de imposto, no que corresponde ao percentual deixado à opção do contribuinte. O Estado não recebe esse percentual para si, pois funciona apenas como agente recebedor para o particular que se irá beneficiar do investimento, e como intermediário junto ao particular contribuinte⁷.

4 FERRAZ, Roberto. **O consumo, a concorrência, o mercado e as distorções da substituição tributária (para frente)**. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. 11º Volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2007, p. 359-379.

5 FERRAZ, Roberto. A macrológica de direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n. 142, p. 80-85, abr./jun 2006.

6 SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 80.

7 Idem, p. 80.

Com a prática de incentivos fiscais, o Estado quebra a uniformidade do imposto e exonera o contribuinte de recolhê-lo, sendo que, em troca, espera a expansão econômica de certa região ou certa atividade econômica desenvolvida pelo particular.

Comentando o artigo 174 da Constituição da República, Cretella Junior⁸ diz que:

Incentivo é a segunda das funções exercidas pelo Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, aliás, a mais moderada forma da presença do Estado na economia. Os incentivos podem ser de natureza não fiscal, como ocorre nos casos de doações de áreas a empresas para a exploração de atividades econômicas – industriais, comerciais, de exportação e importação – ou de natureza fiscal, como as isenções de tributos a empresas, em pleno funcionamento, quando se trata de atividade que interesse à região ou país.

Numa análise global do tratamento constitucional dispensado à ordem econômica, constata-se que os incentivos do Poder Público às empresas privadas são, em tese, admitidos pela Constituição Federal de 1988, de modo que não se pode, de plano, considerá-los contrários ao ordenamento jurídico brasileiro.

A simples análise de princípios constitucionais que fundamentam a República Federativa do Brasil, consistentes na promoção da dignidade da pessoa humana e na promoção dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como pelos objetivos fundamentais da República, que consistem em garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, pode justificar o incentivo.

E, principalmente, o justifica a análise dos conteúdos dos princípios do artigo 170 e seus incisos da Constituição da República, destacando-se aqueles que tratam da valorização do trabalho humano, de assegurar a todos existência digna, justiça social, soberania nacional, redução das desigualdades regionais e sociais, busca pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Entretanto, a permissão constitucional a incentivos fiscais é limitada pelo tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, segundo o artigo 150, II, num indicativo de que os incentivos devem ser destinados ao desenvolvimento nacional e ao atendimento regional ou setorial das atividades econômicas.

8 CRETELLA JUNIOR, Jose. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 40-47.

Assim, tem-se que o incentivo fiscal é em si um modo extrafiscal de intervenção estatal sobre a economia. Embora o incentivo possua modalidades distintas de atuação, uma das que mais identifica a necessidade de reflexos, tanto econômicos como sociais, refere-se ao incentivo fiscal para desenvolvimento regional.

3. Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Regional

O Brasil é um país com farta quantidade de incentivos fiscais a pretexto de estímulo a novas indústrias ou atividades econômicas, que, no campo prático, apresentaram-se como meio de propagação de clientelismo, nepotismo e outras ações não menos nefastas, de forma a instituir privilégios subjetivos e inconstitucionais.

Para que se verifique a validade do incentivo fiscal, Marcos Catão⁹ pondera que há a necessidade de conjugação do binômio fundamento validade/efetividade na multiplicidade de situações passíveis de concessão de incentivos, em que um dos dois pontos acaba por ser minimizado.

O autor ilustra e comprova tal afirmação no âmbito dos resultados dos incentivos fiscais às Regiões Norte e Nordeste, os denominados Fundos de Investimentos do Nordeste, cujo fundamento encontra-se previsto pelo artigo 151, I, da Constituição da República.

Concebidos pelo Ministro da Fazenda Celso Furtado, em 1963, a instituição desses incentivos tinha por pressuposto a diminuição das desigualdades socioeconômicas dentro do país.

Estava baseado em um sistema de isenções, subvenções e empréstimos subsidiados, controlados por autarquias e instituições financeiras especialmente criadas para tanto. As autarquias são as das extintas Superintendências para Desenvolvimento da Amazônia e para o Desenvolvimento do Nordeste, cujos detalhes de funcionamento não são objeto do presente trabalho. Entretanto, cabe ponderar que elas avaliavam, autorizavam e acompanhavam a declaração de implementação de projetos aprovados na Região.

Com a edição da Medida Provisória 2.146/01, foram criadas, em substituição às Superintendências para Desenvolvimento da Amazônia e para o Desenvolvimento do Nordeste, agências nacionais reguladoras de natureza autárquica vinculadas ao Ministério da Integração Nacional, denominadas

⁹ CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110-111.

respectivamente de Agência de Desenvolvimento do Nordeste e Agência de Desenvolvimento da Amazônia¹⁰.

O Dec. 4.213/2002, que regulamenta o incentivo, prescreve quais os setores da economia¹¹ que se classificam como prioritários para o desenvolvimento regional nas áreas de atuação das extintas Superintendências para Desenvolvimento da Amazônia e para o Desenvolvimento do Nordeste. Entretanto, cabe observar que tais setores econômicos refletem no âmbito social para a população regional, na medida em que ela oferece melhores expectativas de desenvolvimento.

Ocorre que a verificação dos resultados, durante as décadas que se seguiram desde a implementação dos incentivos, não foi positiva, mediante a associação do sistema a casos de outorga de privilégios a políticos pela ausência de criação de uma atividade ou setor de destaque.

A renda *per capita* do Nordeste evoluiu consideravelmente de 1960 a 1998; ainda assim, é a região brasileira com a mais baixa renda *per capita* e maior nível de pobreza. 50,12% da população possui uma renda familiar de meio salário mínimo e, de acordo com o levantamento Do Fundo das Nações Unidas para a Infância divulgado em 1999, as 150 cidades brasileiras com a maior taxa de desnutrição se encontram no Nordeste¹².

Lembra Marcos Catão:

Na verdade, é consenso atribuir-se o recente progresso da região muito mais ao estímulo de dispêndios através de gastos diretos que permitiram a melhoria da infraestrutura, como a construção de aeroportos, os quais têm contribuído para uma vocação natural que é o turismo, sem prejuízo de outras atividades industriais como a petroquímica e a indústria têxtil.

Verifica-se que não basta um bom sistema sem o exercício da atividade institucional, destacam-se primordialmente a ineficiente fiscalização e a falta de revisão dos incentivos, ainda que, após 1990 tenham os mesmos sido reduzidos¹³.

A falta de eficiência na aplicação de incentivos fiscais gerou distorções que acabam por não conjugar os objetivos econômicos e sociais do instituto, diante

10 ELALI, André; ZARANZA, Evandro. Indução econômica por meio da tributação. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 72., p. 11-23, jan/fev.2007.

11 Setores de infraestrutura; atividades de turismo, atividades de agroindústria; setores da indústria extrativa de minerais; as atividades do setor da indústria de transformação, empreendimentos do setor de produtos farmacêuticos; atividades do setor de fabricação de máquinas e equipamentos; atividades na área de minerais não metálicos e atividades dos setores de eletro-eletrônica.

12 <http://pt.wikipedia.org.br>. Acesso em 19.11.2008.

13 CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 112.

da prevalência ao aspecto econômico, ausente o alcance da igualdade tributária e do bem comum.

4. Incentivos Fiscais e a possibilidade de distorções violadoras dos Princípios da Concorrência e da Igualdade

É de notório conhecimento de todos que os incentivos fiscais têm suas justificativas apresentadas pelos administradores públicos para as concessões de incentivos para empresas privadas instalarem-se em suas unidades territoriais, apoiadas no desenvolvimento local, notadamente pela geração de tributos e empregos.

A geração de empregos, cabe reconhecer, promove a dignidade humana, erradica a pobreza e a marginalização, diminui diferenças sociais e amplia a justiça social, que constituem fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, em seus artigos 1º e 3º, bem como princípios da intervenção do Estado na ordem econômica.

Uma das formas de que o Estado dispõe para garantir os fundamentos e alcançar os objetivos estabelecidos na Constituição Federal é através do desenvolvimento econômico.

Contudo, a busca do esperado desenvolvimento não justifica atitudes administrativas viciadas; é preciso que a atuação incentivadora do Estado seja feita com base nas direções principiológicas estabelecidas, explícita e implicitamente, pela Constituição Federal.

É possível verificar, no artigo 3º da Constituição da República, que um dos objetivos da República é a garantia do desenvolvimento nacional, o que significa que as ações neste sentido devem ser abrangentes e resultantes de um planejamento do governo, o qual é determinante para o setor público, conforme dispõe o artigo 174 do mesmo diploma legal.

Assim, se o Poder Público conceder um incentivo fiscal para uma empresa de determinado setor da economia, o mesmo tratamento deverá ser dado a outras empresas pertencentes ao mesmo setor. Caso contrário, verifica-se um tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, e violador do já citado artigo 150, II da Constituição da República.

A política de incentivos, contudo, não vem merecendo aplausos ou aplicação irrestrita. Como instrumento de intervenção deverá ser deferida após cuidadoso estudo. A problemática liga-se à proteção da igualdade tributária.¹⁴

14 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 305.

Embora exista exceção para o tratamento diferenciado entre contribuintes do mesmo setor, quando o incentivo é conferido sob a justificativa exclusiva do desenvolvimento regional com a instalação de uma empresa, onde isso não aconteceria naturalmente,¹⁵ tal exceção precisa ser verificada com muito cuidado ,sob pena de ferir princípios constitucionais.

A intervenção por meio de incentivos encontra-se extremamente carente de planejamento pelo setor público, como determina o artigo 174 da Constituição da República, ocorrendo de forma desorganizada, sem um efetivo controle sobre os investimentos aplicados e os retornos efetivamente ocorridos. As escolhas dos beneficiários, de um modo geral, não são feitas com base em critérios administrativos objetivos, mas, sim, por interesses e pressões políticas¹⁶.

Não obstante existam previsões constitucionais autorizadoras dos incentivos fiscais, embora com restrições, é preciso que os princípios que orientam a intervenção do Estado na ordem econômica sejam analisados em consonância com outras previsões constitucionais que disciplinam a aplicação de recursos públicos pelo Estado.

4.1. O Princípio da Livre Concorrência

O incentivo fiscal requer, para seu resultado prático, econômico e social, um planejamento adequado e, ainda assim, tal instituto representa, quase que na totalidade dos casos, um grande risco de violação ao princípio da livre concorrência. O princípio da livre concorrência está configurado no art. 170, IV, da Constituição da República, como um dos princípios da ordem econômica, e como manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Lei Maior estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. As disposições se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência avassaladora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico; este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então,

15 Faz-se necessário, até mesmo aqui, cuidar das possíveis constatações de concorrência desleal, como lembrado por Roberto Ferraz, em **O consumo, a concorrência, o mercado e as distorções da substituição tributária**. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. 11º Volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2007, p. 359: quando da “[...] consequência da política de repartição de receitas configurada pelo estabelecimento de alíquotas diferenciadas em operações internas e interestaduais, o preço de aquisição de veículos por concessionárias do Norte e do Nordeste era consideravelmente inferior ao praticado com as concessionárias do mesmo Estado em que fabricados os automóveis. Isto antes da criação do regime de substituição tributária.”

16 TRAMONTIN, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 118.

ao Estado coibir este abuso¹⁷. Diante da clara noção do objetivo da proteção da concorrência do Estado, intenta-se demonstrar, a partir de um caso concreto de incentivo fiscal, a total violação ao referido princípio. Para exemplificar uma modalidade de incentivo fiscal, que tanta polêmica gerou em face dos elevados montantes gastos pelo setor público, torne-se o caso da multinacional Ford Motor do Brasil, com os dados referentes ao projeto para instalação no Estado do Rio Grande do Sul, cujos valores, somente com incentivos consistentes da doação de terrenos e isenção de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), foram estimados num valor de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais). Ainda segundo a revista *Fortune*, a referida empresa era a terceira maior empresa do mundo, quando de sua instalação, o que não demonstra qualquer necessidade de incentivo fiscal¹⁸. Isto porque tal gasto representa somente um dos gastos estatais com a empresa, os quais são exorbitantes e violam os princípios da eficiência, da economicidade, da igualdade e quebram garantias como a concorrência num livre mercado econômico. Afinal, será mínima a chance de empresas de pequeno porte, ou mesmo de grandes empresas concorrerem com empresas beneficiadas pelo incentivo fiscal por meras motivações indisfarçadamente políticas e não jurídicas.

4.2. Princípio da Igualdade e Justiça: a ausência da busca pelo bem comum nos incentivos fiscais

O conceito de justiça fiscal confunde-se muito com a noção de igualdade na distribuição de carga tributária. A justa repartição dos encargos com o financiamento das atividades do governo, nesse caso, seria obtida na medida em que a contribuição individual variasse diretamente em função da respectiva capacidade. Nesse sentido, o princípio da isonomia tributária deve ser operacionalizado através do princípio da capacidade contributiva¹⁹. A capacidade contributiva e os princípios da Ordem Econômica poderão compreender-se numa relação de integração, já que ambos servem para atingir a mesma finalidade preconizada na Constituição, consubstanciada nos princípios da justiça e da solidariedade.

Assim, o princípio da capacidade contributiva passa a ser apenas um entre vários fatores de discriminação, todos baseados nos valores e voltados à mesma finalidade. A igualdade não se mede apenas a partir da capacidade

17 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 876.

18 TRAMONTIN, Odair. **Incentivos públicos a Empresas privadas e guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 132-133.

19 GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 69.

contributiva, mas também de outros fatores impostos pela lei, que justifiquem a discriminação²⁰.

Aurélio Pitanga Seixas Filho²¹ diz que o princípio da isonomia permite ao legislador fazer discriminações que atendam situações desiguais, desde que o critério discriminatório não seja puramente arbitrário, existindo razões valiosas, de ordem econômica e/ou social. Para Ricardo Lobo Torres²², o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, razão pela qual encontra-se sempre limitado pela liberdade individual. Aduz, ainda, que as ideias de liberdade e tributo, bem como as de direitos humanos e poder de tributar estão conectadas fundamentalmente na mesma equação de valores. O respeito aos direitos da liberdade e pela utilização dos princípios constitucionais vinculados à segurança, a justiça e à igualdade garantem a legitimidade do poder de tributar. Esta liberdade do contribuinte é altamente prejudicada pelas discriminações fiscais geradas por desigualdades absolutamente infundadas. Por tal razão, constituirá ofensa aos direitos humanos qualquer discriminação injustificável que provoque a exclusão de alguém da regra tributária geral ou de um privilégio, posto que restará desrespeitada a igualdade assegurada no artigo 5º da Constituição Federal. Sainz de Bujanda, analisando a utilização extrafiscal das isenções e a isonomia fiscal, aponta que o uso abusivo dessas exonerações resulta na quebra do princípio da justa repartição dos encargos tributários. Qualquer isenção extrafiscal somente será indiscutível juridicamente se for exercida a serviço do bem comum e não em favor das classes dirigentes. Denunciando o risco de emprego abusivo deste tipo de isenção, como se esta fosse a solução para todos os males, preconiza uma redução paulatina desse método extrafiscal, propondo a substituição desses estímulos ocasionais por um “sistema tributário estimulante” que não abra brechas na justa repartição da carga fiscal²³. Como verificado no exemplo acima citado – Ford Motor do Brasil, e não único existente, mas de grande monta em razão do poderio apresentado pela empresa incentivada – é possível verificar o quão violador da igualdade e da justiça fiscal pode tornar-se o incentivo fiscal. Sem falar da inevitável injustiça social que se verifica na utilização de incentivos fiscais regionais, nos quais o objetivo é a existência de uma política diferenciada motivados por políticas sociais, de fomento à cultura e à educação, ou seja, motivos filantrópicos e humanitários,

20 SHOUBRI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 291.

21 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Teoria e prática das isenções tributárias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 115-116

22 TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 3.

23 BUJANDA, Sainz de. Teoria jurídica de la exención tributária. XI Semana de Estudios de Derecho Financiero. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964, p.398. apud GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 71.

motivos políticos e econômicos, sendo estes últimos os causadores dos maiores questionamentos relativos à violação do princípio constitucional da igualdade. E isto, por estarem sendo buscados com exclusividade pelos incentivos fiscais.

Apenas para ponderar, cabe lembrar da existência de posicionamento doutrinário de que a justiça social é conceito deveras complicado de se chegar²⁴. Mas o presente estudo não tem como objetivo tal reflexão.

Veja-se o que diz Luis Eduardo Schoueri²⁵ acerca da relação do princípio da igualdade com a regulação econômica por parte do Estado:

Também na implementação dos objetivos positivos do Estado haverá campo para discriminações lícitas. Havendo, no seio da Constituição Econômica brasileira, sua finalidade, definida como a construção de uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana, com existência digna num ambiente de justiça social, encontram-se as primeiras balizas que justificarão uma discriminação lícita por parte do Estado. Por outro lado, conforme já estudado acima, tais objetivos não se haverão de alcançar a todo custo: haverão eles de atender o binômio valorização do trabalho humano e livre iniciativa, de que trata o artigo 170, caput do texto constitucional, como explicitação dos valores sociais inscritos no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, que são princípios fundamentais da República. Sob o prisma da igualdade, dir-se-á que apenas será razoável a discriminação quando conforme àqueles valores sociais.

O mesmo autor, ao englobar os incentivos fiscais como normas indutoras de intervenção econômica, ressalta que o confronto deste tipo de norma com o

24 A tese fundamental de Friedrich Hayek, em **The Mirage of Social Justice**, é que, numa sociedade de homens livres cujos membros podem servir-se de seus próprios conhecimentos para alcançar seus próprios fins, a expressão justiça social carece totalmente de significado ou conteúdo, e por sua própria natureza não pode ser demonstrada. A expressão justiça social não é, ao contrário do que muitos pensam, uma expressão inocente de boa vontade aos menos favorecidos; ela se tem convertido numa situação desonesta segundo a qual haveria que estar de acordo sobre algumas exigências que obedecem a interesses especiais que não podem se justificar seriamente.

Há um alerta acerca de que existem prejuízos perigosos para o culto da justiça social, que tende a destruir o genuíno sentido do que é moral. Em particular, nas formas mais igualitárias, este culto esta em conflito com alguns princípios morais em que se fundamenta toda a comunidade de homens livres. Analogamente, o postulado de que todo adulto deve ser responsável por seu próprio bem-estar e de quem dele depende, quer dizer que, por própria culpa, não devem pagar seus amigos ou seus semelhantes, é incompatível com a ideia de que a sociedade ou o Estado devem a toda pessoa uma renda adequada. A perseguição sistemática da justiça social assemelha-se ao socialismo e se apóia completamente na ideia de que o poder político deve determinar a posição material dos distintos indivíduos ou grupos, ideia defendida pela falsa afirmação de que assim deve ser inevitavelmente, e que o socialismo quer simplesmente transferir este poder dos privilegiados à classe mais numerosa.

25 SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 288.

princípio da igualdade permite que o intérprete adote uma dentre três posições: Desconsiderar qualquer norma indutora por ferir o princípio da igualdade; afirmar a aplicação do princípio da igualdade às normas tributárias indutoras, mas negar a aplicação do princípio da capacidade contributiva ou, ainda, afirmar a aplicação dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva e buscar sua compatibilidade com as normas tributárias indutoras. O primeiro posicionamento é o de Sainz de Bujanda²⁶: *La equitativa distribución de la carga fiscal no puede sacrificar-se para el logro de otros fines, por muy elevados y atrayentes que sean, porque para ello seria necesario, en España, producir una legislación radicalmente nula*”. Para Ricardo Lobo Torres²⁷, acompanhando a corrente liderada por Klaus Tipke, adepto da segunda corrente, entende que as tais normas indutoras não se submeteriam ao princípio da capacidade contributiva, mas ao princípio do Estado Social, sustentando que o tema desenvolvimento econômico tem mais a ver com a vertente dos incentivos fiscais e extrafiscalidade que com a da tributação segundo a capacidade contributiva, e que as concessões de incentivos fiscais, em nome do desenvolvimento econômico, tornaram-se um dos mais importantes e difíceis problemas do intervencionismo estatal, pela inevitabilidade das desigualdades. Segundo os ensinamentos de Klaus Tipke e Douglas Yamashita²⁸:

Por juristas também é defendida a tese de que incentivos fiscais seriam apenas justificados quando servissem ao Bem Comum – numa lei cantonal Suíça consta que reduções de impostos serão concedidas quando o fomento da macroeconomia, o aumento da capacidade contributiva ou fins filantrópicos as justificarem.[...] O fomento do bem-estar de um grupo social e economicamente desamparado asseguraria a paz social e beneficiaria a comunidade. O fomento de algumas regiões economicamente atrasadas (pobres, estrutural e financeiramente) serviria à criação de um nível isonômico de bem-estar e, com isso, da justiça e do bem para todos.

Ives Gandra Martins²⁹ e Luis Eduardo Schoueri³⁰, por sua vez, filiam-se à terceira corrente, apontando a impossibilidade da absoluta isonomia jurídica, ou seja, a estrita isonomia para as situações particulares, aplicada a um círculo cada

26 BUJANDA, Sainz. Hacienda y Derecho. vol. III. Madrid. 1963, p. 420 apud SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 278.

27 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 357.

28 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

29 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O princípio da legalidade no direito tributário brasileiro**. São Paulo: CEEU, 1981, p. 325 a 364.

30 SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281.

vez mais restrito de iguais perante a lei, passou a ser a fórmula convivencial entre o direito de intervenção sobre o Domínio Econômico e de estímulo, de outro lado, de certezas de assegurar direitos iguais aos iguais em situações rigorosamente iguais, para concluir que o princípio da estrita isonomia permite a formação de áreas mais largas de desigualdades por força de lei, que não afetem o “pequeno núcleo de iguais.” Estes círculos cada vez mais restritos é que explicam a compatibilidade das normas indutoras com o princípio da igualdade e, conseqüentemente, com os contornos do princípio da capacidade contributiva, relacionada à Ordem tributária com a Ordem Econômica.

Cabe aqui ponderar que o que se quer destacar são dois pontos: a violação da igualdade entre contribuintes em relação à sua capacidade contributiva como aspecto de justiça fiscal (empresas de grande poderio econômico recebendo incentivos fiscais); a previsão constitucional de justiça num acento social de igualdade de oportunidades. O incentivo fiscal tem um objetivo econômico, por exemplo, o desenvolvimento regional, atrelado a um objetivo social de aumento de oportunidades para a população da região. Muitas vezes, o poder público, por motivos político-econômicos, concede incentivos fiscais como meros favores que visam a interesses estritamente particulares e não repercutem em inserção social ou regional no mercado econômico. Tal fato é verificado em regiões mais pobres, onde, mesmo com a ingerência de incentivos fiscais para empresas instaladas, não se atingiu o desenvolvimento socioeconômico esperado.

Ou seja, empresas continuam sendo beneficiadas por incentivos mesmo não contribuindo para um desenvolvimento econômico de modo associado a uma melhoria para a coletividade, no campo social para o bem comum, sendo que a conjunção desses interesses constitui o objetivo precípua do incentivo fiscal.

5. Incentivos Fiscais: ideário simplista para o desenvolvimento socioeconômico³¹

Um estudo realizado em Harvard, acerca dos incentivos fiscais em países subdesenvolvidos, verificou que todo incentivo fiscal funda-se sobre a pressuposição de que uma redução de impostos para contribuintes selecionados resultará em um aumento de investimentos em atividades selecionadas. No entanto, visto que os incentivos fiscais são apenas um entre muitos fatores que se influenciam reciprocamente uns aos outros e que afetam o comportamento do empresário, essa pressuposição reflete uma concepção demasiado simples dos ideais econômicos de um investidor.

31 HELLER, Jack; KAUFFMAN, Kenneth. **Incentivos fiscais à indústria em países subdesenvolvidos.** Tradução Zeno Santiago. Rio de Janeiro: Impreso e Composto pela Sociedade Editora e Gráfico Ltda, 1972, p. 35-43. (Estudo retirado da Universidade de Harvard em 1963)

O Brasil tem realizado poucos esforços no sentido de coordenar a aplicação das legislações como medidas e programas visando ao desenvolvimento econômico. Houve um foco de esperança de que o incentivo fiscal, por si só, resultaria em um aumento apreciável dos investimentos, mesmo sem o esforço adicional da parte do governo na promoção deles e mesmo sem a aplicação da isenção estar integrada em programas de fomento maiores. Essa concepção simplista da correspondência direta entre o incentivo e a resposta do investidor reflete-se nas numerosas leis que incluem diferenças de privilégios, conforme fatores diversos, como a localização, tipo de produtos e tipo de matéria-prima. Entretanto, as leis fiscais não se operam sozinhas; elas funcionam com relação a um arcabouço econômico e político, a um sistema fiscal existente. A política econômica de governo tem capacidade para fomentar o desenvolvimento e sua estabilidade política e monetária. Assim, uma previsão realista sobre a utilidade geral dos incentivos requer um juízo sobre os efeitos possíveis destes fatores. Quando falta esta perspectiva, perdem-se ocasiões para acelerar o desenvolvimento pela adoção de medidas fiscais apropriadas, ou podem-se adotar medidas que são impróprias às circunstâncias e necessidades nacionais e que podem causar distúrbios no processo de desenvolvimento. O estudo também pondera que os incentivos fiscais não podem contrabalançar fatores negativos graves como a corrupção administrativa, a arbitrariedade ou a incompetência na aplicação das leis, fiscais ou não, relativas à indústria. De fato, isenções fiscais não têm força suficiente para melhorar um clima financeiro já mau por causa de manobras políticas ou econômicas, ou por causa da incapacidade, da parte do governo, de manter as condições de estabilidade econômica, política e monetária tão necessárias ao desenvolvimento econômico e social. A necessidade de racionalizar o sistema fiscal torna-se mais urgente em muitos países, mas a necessidade de conciliar o fisco com o desenvolvimento econômico, é ainda mais premente.

Os objetivos de desenvolvimento econômico e da justiça tributária são complementares. Às vezes, porém, como no caso dos incentivos fiscais, um conflito pode surgir. Nesse caso, como em todos os casos em que a equidade e os objetivos econômicos parecem colidir, o consenso geral tem sido de que o objetivo urgente do desenvolvimento econômico deve passar à frente de todos os outros, e que a equidade, embora importante, deve ser temporariamente secundária. Assim, contanto que os incentivos fiscais tenham um nível incontestado de mérito econômico, a escolha entre os objetivos econômicos e a equidade é clara. Deste ponto de vista, a arbitrariedade na distribuição de vantagens, que é inerente aos incentivos fiscais, deve ser contrabalançada por efeitos gerais sobre o desenvolvimento. Faltando uma razão econômica firme, no entanto, não há justificativa para desigualdades arbitrárias entre os contribuintes. De fato, considerando que a justiça e a equidade são condições *sine qua non* de uma reforma fiscal harmonizada com as necessidades

do desenvolvimento, as consequências de tal falta de equidades podem ser muitas e muito graves, impedindo o desenvolvimento. Na verdade, o que ocorre é que o administrador público ou o legislador prefere, por vantagem política, ampliar os privilégios e estendê-los a outras categorias, em vez de corrigir as irracionalidades ou injustiças da lei existente, que são as verdadeiras causas de descontentamento dos grupos não beneficiados. Nesse caso, os incentivos fiscais não passam de expedientes para adiar uma reforma tributária.

6. Conclusão e proposta

Os incentivos fiscais, embora sejam métodos extrafiscais de intervenção do Estado na atividade econômica, consoantes com a ordem constitucional, não têm respeitado seus objetivos tanto econômicos como sociais, e tal resultado já era previsto internacionalmente. Concessões arbitrárias e puramente políticas assolam uma verdadeira prática de concorrência desleal entre empresas. A proteção do bem comum e de uma justiça social baseada na igualdade de condições e estímulo ao desenvolvimento das populações, nas quais são realizados os incentivos fiscais para desenvolvimento regional, não têm sido verificados e, nas regiões em que empresas privadas recebem os incentivos, continuam a preponderar índices altíssimos de pobreza e desigualdade social. A legitimidade da manutenção de atuações interventivas de incentivo fiscal se dará, tão somente, quando forem estabelecidos parâmetros prévios de concessão num cauteloso planejamento. Estes parâmetros deveriam basear-se numa nova proposta de análise prévia de requisitos para posterior outorga de concessão do incentivo pelo Estado. Esta proposta exigiria que uma empresa, para receber incentivos fiscais, teria que demonstrar a relação entre a sua atuação e desenvolvimento econômico e social da região e, somente após verificados pelo Poder Público tais progressos, este concederia incentivos fiscais. Entretanto, qual o estímulo para que uma empresa corresse o risco de instalar-se numa região de duvidoso retorno econômico? A resposta para tal questionamento é dada por proposta doutrinária de criação de subvenções, apropriadamente direcionadas para a implementação de empresas em regiões não desenvolvidas. Ou seja, o primeiro estímulo seria a facilidade em adquirir o capital necessário e na implementação da empresa, verificado o seu reflexo econômico e social e maiores chances de crescimento com o apoio dos incentivos fiscais. Com tal reflexão é possível verificar que uma empresa só receberia um estímulo fiscal se estivesse efetivamente proporcionando o bem comum, mesmo contribuindo de modo justo na repartição fiscal. As concessões de incentivos fiscais muito provavelmente cairiam; entretanto, as que fossem concedidas estariam primariamente visando ao interesse público e colaborando para a manutenção do Estado Social.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BUJANDA, Sainz de. **Teoría Jurídica de la Exención Tributária**. XI Semana de Estudios de Derecho Financiero. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964.
- BUJANDA, Sainz. **Hacienda y derecho**. vol. III. Madrid. 1963.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 112.
- CRETELLA JUNIOR, Jose. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 4.047.
- ELALI, André; ZARANZA, Evandro. **Indução econômica por meio da tributação**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. N° 72. Jan/Fev.2007, p. 11-23.
- FERRAZ, Roberto. **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FERRAZ, Roberto. **O consumo, a concorrência, o mercado e as distorções dasubstituição tributária (para frente)**. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. 11º Volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2007, p. 359-379.
- FERRAZ, Roberto. A macrológica de direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**. n.142. São Paulo. Abr/jun 2006, p. 80-85.
- GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- HELLER, Jack; KAUFFMAN, Kenneth. **Incentivos fiscais à indústria em países subdesenvolvidos**. Tradução Zeno Santiago. Rio de Janeiro: Impresso e Composto pela Sociedade Editora e Gráfico Ltda, 1972, p. 35-43. **(Estudo retirado da Universidade de Harvard em 1963)**
- MARINS, James. **Tributação e política**. Livro 6. Curitiba: Juruá, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O princípio da legalidade no direito tributário brasileiro**. São Paulo: CEEU, 1981, p. 325-364.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Teoria e prática das isenções tributárias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 305.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Lediane Rano Fernandes da Silva

TRAMONTIN, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002.

Recebido em 29/09/09

Aceito para publicação em 27/11/09

PARTE GERAL

ESTADO, DIREITO E JUSTIÇA NA OBRA DE THOMAS HOBBS

THE ROLE PLAYED BY THE STATE, RIGHT & JUSTICE
IN THOMAS HOBBS' WORK

Andityas Soares de Moura Costa Matos*

* Graduado em Direito, Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Filosofia do Direito da FEAD (Belo Horizonte). Autor de ensaios jusfilosóficos tais como *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen* (Belo Horizonte, Del Rey, 2005, 1. ed. e 2006, 2. ed.) e *O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

Sumário

1. Introdução. 2. Breve esboço biobibliográfico. 3. A origem do Estado para Hobbes. 4. A independência do direito e do Estado em face da autoridade religiosa. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Biobibliographical sketch. 3. The origin of the State in Hobbes' thought. 3. State and Law independency from the religious authority. 5. Final considerations. 6. References.

Resumo

O presente artigo apresenta uma leitura jusfilosófica da obra de Thomas Hobbes, demonstrando sua importância para o pensamento jurídico contemporâneo, em especial o de matriz juspositivista, eis que Hobbes foi um dos primeiros autores a separar a esfera religiosa da jurídico-política, além de arquitetar um conceito de justiça relativista e desvinculado dos pressupostos jusnaturalistas que dominaram o século XVII.

Palavras-chave: Filosofia Política; Positivismo Jurídico; Jusnaturalismo; Modernidade; Contratualismo; Teoria da Justiça; Leviatã.

Abstract

This article offers a legal philosophical interpretation of Thomas Hobbes' work and demonstrates its importance to contemporary legal thought, especially to that on the legal positivist matrix. Besides being one of the first authors to separate religious from the legal-political sphere, Hobbes was also the architect of a relativist justice concept not linked to the natural law postulations that prevailed in the 17th century.

Keywords: Political Philosophy; Legal Positivism; Natural Law Philosophy; Modernity; Contractualism; Theory of Justice; Leviathan.

1. Introdução

Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil ou simplesmente *Leviatã* é uma daquelas raras obras que, ao lado de *A república* de Platão, *A política* de Aristóteles e *O príncipe* de Maquiavel, possivelmente nunca deixará de ser lida pelos homens enquanto ainda se preocuparem com a melhor forma de se organizar a sociedade. Por isso mesmo, o livro de Hobbes merece ser chamado de clássico. O clássico não envelhece nem se mostra ultrapassado; ainda que suas aparências possam denotar certo inevitável desgaste, sua essência permanece ativa, oferecendo respostas a questões que vêm ocupando frequentemente o pensamento humano.

Contudo, o valor do tratado político-filosófico de Hobbes não reside, talvez, no conteúdo das ideias apresentadas. As principais teses do *Leviatã* não eram desconhecidas na época em que o autor lançou a obra, algumas delas representando verdadeiros lugares-comuns do movimento jusracionalista. Outrossim, os princípios básicos que norteiam a teoria do Estado hobbesiana já haviam sido expostos de maneira embrionária pelo pensador inglês em estudos anteriores, tal como no *Do cidadão*¹, que, inclusive, apresenta feição mais acadêmica e universalista: escrito em latim, destinava-se à Europa culta e não à ainda bastante rude e iletrada ilha onde nasceu o filósofo.

Na verdade, o impressionante no *Leviatã* é o vigor e a elegância da argumentação de Hobbes, a clareza de suas colocações e a honestidade intelectual que muitas vezes lhe custou caro durante sua inquieta existência². Talvez influenciado por seus dotes matemáticos – indispensáveis à mente filosófica, como bem demonstraram autores tão diversos como Platão e Wittgenstein –, Hobbes buscou de maneira insistente a expressão exata para dar forma a seus pensamentos, escrevendo, desse modo, um tratado político-jurídico que, malgrado a temática aparentemente áspera, é saboroso e estimulante³. Assim, ainda que

1 Em sua tradução, Renato Janine Ribeiro refere-se ao estilo algo tortuoso e nervoso de **Do cidadão**, encontrando a beleza do texto em seu desequilíbrio (2002, p. XXXVI), apreciação que poderíamos aplicar também ao **Leviatã**.

2 Quentin Skinner enxerga no **Leviatã** uma síntese do estilo racionalista, próprio da metodologia científica do séc. XVII, e da argumentação retórica característica do humanismo renascentista, dado que, no desenvolvimento de sua argumentação, Hobbes raras vezes dispensa a ironia, a sátira, a eloquência e outros recursos similares. De tal união, brotou uma maneira de escrever única que encanta e incomoda até os dias de hoje (SKINNER, 1999, p. 569-581).

3 Contudo, tal não significa que o texto do **Leviatã** seja fluido e facilmente compreensível em todos os seus momentos. Há passagens obscuras, digressões e confusões que podem dificultar, e de fato dificultam,

não concordemos com muitas das ideias de Hobbes, o conhecimento de sua obra máxima, além de obrigatório para aqueles que pretendem não se ver absolutamente excluídos da *intelligentsia* ocidental, constitui excitante exercício intelectual, que, ademais, guarda algumas boas surpresas para o leitor.

Parece-me óbvio que acrescentar outras variadas razões para a leitura de qualquer obra – aparte aquela acima aduzida da *boa* leitura – é algo completamente supérfluo. Os livros devem se impor por si mesmos, como certamente acontece com o *Leviatã*. Nas linhas que se seguem apresentar-se-á alguns esclarecimentos que podem ser de alguma utilidade para o leitor não especialista. Pretendeu-se também organizar os principais pontos tratados no extenso volume, buscando captar-lhe a proposta central, o que, afinal, constitui adequado subterfúgio para o desenvolvimento de algumas de minhas experiências – ou hábitos – de leitura do *Leviatã*, realidade subjetiva que, como é evidente, não posso e nem pretendo ocultar.

2. Breve esboço biobibliográfico⁴

Nascido de parto prematuro – “por ansiedade da mãe”, explicou o filósofo – em Westport⁵, no dia 5 de abril de 1588, Thomas Hobbes era filho de um alvoroçado vigário anglicano, que abandonou a cidade após uma briga na porta de sua Igreja, tendo o jovem ficado sob a guarda de um de seus irmãos mais velhos. Após receber educação formal na escola de Malmesbury, Hobbes foi admitido em Magdalen Hall (Oxford) no ano de 1603. Formou-se cinco anos depois, não sem entrar em conflito com os métodos escolásticos da Instituição, que não lhe pareciam suficientemente científicos.

Tornou-se tutor do filho de William Cavendish, conde de Devonshire, barão de Hardwick, viajando com seu pupilo para o continente em 1610, quando tomou contato com a nascente ciência nova e sua metodologia especulativo-racional propugnada por Galileu, Gassendi, Mersenne e Kepler, entre outros. Durante o período de 1621 a 1625 foi secretário de Francis Bacon, um dos pais da moderna noção de ciência. Tendo sempre acalentado o sonho de se apresentar ao mundo como um grande físico ou matemático, é notável como seus estudos no

o entendimento da obra. Para Skinner, tal se deve ao uso de inúmeras figuras de retórica no *Leviatã*, procedimento que a crítica tradicional desconhece ou nega, mas que parece ser bem razoável: “[...] pensar na prosa hobbesiana como uma janela clara, através da qual podemos fitar ininterruptamente seu pensamento, constitui um grave erro. O pensamento de Hobbes no *Leviatã* é mediado por uma prosa em que as técnicas do *ornatus* são usadas para produzir um grande número de efeitos deliberadamente ambíguos. Não reconhecer esse fato equivale a não reconhecer o tipo de trabalho que temos nas mãos” (Skinner, 1999, p. 28).

4 As informações sobre a vida e os escritos de Hobbes apresentadas nesta seção foram colhidas nas obras de Condren (2000), Martinich (1999) e Webster (1956).

5 Hoje parte de Malmesbury, a cerca de 140 km a oeste de Londres.

campo das ciências exatas refletiram profundamente na sua obra político-jurídica, uma vez que Hobbes enxerga a natureza humana de forma mecanicista e o Estado como simples artefato (BOBBIO, 1999, p. 33), desprovido de significação ética.

Após a morte do barão de Hardwick, em 1628, ocasionada pela peste negra, Hobbes foi demitido pela viúva do falecido. Desde então, viveu em Paris trabalhando como tutor de outro jovem nobre, filho de *Sir* Gervase Clifton. Retornou aos serviços da família Cavendish em 1631, orientando os estudos do filho de seu antigo pupilo. Nessa época, parece que Hobbes abandonou definitivamente seus interesses pelas matemáticas e decidiu aprofundar seus conhecimentos filosóficos. A partir de 1637, passou a se considerar, definitivamente, um filósofo.

Em novembro de 1640 mudou-se para a França, uma vez que tomara o partido real na guerra civil entre puritanos e monarquistas que então abalava a Inglaterra e que culminou com o julgamento e a execução do rei Charles I, em 1649. Posteriormente, instaurou-se uma república na Inglaterra – o *Commonwealth* –, que logo degenerou na tirania do protetorado de Cromwell. Uma vez em território francês, Hobbes tomou contato com vários círculos científico-filosóficos, estudou o pensamento de Descartes e deu à estampa alguns de seus principais escritos políticos. O *Leviatã* foi publicado em 1651, e como Charles I tinha sido executado, frustrando assim todas as esperanças da causa realista, Hobbes tentou, no último capítulo da obra, comprovar a possibilidade de a Inglaterra submeter-se legitimamente a um novo soberano. Tais ideias o indispueram perante a corte inglesa, que as enxergou como um flerte com a forma de governo republicana.

Hobbes foi obrigado a deixar a França devido a seus ataques ao papado. Não lhe restou então outra alternativa senão regressar à Inglaterra, após mais de onze anos de exílio. O retorno à pátria não foi fácil para o filósofo, pois teve que enfrentar a elite universitária tomista de Oxford, a qual provocara com a ousada proposta de introdução de novos métodos científicos nas universidades inglesas. No entanto, com a restauração da monarquia inglesa, em 1660, Hobbes foi readmitido na corte por Charles Stuart II, a quem já conhecia desde 1645, quando, durante sua estadia em Paris, foi convidado a ensinar matemática ao então príncipe de Gales. Mas nem por isso sua vida foi mais tranquila. O vingativo clero, que inclusive tinha se oposto à reintegração de Hobbes na corte, operada por Charles II, não apreciava as ideias expostas no *Leviatã*. Por volta de 1666-1667, discutiu-se no Parlamento uma lei que objetivava punir ateus e profanadores de túmulos. A comissão indicada para redigir o texto legislativo tinha, como missão suplementar, a análise do *Leviatã*. Hobbes defendeu-se da ameaça sustentando que, desde a extinção da High Court of Commission em 1641, inexistiam tribunais ingleses com jurisdição sobre heresias. A lei não foi aprovada, mas um tácito silêncio foi imposto a Hobbes, que faleceu em Hardwick Hall, aos 91 anos de idade, no dia 4 de dezembro de 1679. Os primeiros interesses intelectuais de Hobbes giraram em torno das ciências exatas, mapas e cartas

náuticas que conheceu em Magdalen Hall. Nada obstante, dedicou boa parte de seu tempo à tradução dos clássicos gregos e latinos, em especial Tucídides, que parece ter influenciado de maneira decisiva a sua filosofia política. A Tradução Hobbes da *História da guerra do Peloponeso* foi publicada em 1629. Em 1675, lançou sua versão da *Odisseia* e, um ano depois, a da *Iliada*.

As principais obras políticas de Hobbes são as seguintes: *Elements of law natural and politic*, escrita em 1640 e publicada em dois tomos dez anos depois (*Human nature or the fundamental elements of policy* e *De corpore politico or the elements of law, moral and politic*); *Elementorum philosophiae sectio tertia de cive*, publicada anonimamente em Paris no ano de 1642, em latim, traduzida para o inglês pelo autor e editada na Inglaterra em 1651 baixo o título de *Philosophical rudiments concerning government and society*; e a sua obra magna, *Leviathan, or the matter, form, and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil*, escrita na França a partir de 1646 e publicada em Londres no ano de 1651. O livro foi traduzido para o latim e publicado em 1668 no quadro das obras completas latinas de Hobbes, lançadas em Amsterdã. Sem dúvida, o *Leviatã* é a sua obra mais ambiciosa e polêmica, tendo sido censurada pelo Parlamento, como convém a todo livro que se queira realmente interessante. Hobbes publicou, ainda, *De homine*, em 1658, e *Behemoth ou o longo parlamento*, opúsculo no qual satiriza o clero.

3. A origem do Estado para Hobbes

O *Leviatã*, assim como várias obras lançadas posteriormente por autores jusracionalistas, é um tratado político-jurídico cuja principal preocupação consiste na exposição da origem, natureza e finalidade do Estado. O que garante ao texto de Hobbes lugar entre os clássicos é a simplicidade da explicação acerca do surgimento do Estado⁶, imensa em sua honestidade intelectual. Ao invés de apelar para remotas sibilas ou piedosas lendas religiosas, Hobbes põe a descoberto a natureza absoluta do poder estatal, bem como sua necessária independência diante da esfera religiosa⁷. A teoria do filósofo é de fácil compreensão e, aparentemente, bem pouco original, já que se circunscreve à estratégia argumentativa do “contrato social”, que então fazia sucesso nos meios intelectuais europeus do séc. XVII.

Para Hobbes, antes da criação do Estado, os homens viviam em situação de guerra perpétua de todos contra todos, o que corresponde à sua particular descrição do estado de natureza (*status naturalis*). Levadas pela ambição, pelo egoísmo e pela maldade ínsitas na natureza humana, as pessoas se digladiavam diariamente,

6 Cf. Hobbes, 2005, p. 93-98.

7 “Hobbes, ao reagir à anarquia provocada pelas guerras de religião, se conduziu ao extremo oposto. Ele propõe eliminar o conflito entre as várias igrejas ou confissões eliminando a causa mais profunda do conflito, isto é, a distinção entre o poder do Estado e o poder da Igreja. Ele quer, na verdade, que não haja outro poder a não ser o do Estado e que a religião seja reduzida a um serviço” (BOBBIO, 1999, p. 37).

buscando preservar suas posses e vidas, bem como arrebanhar todas as vantagens que a força e a astúcia lhes permitissem. O homem é o lobo do homem (*homo hominis lupus*), concorda Hobbes com Ovídio. É interessante notar que, segundo a visão de Macpherson, o “homem natural” de Hobbes não é um ser primitivo ou intelectualmente atrasado, mas sim o homem puro e simples, como o conhecemos hoje, caso as leis e os freios inibitórios sociais desaparecessem ou fossem suspensos. Dessa maneira, o estado de natureza é uma possibilidade presente – latente e plenamente atualizável – e não simples referência a um passado remoto ou mítico: “[...] o estado de natureza não é um princípio passível de uma superação definitiva: ele é um risco ou perigo sempre iminente” (RIBEIRO, 2004, p. 23).

Todavia, por serem dotados de razão⁸, os homens acabaram por compreender que, se tal situação permanecesse, levaria à extinção da espécie. Dessa forma, criaram – consensualmente, por meio de um pacto – um ente mais poderoso que quaisquer indivíduos isolados: o Estado. Hobbes o compara ao horrendo monstro bíblico de nome Leviatã⁹, que remonta à mitologia fenícia. Desde então, o Estado – encarnado na figura do soberano absoluto – passou a ser o árbitro final que decide as contendas entre os cidadãos, ao mesmo tempo em que lhes garante certos direitos, a exemplo da segurança.

A narração hobbesiana, que, em princípio, difere pouco daquelas efetivadas posteriormente por Rousseau e Locke¹⁰, representa o momento de maturação da teoria político-jurídica europeia, já que assume a posição do ainda desconhecido positivismo jurídico, desdenhando a corrente jusnaturalista em voga. A oposição direito positivo/direito natural constitui, sem dúvida nenhuma, a mais antiga divisão do direito. Desde tempos imemoriais, o homem,

8 Renato Janine Ribeiro preferiria falar antes do medo que da razão. Sua tese acerca do papel civilizador do medo – e, em certa medida, da esperança – na formação do Estado-hobbesiano constitui um dos textos mais importantes para uma leitura integral e contextual da obra do filósofo inglês. Para Ribeiro, é o medo que leva o homem a se associar aos demais, preferindo a certeza da morna segurança proporcionada pelo pacto à incerteza da autoafirmação viril e violenta. Nesse sentido, o Estado seria obra de homens femininos, que preferem a segurança de ter um pouco ao risco de se querer tudo, como ocorria no estado natural. Para maiores detalhes, cf. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo.

9 A palavra vem do latim bíblico **Leviathan**, este derivado do hebraico bíblico. Cf. **Livro de Jó**, c. 40, vv. 20-22.

10 Para Locke, ao contrário de Hobbes, no estado de natureza os homens não viviam em conflito, tendo criado o Estado apenas para maior comodidade e certeza nas relações intersubjetivas. Com o Estado, a vida se tornaria mais fácil e os direitos que os indivíduos possuem – concebidos como naturais – seriam protegidos de maneira mais perfeita. Assim, segundo a interpretação que Chevalier apresenta da doutrina de Locke, os direitos naturais do homem não desaparecem com a fundação do Estado; ao contrário; servem para restringir-lhe o poder. Por seu turno, Rousseau discorda tanto de Hobbes quanto de Locke. Para o filósofo suíço, a espécie humana é muito frágil, sendo que a sobrevivência no estado natural, quando todos vivem de forma isolada, é algo extremamente difícil e mesmo impossível. É preciso que os indivíduos se organizem, conscientemente e sob a forma estatal, para que possam viver. De acordo com Rousseau, o Estado é mais do que uma forma de se evitar que os homens se matem (Hobbes) ou uma simples conveniência (Locke): trata-se de instrumento necessário para a sobrevivência humana.

intuitivamente, acredita na existência de uma ordem jurídica superior àquela por si criada. Trata-se do direito natural: conjunto de normas jurídicas criadas pela natureza ou pelos deuses que, de alguma forma, são capazes de expressar um ideal absoluto de justiça. Segundo os jusnaturalistas, as normas do direito natural independem do Estado, a quem cabe apenas cumpri-las e preservá-las, jamais criá-las. Tais normas guardam uma perfeição intrínseca porque derivam diretamente da própria natureza das coisas, da razão humana ou da vontade dos deuses. Em razão disso, muitos pensadores como Platão, Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Locke e Rousseau entendem que o direito natural, por ser absolutamente justo, se sobrepõe ao direito criado pelos homens, falível, imperfeito e, às vezes, injusto. Este último corresponde ao que hoje chamamos de direito positivo, isto é, ao direito posto por atos humanos, concreto, efetivo e existente na realidade social¹¹.

Caso se leiam com cuidado os capítulos centrais do *Leviatã* (XIII a XV), compreender-se-á o caráter da inovação proposta por Hobbes: a substituição de uma racionalidade político-jurídica teológica, de matriz medieval, por outra de feição moderna, técnico-racionalista e laical. Vejamos: partindo do pressuposto jusnaturalista ao qual se filiava todo teórico político do séc. XVII, Hobbes

11 Talvez seja interessante uma breve digressão sobre as relações entre o direito natural e o direito positivo no decorrer da história do pensamento político-jurídico ocidental. Os gregos já conheciam a distinção entre direito natural e direito positivo, que, **grosso modo**, corresponde à separação ática entre direito divino e direito humano. Além de essa distinção estar presente nas obras de Platão e de Aristóteles, Sófocles nos provou que o conhecimento de tal diferenciação era comum para o homem grego, que sabia distinguir as ordens dos deuses das normas criadas pelos homens. Em **Antígona**, sua mais célebre tragédia, Sófocles narra como a personagem-título, desafiando as ordens do tirano Creonte, enterrou o corpo de seu irmão, conduta que havia sido proibida pelo governante. Ao ser interrogada por Creonte, Antígona afirmou que a norma jurídica por ele criada era inválida, uma vez que o sepultamento digno seria um direito natural de todos os homens. Antígona acaba sendo morta devido à sua ousadia, mas o que importa é o significado de seu ato de recusa em relação às ordens de Creonte. Tal se baseia na ideia de que as normas jurídicas postas pelos homens – no caso, por um tirano – são incapazes de suplantar outras que nascem de instâncias superiores e divinas, ou seja, o direito natural. Este mesmo argumento serviu, na modernidade, como combustível intelectual para a Revolução Francesa de 1789. Os revolucionários derrubaram a monarquia e instituíram uma república na França porque, entre outros motivos, os monarcas, ao estabelecerem privilégios e benefícios para a nobreza e o clero, estariam desrespeitando os direitos naturais de liberdade e de igualdade, conferidos pela natureza a todos os homens. Ao contrário, na Idade Média, a noção de direito natural serviu a propósitos conservadores e antirevolucionários. Acreditava-se que o direito positivo e o poder político dos homens era limitado e falho; por isso todos – servos e nobres – deveriam obedecer às normas jurídicas emanadas da vontade divina e arquitetadas pelos detentores do poder religioso. Nos dias atuais, a concepção laica de Estado, a visão científica do direito e a objetivação/racionalização das relações de poder político-jurídico enterraram a noção de direito natural. Graças a juristas como Hans Kelsen, a teoria do direito natural foi banida do pensamento jurídico contemporâneo, não se podendo conceber qualquer ordem jurídica concorrente em relação à do direito positivo, o único direito efetivamente existente. A ideia de direito natural permanece viva apenas no plano jusfilosófico, confundindo-se com a noção de justiça. Hoje a teoria do direito natural apresenta importância apenas retórica, servindo unicamente para criticar e propor mudanças nas normas de direito positivo, e não para negar sua validade, como ocorria na Antiguidade, no medieval e na modernidade. Para maiores detalhes sobre as relações entre o direito natural e o direito positivo, cf. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**, de minha autoria.

reconhece a existência de leis no estado de natureza. São as leis naturais, que, resumidamente e seguindo a tradição jusfilosófica ocidental, consistem em preceitos que ordenam a prática do bem e abstenção do mal, conferindo a cada um aquilo que lhe é devido¹². Pois bem, para Hobbes:

Uma LEI NATURAL (*lex naturalis*) é um preceito ou uma regra geral, descoberta pela razão, que proíbe a um homem fazer algo que destrua sua vida ou que lhe tire os meios para conservá-la, e não fazer aquilo que ele considera melhor para conservá-la. Embora, de fato, *Jus* e *Lex*, *direito* e *lei* geralmente sejam confundidos por quem fala sobre esses assuntos, devem ser distintos, porque o DIREITO consiste na liberdade de fazer ou de se abster de fazer, enquanto a LEI determina e obriga a uma das duas coisas. Por isso, a lei e o direito diferem entre si como a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis na mesma situação (2005, p. 99).

Entre as leis naturais, avulta a que preceitua serem todos os homens livres e iguais, o que significa que, por mais forte e sagaz que certo indivíduo seja, isso não corresponde a uma vantagem de tal monta suficiente a garantir-lhe domínio ilimitado e constante sobre os demais:

A natureza fez os homens tão iguais nas faculdades do corpo e da mente que, embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte, no físico, ou de mente mais ágil do que outro, no final das contas, a diferença entre um homem e outro não é tão considerável a ponto de que um possa, a partir disso, reivindicar para si um benefício ao qual o outro não possa pretender tanto quanto ele. (HOBBS, 2005, p. 93).

Nada obstante, quando do estado de natureza, as leis naturais – tal como a que preceitua a igualdade de todos – só eram obrigatórias em foro interno, isto é, diante da própria consciência e perante Deus, se o indivíduo Nele acreditasse. Em relação ao foro externo – e é esse o ponto fundamental –, as leis naturais somente são obrigatórias se os outros indivíduos – além daquele que as pretende cumprir – as respeitarem. Assumindo nítido viés utilitarista que será criticado por vários de seus contemporâneos jusnaturalistas, Hobbes admite que não seria

12 Estes preceitos encontram-se bem fundamentados no **Digesto** de Justiniano, no qual coube a Ulpiano a fórmula modelar: “**Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere**” (**Digesto**, I, 1,1; **Institutas**, I, 1, 3).

razoável respeitar as leis naturais diante daqueles que não as cumprem¹³. O respeito à lei natural não se deve, portanto, à sua majestade intrínseca ou à sua suposta obrigatoriedade inata, mas a um cálculo interesseiro de lucro e prejuízo social¹⁴. Como não há garantia geral de que as leis naturais serão respeitadas por todos, elas perdem sua razão de ser (eficácia). Ademais, devido ao fato de a natureza humana ser sempre má, o indivíduo deve antes pressupor a má-fé por parte de seus iguais e, preparando-se para se defender, instaurar a guerra de todos contra todos: *bellum omnium contra omnes*.

Em um tal cenário, seria impossível – ou pelo menos muito difícil – a vida humana, que se apresentaria “medíocre, suja, brutal e curta” (*Leviatã*, I, 13), de acordo com as eloquentes palavras de Hobbes. É por esse motivo que, utilizando a razão e abrindo mão da liberdade natural, os indivíduos criaram o Estado-Leviatã, que, aparentemente, poderia ser entendido como uma espécie de garantidor das leis naturais. Dessa maneira, a liberdade natural – fazer o que se quer, pois todos, no estado natural, têm o “direito” de praticar qualquer ato que vise à preservação de sua existência – se transmuda em liberdade civil – fazer aquilo que as leis permitem ou, pelo menos, não proíbem, conforme a célebre formulação de Montesquieu (1973, p. 156 e ss). Desse modo, Hobbes coloca-se na contramão da tradição que afirma a natural sociabilidade do homem – o *zoon politikon* de Aristóteles. Para o filósofo inglês, o Estado não é um dado da natureza, mas antes resultado de convenção (BOBBIO, 1991, p. 80).

Por ser mais potente que qualquer indivíduo, o Estado é capaz de exigir que as leis naturais sejam cumpridas, ao mesmo tempo em que pune aqueles que as transgridem. Contudo, Bobbio nota que, com o surgimento do corpo estatal, a monopolização do poder corresponde à monopolização do processo legislativo

13 Essa, como muitas das formulações hobbesianas, permanece atual. É curioso notar quão monótona e repetitiva é a história das ideias, o que gera a sensação de que tudo que vale a pena dizer já foi dito. Leia-se o trecho abaixo, da autoria de H. L. A. Hart, um dos mais importantes representantes do positivismo jurídico contemporâneo, e compare-se com a ideia de Hobbes: “Todos são tentados por vezes a preferir os seus próprios interesses imediatos e, na ausência de uma organização especial para a sua descoberta e punição, muitos sucumbiriam à tentação. Indubitavelmente, as vantagens das abstenções recíprocas são tão palpáveis que o número e a força dos que cooperariam voluntariamente num sistema coercivo, serão normalmente maiores. Contudo, excepto em sociedades muito pequenas e fortemente coesas, a submissão a um sistema de restrições seria loucura, se não houvesse nenhuma organização para a coerção daqueles que tentariam então obter as vantagens do sistema, sem se sujeitarem às suas obrigações. As ‘sanções’ são, por isso, exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como uma garantia de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam. Obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede” (1996, p. 214).

14 Cassirer afirma que, para Hobbes, todo pensar é um calcular, e o calcular significa apenas somar e subtrair. Assim, a obrigação de se obedecer ao poder soberano não apresentaria natureza ético-metafísica, revelando antes um senso de oportunidade e de prudência por parte dos governados. Esta é a interpretação majoritária. Contudo, de acordo com Thamy Pogrebinschi (2003), há que se considerar a possibilidade da interferência de causas religiosas no ato de obediência. A autora apresenta a defesa de sua tese em trabalho rigoroso e original, não tendo, contudo, logrado nos convencer acerca das “razões de fé” que informariam a submissão do súdito hobbesiano.

(1999, p. 35), pois apenas as leis postas pelo soberano, qualquer que seja ele, devem ser cumpridas. E, por outro lado, somente o governante tem o direito de criar leis, que, evidentemente, correspondem ao direito positivo, e não mais ao etéreo direito natural¹⁵. Como bem nota Salgado, o Estado despótico pensado por Hobbes se dá pela renúncia sem reservas da liberdade natural, motivo pelo qual se torna impossível opor-lhe qualquer direito de resistência (1995, p. 79). Dessa maneira, a passagem da mítica jusnaturalista à técnica juspositivista se dá pela mediação do Estado-Leviatã, o que, para Hobbes, constitui um arranjo irreversível e destinado a perdurar, pois, no seu próprio dizer, pactos sem espada não passam de palavras.

4. A independência do direito e do Estado em face da autoridade religiosa

Talvez o maior mérito de Hobbes tenha sido a substituição por ele operada do direito natural do Cosmos, universalista e generalizante, conforme entendido pela tradição clássico-medieval de Platão a Santo Tomás de Aquino, pelo direito natural do indivíduo, racional e mecanicista. Nesse sentido, é um dos principais fundadores do direito moderno, que, inegavelmente individualista, somente se apresenta em sua inteireza quando se vê emancipado de preocupações e justificativas teológicas (GOYARD-FABRE, 2002, p. 49). Primeiro Suárez¹⁶ e depois Grotius¹⁷ já haviam intuído a desnecessidade da divindade para a fundação do direito como ordem técnico-coercitiva, mas coube a Hobbes a árdua tarefa de dar forma a um sistema político-filosófico capaz de compreender, conscientemente, o surgimento e a manutenção da *cita hominis* sem a concorrência da *cita dei*.

De acordo com Hobbes, a razão humana é capaz de constituir, por si só, a mecânica estrutural da comunidade – o Estado-Leviatã – sem que seja

15 “No sistema de Hobbes, embora a ideia do direito natural apareça para justificar a própria formação do Estado, o direito é concebido como um mero mecanismo destituído de qualquer fundamento ético. O direito natural já não se manifesta como limite ou como parâmetro de validade do direito positivo” (AFONSO, 1984, p. 157).

16 Para o jurista espanhol, “[...] *la ley natural no procede de Dios como legislador, porque no depende de la voluntad de Dios, y así, en virtud de ella, Dios no procede como superior que manda o que prohíbe; antes dice Gregorio, al cual siguen los demás, que aun cuando Dios no existiese o no juzgase rectamente de las cosas, si hubiera en el hombre el dictamen de la recta razón que dictase, v. g., que es malo mentir, tendría ello la misma razón de la ley demostrativa de la malicia que hay intrinsecamente en el objeto*” (apud LUÑO PEÑA, 1954, p. 23-24).

17 Segundo o pensador holandês, “*Derecho Natural es el dictado de la recta razón que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, entraña torpeza o necesidad moral y, por consiguiente, está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza. [...] Y esto tendría lugar en algún modo, aun suponiendo, lo que en realidad sería un gran crimen, que Dios no existiese, o no se preocupase de los negocios humanos*” (apud LUÑO PEÑA, 1954, p. 23).

necessário qualquer apelo à divindade¹⁸. Isso porque o Estado apresenta-se como artefato. Dessa forma, são muitos os autores (GOYARD-FABRE, BOBBIO, KELSEN etc.¹⁹) que veem no filósofo de Malmesbury o primeiro representante do positivismo jurídico, corrente do pensamento jurídico moderno que, como vimos, entende ser o direito um conjunto sistemático, unitário e coerente de normas jurídicas – isto é, comandos – criadas e mantidas pela vontade humana, sem a intervenção de qualquer deidade ou força sobrenatural. Ao direito positivo repugna qualquer metafísica ou consideração axiológica capaz de obscurecer os limites reais, efetivos e empíricos da experiência jurídica, que se resume no direito posto, ou seja, existente.

Assim, após a referência ao artificioso estado de natureza – que, nota Goyard-Fabre, é mais um princípio metodológico do que uma metáfora ou dado histórico (2002, p. 52) –, Hobbes passa a estruturar seu Estado, sempre tendo em vista a problemática questão da soberania, que, para ele, se confunde com o poder absoluto do governante. O *locus* reservado às forças divinas nos sistemas jusnaturalistas antigos e modernos²⁰, em Hobbes é destinado ao soberano, que, anote-se, não precisa ser necessariamente um homem, podendo, como sugere Ribeiro (2002, p. XXIX e 2003a, p. 53 e ss), radicar-se na figura do próprio Parlamento²¹, razão pela qual parece-nos pobre a análise que reduz Hobbes a um mero defensor da monarquia absoluta inglesa, apesar de o autor demonstrar inegável simpatia pela causa realista²², como vimos em sua biografia. Entretanto,

18 “O direito do Estado é essencialmente um direito positivo determinado por uma razão construtiva que, além disso, disciplina sozinha a autoridade de coerção vinculada às leis e às regras de direito. Com Hobbes, fica plenamente estabelecido que o direito nada deve ao Céu, nem à experiência, nem à história: ele se insere no âmbito do legicentrismo estatal que é obra da razão, e seu valor provém apenas do poder de decisão do poder público” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 50-51).

19 “Se vogliamo trovare una teoria completa e conseguente del positivismo giurídico, dobbiamo risalire alla dottrina politica di Tommaso Hobbes” (Bobbio, 1958, p. 56). Cf. também Goyard-Fabre, 2002, p. 50 e ss.; Bobbio, 1999, p. 32 e ss. e Kelsen, 1963, p. 163-164. Este último não qualifica Hobbes como positivista no sentido técnico do termo, cuidando apenas de demonstrar algumas semelhanças entre a doutrina juspositivista e a teoria político-jurídica hobbesiana.

20 Mesmo na época de Hobbes, não foram poucas as vozes que se levantaram contra seu sistema mecanicista-racionalista, que abria mão e mesmo expulsava Deus das considerações políticas. Nesse sentido, Cumberland, Pufendorf, Locke e Burlamaqui insistiram, de diferentes maneiras, que a moral natural e a sociabilidade implantada no homem por Deus são dados que não podem ser desconsiderados, tendo valor muito mais profundo que a fria razão mecânica de Hobbes: “Todos os pensadores jusnaturalistas afastam-se da onda irresistível do direito natural hobbesiano, cujo centro de racionalidade contém, aos olhos deles, fermentos materialistas” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 63).

21 “À primeira vista, Hobbes parece ser partidário da revolução dos monarcas [...]. Mas o ‘absoluto’ a favor de quem ele argumenta é um soberano; ele não diz um rei, muito menos o rei presuntivo, o príncipe Carlos Stuart. Os membros dos Comuns podiam, portanto, encontrar no *Leviatã* a justificação para um Parlamento absoluto” (BARZUN, 2002, p. 300).

22 Renato Janine Ribeiro parece concordar com tal inferência: “As preferências pessoais de Hobbes – e isso apenas complica a questão – o levariam sem equívocos para a monarquia, mesmo se esquecermos a sua vida e sua dedicação à Família Stuart e à nobreza” (2003a, p. 54).

analisando a obra e não as preferências políticas de Hobbes, percebe-se que o absoluto é um dado teórico, uma peça estrutural de seu sistema, o centro gravitacional sem o qual o Estado-Leviatã não seria capaz de cumprir sua tarefa. Contemporaneamente, poderíamos chamar tal absoluto de poder soberano ou vontade popular, mas jamais confundi-lo *sic et simpliciter* com a figura do monarca. O poder absoluto faz as vezes de Deus no sistema hobbesiano, podendo ser preenchido de várias maneiras.

Constituído o Estado, Hobbes deixa de fazer qualquer referência ao direito natural, o que prova, uma vez mais, a sua modernidade. Com efeito, se apenas o indivíduo – e não a comunidade – possui direitos naturais, é inconcebível transplantá-los para a sociedade política, já que serviram unicamente para a sobrevivência do homem enquanto ser natural, desvinculado dos demais da espécie.

No estado de natureza, o limite de cada um era a sua própria força ou astúcia, não se podendo falar propriamente em “direitos” naturais. Devido ao profundo ceticismo que às vezes cautelosamente afeta não possuir, Hobbes acredita que apenas o direito e o Estado podem qualificar certa conduta como boa ou má, justa ou injusta, jurídica ou antijurídica. Afirma categoricamente que a justiça ou injustiça de determinada conduta somente podem ser auferidas após a existência de uma promessa ou de um pacto, com o que, segundo Skinner, despoja tais palavras do manto sobrenatural que sempre as revestiu²³. Não é correto sustentar que, na fase pré-estatal, o homem possuía “direitos” ou “senso de justiça”, conforme notou Hume²⁴. Em Hobbes, as noções de direito e de justiça não têm sentido caso deixem de ser consideradas à luz da soberania estatal²⁵ (MAFFETTONE; VECA, 2005,

23 “Essa é, pois, a proposta hobbesiana para introduzir no âmbito da ciência esses dois termos ‘passionais’ e contestados, **justo** e **injusto**. A força de sua análise provém do fato de que, se um ato injusto é simplesmente um ato que implica um rompimento do pacto, e se ato justo é simplesmente aquele que não implica esse rompimento, a questão de determinar se um dado ato deve ser propriamente avaliado como um exemplo de justiça ou injustiça torna-se, como exige o método científico de Hobbes, uma questão puramente empírica: a questão moral de se saber se o comportamento foi justo ou injusto reduz-se à questão factual de se saber se sua prática implica ou não a quebra de uma promessa ou de um pacto” (SKINNER, 1999, p. 415).

24 “[...] não temos nenhum motivo real ou universal para observar as leis da equidade, a não ser a própria equidade e o próprio mérito de observá-la; e, uma vez que nenhuma ação pode ser equitativa ou meritória se não surgir de algum motivo em si, encontramos-nos diante de um evidente sofisma e de uma argumentação circular. Por isso, a menos que não se admita que a natureza estabeleceu um sofisma e que o tornou necessário ou inevitável, deveremos admitir que o senso de justiça e de injustiça não derivou da natureza, mas nasce de modo artificial, embora necessário, da educação e das convenções humanas” (HUME, 2005, p. 155-156).

25 Vejamos o que Hobbes nos diz sobre o tema: “Dessa guerra do homem contra outro homem também resulta o fato de que nada pode ser injusto. As noções de certo e errado, de justiça e injustiça não têm lugar. Onde não existe um poder comum, não existe lei; onde não há lei, não há injustiça. Violência e fraude são, em tempo de guerra, as duas virtudes cardinais. Justiça e injustiça não são faculdades nem do corpo, nem da mente. Se o fossem, poderiam encontrar-se num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo como as suas sensações e paixões. São qualidades relativas ao homem que vive em sociedade, e não em solidão” (2005, p. 98). E, mais adiante, acrescenta o filósofo, com lucidez e pragmatismo: “**Bem** e **mal** são nomes que significam nossos apetites e nossas aversões, que variam conforme a variação dos tempera-

p. 87-88). Nessa perspectiva, só existe justiça em Hobbes quando, de antemão, tenha o Estado sido posto mediante um pacto coercitivo capaz de obrigar a todos a se submeterem (SALGADO, 1995, p. 78-79). Além disso, posteriormente ao surgimento do corpo estatal, qualquer direito natural é inútil²⁶, pois apenas o governante está autorizado a dizer o que é devido a cada membro da comunidade política, ideia que equivale ao axioma fundamental do positivismo jurídico: todo direito verdadeiro é direito positivo.

Hobbes concordaria com tal definição. Ao conceituar o que vem a ser “direito” no *Diálogo entre um filósofo e um jurista*, obra da maturidade escrita em 1666, já na extrema velhice, faz avultar duas características fundamentais do direito positivo, quais sejam: o seu formalismo, pois é válido independentemente de seu conteúdo ou finalidade, e o seu imperativismo, já que conforma um comando, ou melhor, um conjunto de comandos que objetivam dirigir a conduta humana (BOBBIO, 1999, p. 36-37). Para Hobbes, o direito é, portanto, “[...] a ordem daquele ou daqueles que têm o poder soberano, dada àquelas [pessoas] que são seus súditos, declarando publicamente e de modo claro o que todos podem fazer e o que devem se abster de fazer” (HOBBS, 2004, p. 61). A diferença desta definição – tecnicamente perfeita, enxuta e de tom secular – e a apresentada logo no início de *Do cidadão*²⁷ é a mesma que separa os hábitos mentais de um positivista e de um jusnaturalista, respectivamente.

O *Diálogo entre um filósofo e um jurista* é, na verdade, uma resposta às teses de Sir Edward Coke, para quem o verdadeiro direito inglês corresponderia ao conjunto normativo formado lentamente, durante séculos, pela razão natural. Tal direito – chamado de *common law* e até hoje dominante na Inglaterra – seria percebido e fixado pelas várias gerações de juízes da ilha, que, contrariamente aos magistrados continentais, eram opositores tradicionais da Coroa, e não seus aliados. Nesse sentido, quando Coke defende o direito natural como o único verdadeiramente válido, ele o faz em nome de uma reação dos juízes diante do recrudescimento do regime absolutista, que pretendia inclusive retirar-lhes o

mentos, dos costumes e das concepções dos homens. De modo que homens diferentes não diferem apenas em seu juízo sobre as sensações daquilo que é agradável ou desagradável ao gosto, ao olfato, à audição, ao tato e à visão, mas também daquilo que está em conformidade ou em desacordo com a razão nas ações da vida comum. Ou melhor, o mesmo homem, em tempos diferentes, difere de si mesmo; e aquilo que uma vez elogia, ou seja, chama de bem, outra critica e chama de mal; disso surgem disputas, controvérsias e, por fim, a guerra” (2005, p. 126).

26 “A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa portanto de ter valor o direito natural (que na realidade não era respeitado tampouco antes, no estado de natureza) e o único direito que vale é o civil ou do Estado” (BOBBIO, 1999, p. 35).

27 “Ora, aquilo que não contraria a reta razão é o que todos os homens reconhecem ser praticado com justiça e direito; pois, pela palavra **direito**, nada mais se significa do que aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta. Por conseguinte, a primeira fundação do direito natural consiste em que todo homem, na medida de suas forças, se empenhe em proteger sua vida e membros” (HOBBS, 2002, p. 31).

poder de decisão final, submetendo-os ao rei, entendido como juiz supremo do Estado.

A teoria político-jurídica hobbesiana não reconhece limitações ao poder absoluto diversas daquelas expressamente previstas no contrato social. Assim como nega qualquer autoridade política ao clero, Hobbes combate a pretensão de Coke, afirmando que o poder absoluto – e nisso inclui o jurisdicional – concentra-se nas mãos do soberano. Tem razão Renato Janine Ribeiro, ao afirmar que o clero e os profissionais do direito (juízes e advogados) são os grandes inimigos de Hobbes, uma vez que ambas as corporações se opõem ao poder absoluto, que, para Hobbes, é a única garantia para a sobrevivência da sociedade humana (RIBEIRO, 2004, p. 22). Para defender seu ponto de vista é que Hobbes escreveu o *Diálogo*, onde assume o papel do filósofo e discute com o jurista, que se identifica com os pontos de vista de Coke. A todo momento, Hobbes argumenta em favor das “leis”, termo que, na obra citada, é sinônimo de direito positivo e se contrapõe a *common law*, o direito natural inglês. As leis seriam feitas pelo soberano, e não ditadas pela reta razão, que Hobbes julga obscura, assertiva que, muitos séculos depois, será endossada pelos juspositivistas. Hobbes está consciente de que: “O que faz uma lei não é a sabedoria, e sim a autoridade” (2004, p. 37). O filósofo inglês decididamente assumiu o papel de juspositivista em uma época na qual tal palavra sequer existia.

Ao se entender o posicionamento de Hobbes no *Diálogo*, fica fácil concordar com Bobbio, para quem a teoria político-jurídica hobbesiana é conservadora e ao mesmo tempo contra-revolucionária, tendo em vista o pano de fundo contextual no qual foi elaborada (1991, p. 45 e ss). Segundo a interpretação do cientista político italiano, Hobbes julga natural a existência dos que mandam e dos que obedecem²⁸ e, nas interações entre ambos os grupos, o direito representa papel fundamental: é meio de dominação, mas também, em certo sentido, representa alguma espécie de segurança para os que obedecem. Rawls entende – com base em Hobbes e juntamente com Warrender e Gauthier – que a mera existência efetiva da maquinaria penal faz nascer nos homens a ideia de que todos cumprirão suas tarefas e obrigações, o que neutraliza a instabilidade subjacente ao contrato social: “Ao aplicar um sistema público de penalidades, o governo remove os fundamentos para pensar que outros não estejam cumprindo as regras. Só por esse motivo, talvez seja sempre necessário um soberano coercitivo, embora, numa sociedade bem ordenada, as sanções não sejam severas e possam nunca precisar serem impostas” (RAWLS, 1981, p. 189). Mais uma vez se comprova a preeminência do direito positivo sobre o natural na teoria político-jurídica de Hobbes.

28 Para Renato Janine Ribeiro, o objetivo do Estado hobbesiano é conferir consistência à diferença que separa o Leviatã de seus súditos (2003a, p. 31).

Não há lugar no sistema hobbesiano para o antigo direito natural, que fazia a ordem terrestre depender da divina²⁹. Hobbes já não admite que o poder secular se curve ao espiritual, que se arrogava o direito de ditar a governantes e governados, mediante fórmulas absolutas e inquestionáveis, o que deve ser feito e o que deve ser evitado. Daí o acerto da interpretação de Renato Janine Ribeiro, para quem o poder absoluto se constitui no Estado hobbesiano com o objetivo de contrapor-se a um inimigo bem definido e poderoso: o clero³⁰. Tal demonstra a clarividência de Hobbes, que, séculos antes do positivismo jurídico, compreendeu que o poder político-jurídico deve monopolizar a coerção, inadmitindo qualquer ordem normativa concorrente. Com efeito, a independência entre Estado e religião – que corresponde à emancipação do direito positivo em relação ao direito natural – conforma uma das maiores vantagens do positivismo jurídico intuído por Hobbes e levado às últimas consequências por Kelsen, já que

[...] o direito natural enxerga a realidade de forma dualista, posição que o coloca em uma situação de constante valoração e escolha daquilo que é o mais justo, o mais belo ou o melhor, mas muito mais frequentemente do que é o mais conveniente e o mais vantajoso [para o poder constituído]. (MATOS, 2005, p. 252).

Evidentemente, Hobbes não chegou às consequências finais do positivismo jurídico, pretendendo uma separação total entre Estado e religião, o que o próprio título de sua principal obra prova. A hipótese de um Estado laico não encontraria eco em seu momento histórico, sendo até mesmo perigosa. O que o filósofo propôs, de acordo com a clássica interpretação de Richard Tuck, é a independência da esfera político-jurídica diante da autoridade religiosa – projeto que, por si só, é bastante arrojado, se encarado contextualmente³¹ –, e

29 “O convencionalismo jurídico de Hobbes é inimigo mortal do direito natural clássico. Consta-se, pois, que a revolução epistemológica que Hobbes colocou sob a égide do mecanicismo e do racionalismo introduz uma reviravolta radical na filosofia e, particularmente, na maneira de conceber o direito. A metamorfose mais espetacular reside nesse convencionalismo mediante o qual Hobbes transforma a fonte, a forma e o sentido da juridicidade, uma vez que, a seu ver, cabe à forma da lei definir o direito e conferir-lhe força obrigatória. Nessa metamorfose antinaturalista, encontra-se o princípio do que, três séculos depois, se chamará ‘positivismo jurídico’” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 50).

30 “É o clero o grande culpado, para nosso filósofo, pela desordem, num plano político, e pela infelicidade, no âmbito pessoal: é quase impossível ele não almejar o poder, de modo que subverter a ordem é, para o sacerdote, quase que uma moléstia profissional; ele corrói a obediência devida ao soberano fortalecendo na religião o papel do medo, o que infelicita, em especial, os moços (culpabilizando o desejo sexual, dirá Hobbes no *Behemoth*); é dessa forma que o clero cria um Estado no Estado, mais poderoso até que o legítimo, porque, invocando o nome de Deus, pode brandir a ameaça de castigos eternos” (RIBEIRO, 2002, p. XXXIII).

31 “A separação da Igreja e do Estado estava reservada para um futuro ainda longínquo e, na realidade, nunca seria completa. No século XVII, nenhum monarca podia dispensar o apoio da Igreja, protestante ou católica. Ambas tinham riqueza e o peso do número de fiéis, e os clérigos eram permanentes líderes da opinião

não a separação laical de ambas. Para Hobbes, direito, Estado e religião – as três grandes formas de dominação, por ordem crescente de potência – devem sempre estar sob a responsabilidade de um mesmo órgão decisório. Assim, por exemplo, o rei deveria ter autoridade civil e religiosa, recusando-se a se submeter às normas ditadas por um corpo de poder autônomo – e rival – como a Igreja. Daí a crítica que Hobbes endereçou à livre interpretação da Bíblia operada pelos reformadores cristãos, o que, a seu ver, poderia enfraquecer o poder político-jurídico estatal, como de fato ocorreu em certa medida.

A maioria dos comentaristas de Hobbes reconhece no filósofo um dos primeiros pensadores políticos modernos, já que ensaiou a libertação do Estado e do direito do jugo metafísico-religioso, antecipando, em muitos aspectos, o positivismo jurídico. Todavia, há quem, como Pogrebinschi, se dedica a uma leitura menos secularista da obra hobbesiana, pretendendo assim negar-lhe – muito coerentemente, embora não de forma convincente – a modernidade³². Apesar de se tratar de interpretação séria, porque fundamentada em trechos isolados do *Leviatã* (Ribeiro, 2003b, p. 11-13), julgo desnecessário lembrar que as razões religiosas e o pré-modernismo hobbesiano aludidos por Pogrebinschi podem muito bem derivar de vícios de escrita da época, que tinha em alto apreço a constante referência a Deus e a seus mistérios (BARZUN, 2002, p. 293 e ss), como sói ocorrer até hoje entre os muçulmanos, especialmente no que se refere aos juristas. Não é possível escapar da própria pele e nem do ambiente em que se vive. O de Hobbes correspondia a uma realidade na qual intelectualidade e conhecimento das Escrituras eram quase sinônimos. Além disso, a leitura integral e sistêmica do *Leviatã* não deixa dúvidas quanto à radical novidade do pensamento hobbesiano: ainda que se trate de um pensamento crente – hipótese com a qual não concordamos –, é um pensamento crente que não se submete à crença, sendo capaz de separar aquilo que pertence a César e o que pertence a Deus. E, para Hobbes, o Estado e o direito pertencem a César.

pública. Os devotos e os crentes convencionais eram igualmente firmes cristãos; pois o cristianismo deu o quadro mais simples da realidade moral e física. Daí que o consentimento dos governados identificava-se com a dupla lealdade das pessoas a Deus e ao rei” (BARZUN, 2002, p. 280).

32 “Encontrar o fundamento da obrigação responde a pergunta ‘por que se obedece?’. No pensamento de Hobbes, a resposta nos parece estar ainda atrelada a uma concepção pré-moderna. Com efeito, ao argumentarmos em favor de uma interpretação teológica da obrigação, buscamos demonstrar como as noções hobbesianas de Estado e de autoridade política são ainda dependentes do direito divino. Assim, apesar de a doutrina do contrato social e do consenso já despontar em seu pensamento, Hobbes não logrou, contudo, romper nem com o jusnaturalismo nem com a tradição do direito divino e tampouco com o cristianismo” (POGREBINSCHI, 2003, p. 227-228).

5. Considerações finais

Hoje as críticas à obra de Hobbes são muito variadas e, algumas, irrespondíveis. A principal delas refere-se à metáfora do contrato social aventada para explicar a gênese do Estado. Em sua defesa, o filósofo inglês poderia alegar que a utilização de tal mito fundador se amolda ao espírito de sua época, pois vários autores jusnaturalistas – em especial Locke e Rousseau – lançaram mão do artifício com o fito de narrar a origem do Estado. Contudo, a popularidade da teoria não a isenta de erro.

É sem dúvida inadequado buscar o fundamento do Estado e do direito positivo em um vínculo contratual, vale dizer, em um acordo realizado por partes iguais e conscientes do pacto que celebram. De acordo com a sempre citada crítica de Hegel (apud BOBBIO, 1989, p. 30 e ss), o contrato é instrumento básico do Direito Privado, ou seja, daquele conjunto de princípios e regras jurídicas que regulam as relações entre indivíduos livres e iguais, não sendo capaz de conferir realidade ao Estado, expressão máxima do Direito Público. Pensar de maneira contrária equivaleria a uma privatização do Estado, que assim surgiria da vontade individual e não do processo histórico, como quer Hegel. A história demonstra que o Estado não nasce da simples vontade associativa dos sujeitos de direito, mas sim de causas muitas vezes remotas, inconscientes e violentas. Nesse sentido, é de se recordar o espirituoso dito de La Rochefoucauld: “Os homens não poderiam continuar a viver em sociedade se não se enganassem uns aos outros” (apud BARZUN, 2002, p. 385).

Qualquer vínculo contratual pressupõe duas condições que não se verificam no contrato social de Hobbes: a igualdade das partes contratantes e a dissolubilidade do vínculo. A primeira das condições somente se transforma em dificuldade após a criação do Estado-Leviatã, pois os indivíduos que lhe deram origem são, em tese, iguais. Todavia, a partir do surgimento do Estado, ele já não é mais mero objeto do contrato: transmuda-se em parte contratante por assumir direitos e deveres, mormente o de garantir segurança aos cidadãos. A todas as luzes, não é possível a manutenção de qualquer vínculo contratual com o Estado, entidade muito mais poderosa e complexa que os indivíduos singulares. Os cidadãos não se encontram perante um igual diante do Estado, mas sim de algo que lhes é superior. Imaginar um contrato em tais condições, especialmente se temos em vista o tipo de Estado que Hobbes conheceu, equivaleria ao absurdo de conceber um contrato entre o senhor e o escravo ou entre o criador e a criatura, pois apesar de os indivíduos conferirem realidade ao Estado, é ele que os cria juridicamente como cidadãos e os mantém enquanto pessoas, ou seja, sujeitos de direitos e de deveres.

A segunda das condições põe a descoberto uma das mais graves falhas da teoria do contrato social, bastante evidente na obra de Hobbes. Deve-se ter em mente que nenhum pacto é eterno. Qualquer contrato tem que prever a possibilidade de dissolução do vínculo, seja por cumprimento ou descumprimento do avençado. Sem dúvida, quando cumprimos nossos acordos, eles deixam de existir, já que são simples meios para se alcançar determinada finalidade. Entretanto, Hobbes acaba por transformar o instrumento em fim: o contrato social que mantém o Estado-Leviatã jamais se extingue³³, a não ser para dar lugar a outro, naquelas escassas hipóteses nas quais Hobbes entende ser legítima a desobediência civil e a revolução. Todavia, mesmo nessas situações excepcionais em que o soberano deixa de cumprir suas obrigações e que, portanto, deveriam dar lugar à extinção do vínculo contratual por descumprimento de suas cláusulas, o que se verifica na prática não corresponde à teoria: ainda que o Estado não garanta nenhum dos direitos que prometeu realizar, ele continua a existir, bem como as obrigações que impõe. É por isso que ninguém pode furtar-se ao pagamento do imposto de renda alegando ter sido vítima de roubo, e que, assim como o Estado deixou de garantir-lhe o direito à segurança, deixará de cumprir sua parte no acordo, consistente no pagamento de tributos. Apesar de simples, o exemplo demonstra que a origem e, principalmente, a manutenção do Estado não são convencionais, mas arbitrárias. Dessa maneira, mesmo que concordemos com Renato Janine Ribeiro (1999, p. 79 e ss), que sustenta ser a adesão ao contrato social meramente presumida, ainda assim persiste a incongruência do radical voluntarismo estatal hobbesiano.

Nada obstante, a teoria político-jurídica de Hobbes é profícua e vem influenciando o pensamento ocidental há mais de três séculos. Como exemplo recente, cite-se o caso de John Rawls, que admite sua dívida com o filósofo e seus pares (Locke, Rousseau e Kant), ao afirmar que seu objetivo consiste em “[...] apresentar um conceito de justiça que generalize e leve a um nível mais alto de abstração a difundida teoria do contrato social” (1981, p. 33). O resultado do trabalho de Rawls foi a obra de filosofia política mais lida no mundo anglo-saxônico nos últimos tempos, *A theory of justice*, na qual são perceptíveis as pegadas de Hobbes. Até mesmo a literatura vem se nutrindo das ideias hobbesianas. Basta comparar o cenário pintado no início do apocalíptico romance de Paul Auster, *In the country of the last things*, com a descrição do estado de natureza presente no

33 “Para Hobbes, o único Estado viável é um que tenha à sua testa um soberano absoluto, que seja a única fonte legisladora. O título de seu livro, **Leviatã**, e o frontispício ilustram o seu tema: é um monstro cujo corpo é constituído dos corpos de todos os cidadãos do Estado – sob uma cabeça maciça. Suas forças e energias fundem-se no soberano, e essa união é o fruto de um contrato irrevogável, não sujeito a revisões” (BARZUN, 2005, p. 300).

*Leviatã*³⁴. O tema de Auster centra-se no retorno ao estado de natureza, com o agravante de ser impossível reatar os laços do desfeito contrato social.

Por fim, frise-se que boa parte das críticas dirigidas a Hobbes são gratuitas e desconectadas da interpretação contextual. Costuma-se reprovar sua visão mecanicista da natureza humana, bem como sua impiedosa caracterização do homem, ser intrinsecamente malévolos que precisa ser contido, tal e qual cão selvagem, pela força de um Estado opressor.

Ora, o mecanicismo de Hobbes representava, no momento histórico que lhe calhou viver, a mais avançada forma de compreender o homem e a sociedade. Baseado nas descobertas da ciência de sua época, o mecanicismo renegava as explicações tomistas e metafísicas em geral, tentando compreender o homem enquanto máquina dirigida por causas específicas: seus apetites, inclinações e interesses. Tratava-se de aplicar o causalismo natural dos pré-socráticos à conduta humana, o que, é claro, deu lugar a diversos equívocos, mas parece bem mais convincente do que as irrealistas considerações teológicas que à época dominavam o pensamento ocidental. Ademais, o mecanicismo provou-se fértil no decorrer dos séculos. Conquanto ele tenha sido superado nas ciências da natureza do séc. XX graças ao advento da física quântica, as conquistas práticas do mecanicismo, ainda que eticamente discutíveis, são palpáveis nas ciências e teorias que partem da consideração do homem-máquina assumida por Hobbes: sem mecanicismo não há psicanálise, marxismo, teoria da administração, teoria dos jogos e, muito menos, teoria da evolução das espécies.

Quanto à tese hobbesiana acerca da natural malignidade humana, trata-se de tópico imune a críticas. Não porque a ideia seja absolutamente correta, mas porque é objetivamente inverificável o seu acerto ou engano. E, sobre o que não se pode falar, deve-se calar, *dixit* Wittgenstein. Antes de mais, é duvidosa a existência de uma tal “natureza humana” que nos coloque em posição superior a todas as outras coisas vivas. Tal pressuposto antropocêntrico, de molde renascentista, foi desgastado pelo aludido mecanicismo. Além disso, caso se aceite o absurdo da existência da natureza humana, há boas razões para se concordar com Hobbes quanto à sua propensão ao mal. Baudelaire perguntava-se, ironicamente: se o homem não é cruel por natureza, por que o feto chuta a barriga de sua mãe? Sem dúvida, a raça humana sempre esteve mais próxima das distopias de Aldous Huxley e de George Orwell – perto das quais as mais cruentas cenas do *Leviatã* não passam de um poema sentimental (OST, 2005, p. 378) – do que das utopias de Thomas More, Tommaso Campanella e Francis Bacon³⁵. O espetáculo cotidiano

34 A comparação entre Hobbes e Auster foi sugerida por François Ost (2005, p. 378).

35 Refiro-me às seguintes obras dos autores citados, respectivamente: **Admirável mundo novo, 1984, A utopia, A cidade do Sol e A nova Atlântida**. Já o termo “distopia”, que pretende significar utopia inversa, ou seja, uma má utopia, me foi sugerido pela leitura do capítulo V de **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico, de François Ost (2005, p. 373-382).

que assistimos na televisão não nos deixa muita escolha, especialmente quando pensamos que bastaria uma única geração de homens para mudar a história de crueldade, miséria, fome e exploração que se desenrola no planeta desde o nosso surgimento.

Referências

- AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.
- BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência: a história da cultura ocidental de 1500 aos nossos dias**. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BAUDELAIRE, Charles. **Poesia e prosa**. Ivo Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**. Tradução L. S. Henrique e C. N. Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria della norma giurídica**. Torino: Giappichelli, 1958.
- BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. 4. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: UNICAMP, 1997.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. **Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours**. Paris: Armand Colin, 1950.
- CONDREN, Conal. **Thomas Hobbes**. New York: Twayne Publishers, 2000.
- GAUTHIER, D. P. **The logic of Leviathan**. Oxford: Clarendon, 1969.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- HOBBS, Thomas. **Behemoth ou o longo parlamento**. Tradução Eunice Ostrensky. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBS, Thomas. **Estado natural e contrato social [Leviatã]**. In: MAFFETTONE, Sebastiano. VECA, Salvatore (Orgs.). **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, p. 93-127, 2005.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção "Os pensadores". Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

- HUME, David. **As circunstâncias de justiça** [Tratado sobre a natureza humana]. In: MAFFETTONE, Sebastiano. VECA, Salvatore (Orgs.). **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, p.149-175, 2005.
- KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- LUÑO PEÑA, Enrique. **Derecho natural**. 3. ed. revisada y ampliada. Barcelona: La Hormiga de Oro, 1954.
- MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MAFFETTONE, Sebastiano. VECA, Salvatore (Orgs.). **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARTINICH, Aloysius. **Hobbes: a biography**. New York: Cambridge, 1999.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de la Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ORWELL, George. **1984**. 29. ed. Tradução Wilson Velloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- POGREBINSCHI, Thamy. **O problema da obediência em Thomas Hobbes**. Bauru: EDUSC/ANPOCS, 2003.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução e introdução de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981.
- RIBEIRO, Renato Janine. **A marca do Leviatã: linguagem e poder em Hobbes**. São Paulo: Ateliê, 2003a.
- RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- RIBEIRO, Renato Janine. Apresentação. In: HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. XXI-XXXVI, 2002.
- RIBEIRO, Renato Janine. Prefácio. In: HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 9-31, 2004.
- RIBEIRO, Renato Janine. Um filósofo que tinha religião. In: POGREBINSCHI, Thamy. **O problema da obediência em Thomas Hobbes**. Bauru: EDUSC/ANPOCS, p. 11-18, 2003b.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. Tradução Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 1999.
- SÓFOCLES. **Antígona**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

TUCK, Richard. **Hobbes**. Oxford: Oxford University, 1989.

WARRENDER, Howard. **The political philosophy of Hobbes**. Oxford: Clarendon, 1957.

WEBSTER'S BIOGRAPHICAL DICTIONARY. **A dictionary of names of noteworthy persons with pronunciations and concise biographies**. Springfield: G. & C. Merriam, 1956.

Recebido em 27/10/09

Aceito para publicação em 04/11/09

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA GESTÃO HOSPITALAR NO BRASIL

THE PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS IN HOSPITAL MANAGEMENT IN BRAZIL

Ana Maria Viçoso Gomes*

* Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM/RJ. Tabeliã de Protestos da Comarca de Rio Pomba/MG. Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela UFJF/MG

Sumário

1. Introdução. 2. Parcerias público-privadas. 3. O programa português de parcerias público-privadas. 4. Concessões em hospitais: o caso do hospital universitário ocidental de Middlesex. 5. A saúde e as parcerias público-privadas: o caso brasileiro. 6. Conclusão. 7. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Public-private partnerships. 3. The Portuguese program of public-private partnerships. 4. Concessions in hospitals: the case of a western university hospital in Middlesex. 5. The health and public-private partnerships: the Brazilian case. 6. Conclusion. 7. References.

Resumo

A parceria público-privada é um conceito em desenvolvimento no Brasil. Nos países onde é aplicada, possui definições e características bastante diferentes, oriundas das especificidades culturais e da legislação. O presente trabalho sistematiza as informações existentes sobre o tema e trata de contextualizar sua importância, os objetivos e os instrumentos para sua aplicação na área da saúde no Brasil, tomando como paradigma o funcionamento em Portugal, na referida área. Cita, ainda, uma experiência positiva inglesa. O objetivo é situar a PPP como uma alternativa possível para a realização de empreendimentos de infraestrutura social e estrategicamente prioritários, garantidos constitucionalmente, em um contexto de restrição à realização de gastos públicos, contribuindo para sua discussão com os setores público e privado.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas; administração; saúde.

Abstract

The public-private partnership is a concept in development in Brazil. In countries where it is applied, there are definitions and different characteristics, derived from cultural specificities and legislation. The present

paper systematizes the existing information on the subject; contextualize its importance, objectives and instruments for its application in the health area in Brazil, taking as a paradigm the operation in Portugal, in the same area. It also mentions a positive English experience. The objective is to place the PPP as a possible alternative for the accomplishment of infrastructure projects social and strategic priorities which are constitutionally guaranteed in a context of restriction on holding of public spending, contributing to discussion with the public and private sectors.

Keywords: public-private partnerships; administration; health.

1. Introdução

A Lei nº 11.079, promulgada em 30/12/2004, institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública. Na mensagem que acompanhou o projeto de lei ao Congresso Nacional constavam as seguintes justificativas¹:

O procedimento das parcerias alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado. As parcerias público-privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. O Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% do Produto Interno Bruto (PIB) até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização.

Essa forma de parceria ganhou um misto de publicidade e notoriedade devido ao seu uso extensivo pelo Governo Tony Blair na Grã-Bretanha. Igual modelo para essa modalidade de investimentos é a China, que tem obtido taxas

¹ Msg. 1006 de 30/12/2004. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Msg/Vep/VEP-1006-04.htm.

de crescimento econômico de cerca de 8% a.a. nas últimas duas décadas. Pasin e Borges² relatam:

O Brasil já teve, em épocas antigas e recentes, práticas que poderiam ser definidas como PPP, em uma concepção abrangente. Desde os tempos de colônia, passando pelo Império, as ordens e irmandades religiosas cuidam de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e contribuições privadas. Sindicatos e órgãos de classe ou patronais também atuaram e ainda atuam assim. Empresários recebiam títulos de nobreza em função de investimentos em áreas de atuação do Estado.

Operações como a da Usina Hidroelétrica de Itaipu, envolvendo parceria internacional, e, posteriormente, a da Hidroelétrica de Machadinho, em que os demandantes de energia receberam o arrendamento da usina no lugar de um contrato de garantia firme de compra da energia (*power purchase agreement*), também poderiam ser vistas como exemplos de PPP, em seu sentido mais amplo. Diversos programas de financiamento a universidades privadas, através da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), poderiam também ser assim classificados.

As PPPs existem no Brasil tanto no âmbito federal quanto estadual e municipal. Os processos podem ser diferentes, dependendo da esfera de competência e, ainda, em uma mesma esfera legal, estando sujeitos a sucessivos programas em diferentes governos.

Em nível estadual, há experiências em Mato Grosso, na revitalização de rodovias com a participação de grandes agricultores. Os plantadores de soja mantêm, com máquinas e insumos estatais, algumas estradas estaduais, o que lhes permite ganhos no escoamento da produção. Minas Gerais e Bahia montaram grupos de trabalho e implantaram programas estaduais de PPP rodoviárias. Há experiências de presídios construídos no Paraná que tiveram a prestação de serviços de administração das unidades terceirizada; na Bahia e Ceará, também existem experiências de PPP carcerária. Há um intenso envolvimento dos setores hospitalares estaduais e a Fundação Oswaldo Cruz para a produção de farmoquímicos. O Rio de Janeiro vem obtendo sucesso nas parcerias com os pólos de tecnologia na Região Serrana e de fruticultura no Norte Fluminense.

Nos âmbitos regional e municipal, o Vale dos Sinos, no Rio Grande do Sul, com seu arranjo produtivo para a produção de calçados, contou com a

2 PASIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v.10, n. 20, dez. 2003.

parceria entre os interesses dos setores público e privado para a introdução de inovações e para a coordenação entre os diversos agentes econômicos envolvidos no processo industrial. O município do Rio de Janeiro tem a parceria com a operadora da Linha Amarela, para projetos ambientais de controle de enchentes nas suas margens, a garagem-estacionamento na Cinelândia e a construção das vilas olímpicas destinadas aos Jogos Pan-americanos.

2. Parcerias público-privadas

2.1. Conceito

A parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Na concessão patrocinada cabe ao parceiro privado arcar com os riscos de construção e operação do projeto – riscos do empreendimento – enquanto ao parceiro público são relegados os riscos da demanda pelos serviços prestados pelo concessionário. O pagamento da contraprestação devida pelo parceiro público começa somente na fase de operação do empreendimento, e não durante a fase de construção.

2.2. Objetivos

A PPP pode ser um instrumento importante para o Estado, tendo em vista suas necessidades estratégicas, otimizando o uso dos recursos disponíveis. Pode ser uma solução para pequenos projetos, como hospitais e escolas, médios, como redes de saneamento e esgotamento municipais, ou grandes, como rodovias, hidrovias ou ferrovias. O sucesso das experiências pode variar de acordo com a vontade política ou o envolvimento das comunidades atingidas.

A PPP deve proporcionar ao setor público economia mensurável ou ganho de eficiência, ou corre o risco de se tornar apenas uma forma de deslocar gastos presentes para uma necessidade de fluxo de desembolsos futuros. Portanto, é preciso muita atenção ao ser analisado eventual projeto para a utilização da PP.

A visão de que a PPP representa a superação definitiva da restrição fiscal ao financiamento de investimentos públicos é deturpada. Quando mal concebida ou mal administrada, a PPP pode vir a acentuar crises fiscais. Uma das vantagens

de se instituir uma parceria que inclua o aporte de capital privado é a possibilidade de antecipar um benefício econômico e social que só seria possível em longo prazo. Entretanto, isso está invariavelmente associado a um comprometimento de receitas futuras.

Há um extenso arcabouço teórico que fundamenta a discussão sobre as razões pelas quais a prestação de serviços públicos por meio de contratos de parceria com o setor privado pode ser, em alguns casos, mais eficiente que a contratação tradicional de obra e serviços públicos. Segundo Di Pietro³:

Na realidade, um dos principais objetivos declarados pelo governo e insistentemente aceito e comentado pela mídia é o que diz respeito à necessidade de realização de obras de infraestrutura, para as quais o governo não dispõe de recursos suficientes. Esse objetivo pode ser verdadeiro, mas é desmentido pelo fato de que a lei aprovada prevê duas modalidades de parceria – a concessão patrocinada e a concessão administrativa – em que a forma de remuneração abrange, total ou parcialmente, a contribuição pecuniária do poder público. Além disso, embora o particular tenha que assumir a execução da obra (quando for o caso), por sua própria conta, o poder público terá que prestar pesadas garantias previstas na lei e dividir os riscos do empreendimento com o contratado nos casos de ocorrência de áleas extraordinárias, o que permite falar em compartilhamento dos riscos e gera certo paradoxo, porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada.

Outro objetivo das parcerias público-privadas, menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa de usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público.

Os principais casos que merecem o estudo da possibilidade da aplicação da PPP envolvem, tipicamente, projetos urgentes e essenciais. A PPP permite antecipar investimentos que exigiriam muito tempo para serem feitos apenas com

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceiras na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

recursos públicos, dando ao parceiro privado a obrigação de adiantar recursos a serem recebidos no futuro, de uma vez ou em parcelas.

Havendo, por parte do Estado, condições de realizar diretamente os investimentos desejados em tempo hábil, a opção pela realização de uma PPP deverá envolver significativos ganhos esperados de eficiência, por exemplo, através da incorporação de técnicas de gestão mais flexíveis, de algum insumo ou de tecnologias não disponíveis ou acessíveis ao setor público.

Fatores como o compartilhamento de risco com o setor privado e um menor grau de incerteza sobre a conclusão e redução do prazo esperado para a implantação dos empreendimentos também são fatores positivos envolvidos numa PP.

Não obstante, o uso indiscriminado das PPPs, sem amparo nas disposições normativas, é nocivo à sociedade, visto que o Estado passa a assumir parte dos riscos do investimento em setores que poderiam ser desenvolvidos única e exclusivamente com investimentos privados, criando, portanto, um subsídio público ao capital privado, inaceitável no sistema capitalista liberal moderno.

3. O programa português de parcerias público-privada

Nas PPPs realizadas em Portugal destacam-se o mais rápido desenvolvimento de infraestruturas que demandam um grande aporte de recursos para o investimento e a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados ou postos à disposição da sociedade. A experiência portuguesa se concentra especificamente nos setores rodoviário, ferroviário e hospitalar e o conhecimento obtido em um setor tem, com sucesso, sido aplicado a outro, observadas as peculiaridades de cada um.

Na aceção portuguesa, as parcerias envolvem os mais diferentes tipos de entendimentos entre as esferas pública e privada e englobam projetos que possuam viabilidade econômica sem aporte de recursos do Estado. Grande parte das iniciativas de PPP bem sucedidas é formada por concessões rodoviárias regulares.

É óbvia a importância das estruturas de financiamento às iniciativas de parceria. No caso português, o ambiente macroeconômico, o patamar vigente das taxas de juros, os prazos de financiamento, a atuação de fundos de pensão europeus, o papel do Banco Europeu de Investimento (BEI) são, em conjunto, determinantes para que seja minimizado o custo incorrido pelo Estado.

Uma das lições da experiência portuguesa é a indispensabilidade de serem introduzidos nas disposições contratuais mecanismos que impeçam os consultores de prestarem serviços para entes privados e públicos em uma mesma PP.

É fundamental, em Portugal, a análise dos subcontratos das licitações de PPP, pois estes exprimem a transferência de riscos. É inaceitável que não se tenham

as mesmas penalidades por atraso de entrega no subcontrato de construção que as constantes no contrato principal, caso contrário, pode haver relaxamento e a empreitada não se concretizar no prazo.

A clareza e eficiência dos marcos regulatórios e a correta modelagem dos processos envolvidos não são apenas uma peculiaridade necessária ao sucesso das PP. Os problemas e dificuldades do programa de PPP português, em sua maior parte, não se devem à utilização do instrumento PPP, mas a erros de modelagem, planejamento e alocação de riscos, que poderiam acontecer também em contratos de obra pública tradicionais ou de concessões comuns. Conforme relato da Direção Nacional do Projeto EuroBrasil 2000⁴:

A lição a ser tirada é a da necessidade de planejamento fiscal de maneira que os cofres públicos de governos futuros não fiquem demasiadamente onerados em razão de decisões de investimento dos governos atuais. O equilíbrio das contas públicas é fundamental ao gerar poupança capaz de financiar gastos sem gerar pressões inflacionárias ou de endividamento que terminam por inviabilizar os benefícios esperados.

Do mesmo modo, diversos reequilíbrios econômico-financeiros de contratos portugueses de PPP tiveram origem em questões ambientais. Assim como no Brasil, os órgãos ambientais portugueses são bastante exigentes. Quando não se conseguiu obter as licenças necessárias, houve necessidade de renegociação dos contratos, causando prejuízos ao Poder Público. Novamente, não se trata de um problema específico do instrumento PPP, mas de erro de modelagem do projeto.

Dessa maneira, torna-se imprescindível a uma iniciativa de PPP o amadurecimento do projeto e a correta avaliação da modelagem e do planejamento das PP. A agenda política não deve justificar a supressão de etapas na análise do projeto, simplesmente para apressar seu lançamento.

O modelo utilizado em Portugal, que considera qualquer licitação para prestação do serviço público como PPP (inclusive concessões “puras”), possui a vantagem de ser o mercado quem determinará se o projeto é autossustentado ou precisa de um contraparte estatal, aumentando a competição, o comprometimento do privado com o projeto e minimizando a necessidade de recursos estatais.

4 ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP. O controlo externo das parcerias público-privadas (a experiência portuguesa). Maputo, jul. 2006. Disponível em: www.tribunaiscplp.gov.br/assembleia4_cabecalho.htm Acesso em: 15 maio 2007.

3.1. As instituições e os projetos de PPP em Portugal

No Projeto EuroBrasil 2000 – acordo de cooperação técnica firmado entre o Brasil e a União Europeia para apoio ao Governo Federal na modernização e reforma da Administração Pública – consta que a primeira instituição a ser destacada na implantação de um projeto de parceria público-privada é a Parpública, uma sociedade gestora de participações sociais de capitais exclusivamente públicos que constitui um instrumento do Estado na promoção da utilização das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de serviços públicos em condições de maior qualidade e eficiência. Compete à Parpública receber, em nome do Ministro das Finanças, eventuais notificações dos demais ministérios acerca da preparação e do lançamento de uma parceria público-privada, assim como alterações nos contratos já assinados. É, ainda, incumbida do acompanhamento econômico-financeiro das parcerias, bem como de prestar apoio técnico ao Ministro das Finanças no acompanhamento permanente das parcerias já celebradas, recolhendo e disponibilizando informações relativas aos custos, riscos e benefícios oriundos dos projetos.

A IGF – Inspeção-Geral de Finanças é um dos principais órgãos portugueses de controle. Desempenha papel fundamental no controle sobre as PP. Sua missão é o controle da administração financeira do Estado e o apoio técnico especializado, de modo a contribuir para a economia, eficácia e eficiência, na obtenção das receitas e na realização das despesas públicas nacionais e comunitárias. Os pareceres da IGF não são determinantes para a Administração Pública, não são suficientes para interromper ou impedir os efeitos oriundos do contrato de PP. Nisso difere da atuação do Tribunal de Contas, que dispõe do poder de não aprovar a contratação e impedir que se leve adiante a execução do contrato.

O Tribunal de Contas português está ligado ao Poder Legislativo e tem a incumbência de verificar a regularidade das contas do Poder Executivo. O Tribunal realiza o controle técnico, que implica uma vistoria prévia sobre os contratos de maior vulto, sobre a qual também não há possibilidade de recurso ao Poder Judiciário, de modo que, se não houver aprovação do Tribunal, a contratação não será possível. Ainda que a análise do Tribunal de Contas deva se restringir à questão da estrita legalidade, tem-se ampliado sua competência de auditoria, inclusive de modo a abarcar preocupações ambientais e a qualidade das prestações dos parceiros privados.

O Tribunal de Contas desenvolve um estudo sobre o impacto das PPP nas contas públicas. Aparentemente, há muitas despesas – especialmente aquelas oriundas de recomposições do equilíbrio econômico-financeiro – que não estão transparentes no âmbito dos contratos de PPP, omitindo o real efeito desses contratos nas contas públicas.

Financiadores, os bancos exerceram papel fundamental no desenvolvimento das PPP em Portugal, contribuindo para o desenho da estrutura financeira, e na elaboração dos contratos e controle da execução. Os financiamentos envolvem bancos comerciais, instituições supranacionais, emissões de obrigações, leasing operacional e financeiro, dívida subordinada, entre outros instrumentos. Os bancos passaram a exercer a iniciativa na proposição de pequenos projetos às prefeituras: grande parte dos projetos nas carteiras dos bancos é de âmbito municipal e proposta por eles próprios.

Ao longo do processo de desenvolvimento das PPP em Portugal, o BEI – Banco Europeu de Investimento – teve a função de âncora nas transações, financiando entre 40% e 50% do custo elegível dos projetos. Esses financiamentos são de longo prazo e flexíveis. Há também pacotes de garantias bancárias e a disponibilidade do Banco para assumir risco pós-construção.

3.2. O programa de PPP em saúde - EMPS

Para o desenvolvimento e implantação do modelo de PPP na saúde, foi criada a Estrutura de Missão Parcerias Saúde – EMPS, que está no alto escalão do Ministério da Saúde, dando apoio técnico ao ministro no desenho de opções e planos de redimensionamento da oferta hospitalar e no acompanhamento e avaliação setorial das parcerias. Realiza estudos de identificação e pré-viabilidade de projetos e conduz os processos de preparação, avaliação prévia e lançamento das licitações incluídas no programa de parcerias. Coordena o apoio técnico às comissões de avaliação de propostas dos procedimentos licitatórios dos projetos de parceria. Elabora linhas de orientação, promovendo boas práticas e metodologias apropriadas de identificação, preparação, avaliação e gestão contratual das parcerias em saúde.

Desde o início do programa, Portugal passou por quatro governos e nenhum deles o descontinuou. O gasto anual com consultoria no MS para PPP é de aproximadamente cinco milhões de euros. Portugal está inovando ao desenhar um modelo com um contrato de gestão e duas sociedades gestoras. O consórcio vencedor da licitação terá de se dividir em duas sociedades de propósitos específicos, uma para a infraestrutura, cujo contrato será de 30 anos, e outra para a operação hospitalar que terá um contrato de dez anos. Quando for o caso do novo hospital estar substituindo um antigo, a operadora hospitalar também se encarregará da gestão deste.

O objeto do contrato de infraestrutura é a concepção, construção, conservação e exploração do novo edifício hospitalar, e o pagamento será feito pelo critério da disponibilidade das instalações. Já o contrato para operação hospitalar tem como objeto a prestação de cuidados de saúde através do hospital novo

ou, quando for o caso, do hospital existente, o qual será substituído, e receberá pagamentos por episódios (atendimentos). As duas sociedades farão um acordo de colaboração, mas não se prevê que ocorram fluxos financeiros significativos entre elas. Segundo Simões⁵, presidente da Estrutura de Missão Parcerias Saúde:

As parcerias público-privadas constituem uma abordagem inovadora de gestão pública que visa a realização de infraestruturas e a prestação de serviços públicos, numa lógica de optimização das performances dos sectores público e privado. Modernamente, um número crescente de países recorre à abordagem PPP para implementar políticas públicas e projectos públicos quer no domínio das obras públicas clássicas, quer no desenvolvimento dos serviços de tipo sócio-infraestrutural, como os hospitais públicos e outras unidades de prestação de cuidados de saúde. Assim, em Portugal, no âmbito do SNS, as parcerias público-privadas constituem um novo mecanismo de provisão e contratação da prestação dos cuidados públicos de saúde, abrangendo no nosso ordenamento jurídico tanto os cuidados diferenciados e especializados a nível hospitalar como os cuidados primários e cuidados continuados de saúde.

Entretanto, foi iniciado um programa governamental de parcerias público-privadas para o sector hospitalar que prevê o lançamento gradual de 10 novos hospitais. Este programa encontra-se em plena execução, tendo sido adoptado um modelo de parceria reconhecidamente inovador para o sector da saúde. O modelo PPP para os novos hospitais baseia-se num contrato de gestão cujo objecto envolve a cadeia de actividades que vai desde a concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos activos infraestruturais até à gestão geral do hospital, incluindo a prestação de serviços clínicos por parte do operador privado. Esta parceria é desenvolvida por duas entidades gestoras com objectos e horizontes contratuais diferenciados, sendo remuneradas por dois mecanismos e pagamento distintos.

Em sentido inverso, o economista português Rosa⁶ aduz:

O modelo de parcerias público-privados que está a ser implementado em Portugal, contrariamente ao que tem afirmado o encarregado

5 SIMÕES, Jorge Abreu. **As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal**. A reinvenção da função pública: da burocracia à gestão. Org: Instituto Nacional de Administração. Ed: Instituto Nacional de Administração, 2002.

6 ROSA, Eugénio. Parcerias público-privadas (PPP) na saúde. O que e quais são as suas consequências para o Serviço Nacional de Saúde e para os portugueses. Disponível em: http://resistir.info/portuga/ppp_saude.html Acesso em: 31 maio 2007.

da Missão PPP, não é o “mais avançado do mundo”, representando mesmo um retrocesso em relação ao modelo inglês onde se inspirou. Efectivamente, na Inglaterra não foi incluída na parceria a prestação de cuidados de saúde por ser incompatível com a lógica econômica que domina a actividade dos privados, enquanto em Portugal as prestações de saúde foram incluídas no modelo adoptado, o que certamente levará à degradação da qualidade dos serviços de saúde prestados e ao aumento dos custos a pagar pela população.

Justifica sua assertiva no facto de os dez hospitais que o governo pretende construir no âmbito do PPP abrangerem mais de um quarto da população portuguesa, significando que, num espaço de tempo de cerca de quatro anos, os grupos privados alcançarão o controlo sobre uma parte significativa do sector público de saúde em Portugal, o que corresponde a quase sete vezes mais do que aquilo que já controlam actualmente.

Segundo ele, o pagamento quer das infraestruturas a construir quer da prestação de cuidados de saúde a realizar será feito fundamentalmente pelo Orçamento do Estado, assegurando-se que os grupos privados escolhidos não corram riscos e tenham um lucro garantido.

Depois, os contratos que vão ser assinados – 30 anos para as infraestruturas e um de 10 anos, que poderá ser depois ainda renovado, para as prestações de saúde – garantem um mercado certo e seguro durante um longo período de tempo que nenhum outro fornecedor privado tem.

Os preços a pagar serão fixados pelo Orçamento do Estado. O valor anual a pagar pelo Estado ao chamado operador das instalações hospitalares (Infraco) será constituído por duas parcelas: uma fixa e outra variável que será revista anualmente com base no Índice de Preços ao Consumidor. Desta forma garante-se que o lucro do privado não seja corroído pela inflação. E conclui⁷:

A entrega das prestações de saúde a uma entidade privada, cujo objectivo principal é a maximização do lucro, associada àquela forma de pagamento (um valor fixo por cada prestação) determinará inevitavelmente a degradação da qualidade dos serviços de saúde prestados à população, o que será imposto pela própria e férrea lógica econômica. E para concluir isso baste ter presente o seguinte. Diferentemente do que sucede actualmente num consultório, ou numa clínica ou num hospital privado, a entidade não pode manipular

7 ROSA, Eugénio. Parcerias público-privadas (PPP) na saúde. O que e quais são as suas consequências para o Serviço Nacional de Saúde e para os portugueses. Disponível em: http://resistir.info/portuga/ppp_saude.html

facilmente os preços. E isto porque com base no contrato que fez com o Estado eles só podem ser revistos ao fim de um ano.

Os comentários são desnecessários. Mas é evidente que Orçamento do Estado não tem possibilidades de suportar indefinidamente o aumento de custos que a privatização da saúde inevitavelmente determinaria. As chamadas taxas diferenciadas anunciadas pelo governo mostram isso, pois enquadram-se já na intenção clara de transferir para a população o pagamento de uma parte crescente do aumento dos custos da saúde determinado pela privatização crescente do sector público de saúde em Portugal, que o OE já não consegue suportar, garantindo assim o mercado que os privados necessitam para poderem rentabilizar os investimentos que realizarem.

Nenhuma das variadas experiências internacionais em PPP mostrou-se completa ou definitiva, tendo sido, alguns países, penalizados pelo pioneirismo de suas iniciativas. Entretanto, sucederam-se governos e diretrizes econômicas e os investimentos continuam sendo realizados sob forma de PP. Em conclusão disposta no relatório do Projeto EuroBrasil 2000⁸:

A correta aplicação das parcerias só será alcançada na medida em que as mesmas forem adotadas como estratégia de Estado, e não de governo, possibilitando o adequado aprendizado, a evolução das capacidades técnicas nacionais e permitindo, assim, a ampla utilização do potencial deste instrumento. Cabe ao Brasil aprender com os enganos e acertos incorridos, acrescentando às cores nacionais sua expertise e a natural prudência para a estruturação de suas PP.

4. Concessões em hospitais: o caso do hospital universitário ocidental de Middlesex

Mirjam Bult⁹ relata que “os governos ocidentais são confrontados com a necessidade para grandes investimentos na saúde. Tratam das necessidades financeiras crescentes, levando governos a considerar a execução das concessões na saúde”.

No Reino Unido, a política do governo naquelas concessões tem um papel central, inserindo um programa importante para o serviço de saúde nacional. Em 2002, o primeiro Ministro indicou que as concessões devem ter um papel

8 PROJETO EUROBRASIL 2000. PPP-Lições portuguesas para o Brasil. Disponível em: www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=6768&cat=34&sec=6 Acesso em: 23 maio 2007.

9 BULT, Mirjam. **Spiering & Gurt. Dewulf.** Strategic Issues in Public-Private Partnerships. Blackwell Publishing, USA. 2006.

central em modernizar a infraestrutura de NHS; entretanto, não são vistas como uma alternativa, mas preferencialmente como uma adição ao programa do capital do setor público. De acordo com o departamento de auditoria nacional (2002), concessões foram consideradas como a única opção. Para justificar a opção da concessão, os departamentos do governo têm atrasado demasiadamente no investimento do setor público – PSC, o qual foi usado frequentemente, incorretamente, como uma experiência ou um teste falho. Os resultados de PSC foram aplicados com precisão, apesar de muitas incertezas envolvidas na dinâmica futura prevista no sistema de saúde. Além disso, os números poderiam ter sido manipulados para obter-se os resultados desejados. Antes que a rota da concessão fosse escolhida, os departamentos examinaram todas as alternativas reais e indicaram um índice apropriado para a avaliação do valor das escolhas disponíveis. Força-se mais que as matérias, à exceção das considerações puramente financeiras, necessitam ser avaliadas, assim como o valor para o dinheiro (associação de contabilistas certificados fretados, 2004). Um exemplo bom de um esquema da concessão que prove ter o valor do dinheiro para o setor público é o exemplo do hospital ocidental de Middlesex em Londres. Este esquema compreende:

- 1200 funcionários;
- 424 camas;
- dez theatres operando-se;
- dois theatres do dia-caixa;
- 155.000 pacientes externos atendidos.

Em 2001, um contrato de concessão foi avençado ao consórcio ByWest. O contrato era de 35 anos e tinha um valor atual líquido de pagamentos unitários de 125 milhões de libras. Após 35 anos, o local será retornado à confiança do hospital, mas uma extensão a 60 anos é possível. O contrato requer que a ByWest reedifique o local em Londres ocidental para fornecer serviços e facilidade de manutenção. A ByWest opera o edifício e o grupo de ligação supervisiona o processo. A organização consiste no presidente de NHS, o executivo principal e o diretor financeiro, o diretor da concessão, o consórcio do executivo principal da ByWest e os diretores controlando os partidos principais na gerência da construção e das facilidades. ByWest é um consórcio com dois acionistas: Bouygues e Ecovert. Bouygues é o projetista e o contratante, a Ecovert é o responsável pelo gerenciamento de facilidades. A Abadia Internacional é o financiador preliminar.

Em 2002, o escritório da Auditoria Nacional avaliou em termos positivos o contrato de concessão para a reedificação do hospital ocidental da Universidade de Middlesex. O esquema está sendo desenvolvido como parte da segunda onda

do PFI (ou da política da concessão) no NHS, no qual uma organização do setor privado é responsável pela construção e pelo gerenciamento do edifício.

O terreno permanece da propriedade do NHS e somente os doutores, as enfermeiras e os terapeutas do NHS fornecerão o cuidado aos pacientes, como agora. A reconstrução ocidental do hospital de Middlesex é o contrato mais avançado. De acordo com Sir John Marrom, cabeça do escritório nacional de Auditoria, o negócio demonstrou que o NHS aprendeu lições com os contratos anteriores da concessão. A auditoria do hospital fez exame do conjunto dos benefícios mais largos esperados do negócio da concessão (Escritório Nacional de Auditoria, 2002).

Após ter avaliado o negócio, o Escritório Nacional da Auditoria (2002) chegou às seguintes conclusões:

– As concretização do negócio desenvolveria necessidades locais, com alguma flexibilidade às incertezas inerentes aos contratos em uma meta mais ampla do prazo NHS. Muitos dos edifícios chegavam aos 100 anos de idade dilapidados. Na reconstrução do local ocidental do hospital de Middlesex era essencial se buscar necessidades locais modernas, serviço de saúde de alta qualidade. O problema principal no desenvolvimento de um esquema da concessão é que o planejamento em longo prazo é difícil porque o serviço de saúde está mudando no tempo excedente e a demografia local pode também mudar. Isto pode afetar o tipo e a posição das melhorias e dos benefícios que são requeridos. Por exemplo, o impacto de mais serviços à comunidade, baseados no número das camas era e é duro de prever. Isto expõe a confiança ao risco que pode se tornar inviável em um contrato em longo prazo para os edifícios e os serviços que são necessitados.

– O NAO força que o contrato de serviço em longo prazo de um negócio de concessão faça a terminação provavelmente ser mais cara. No negócio ocidental do hospital de Middlesex há alguma flexibilidade em acomodar estas incertezas. Por exemplo, os números de cama podiam variar de acordo com mudanças na demanda. A auditoria acredita que o contrato fornece a flexibilidade suficiente ao se dirigir às incertezas futuras nos serviços de saúde em longo prazo.

– Ao se avaliar a melhor concessão disponível, se deve negociar o sentido comum aplicado à confiança aprendida com a experiência. Os elementos importantes eram: o processo oferecido era mais rápido; os círculos extras a se oferecer eram aqueles eliminados ou reduzidos à época e ao custo da confiança dos licitantes; pela oferta do Oeste o preço é ligeiramente mais baixo do que dos licitantes concorrentes.

– A auditoria considerou os benefícios não quantificados de fazer, isto enquanto um negócio da concessão compensou as desvantagens. A comparação financeira entre o esquema da concessão e o custo da obtenção convencional não

era bem definida. Mas a auditoria viu outros benefícios que gerariam o valor para o dinheiro. Um benefício era que a auditoria acreditou que o contrato daria ao consórcio incentivos para terminar rapidamente a reconstrução e para manutenção dos edifícios. Uma primeira avaliação mostrou que este era o caso. Em somente 18 meses o hospital novo foi construído. Outros benefícios importantes eram o alocamento da certeza e do risco do preço ao setor privado. O exemplo do hospital ocidental de Middlesex, além disso, mostra que as companhias privadas estão interessadas em começar a ser envolvidas em esquemas da concessão nos serviços de saúde. Havia 39 expressões de interesse de consortes dos quais 13 podiam ser considerados licitantes sérios. A auditoria do hospital funcionou no processo, oferecendo eficácia. Dos 13 consortes, seis foram postos sobre uma lista longa; três destes em lista pequena e ByWest foi selecionado finalmente como o fornecedor preferido. A redução do tempo e do custo foi possível porque ByWest concordou, durante a finalização do contrato, com o preço e outros termos do negócio.

Além do preço, o mais baixo, a oferta mostrou o melhor valor para o dinheiro nos termos do projeto, do tempo proposto e das edições do pessoal. Ele se realizou um ano antes do fechamento financeiro, devido às mudanças no projeto proposto e em edições contratuais. O caso indicou também a necessidade para a standardização. Apesar da história longa de estruturas da concessão no Reino Unido, pouco foi aprendido de outros projetos. O exemplo do hospital ocidental de Middlesex era um dos pilotos para a operação da standardização e foi o primeiro negócio fechado com estes padrões.

5. A saúde e as parcerias público-privadas: o caso brasileiro

De acordo com o último relatório da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil destina 7,9% do seu Produto Interno Bruto às despesas com saúde – em comparação, os Estados Unidos investem 15%, valor que equivale a todo o PIB brasileiro. O gasto *per capita* é de US\$206 por ano. E as fontes privadas (planos ou seguros de saúde de desembolsos diretos das famílias, por exemplo, em serviços particulares ou na compra de medicamentos) já respondem por 54,1% desse dispêndio.

Nesse cenário de recursos escassos, o entrosamento público-privado é visto como uma alternativa para sanar deficiências, aumentar a eficácia dos investimentos, a partir de uma definição conjunta de prioridades, e corrigir distorções no acesso a alguns tipos de serviços, onde haja demanda não atendida pela rede pública e sobreoferta no setor suplementar.

Para se ter uma ideia da participação do setor privado no campo da saúde, em Belo Horizonte, segundo dados do Ministério da Saúde, 48% da população está coberta por algum plano ou seguro privado de saúde. Na região

metropolitana, são 34%, percentual também acima da média nacional, que é de 22%, de acordo com o cadastro de beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A articulação público-privada abre perspectivas de ganhos para ambos os setores. A saúde suplementar tem contribuído para modernizar as práticas na área. As operadoras vêm adotando modelos de gestão profissionalizados e novas propostas de atenção à saúde dos clientes. Essa tendência pode favorecer a transferência de conhecimentos de gestão para o setor público.

Por sua vez, os complexos sistemas de informação e de vigilância à saúde, os programas de vacinação e outras ações de caráter coletivo, mantidos pelo SUS, também beneficiam as operadoras, ao melhorar os indicadores de saúde do conjunto da população.

Outro forte argumento a favor da parceria são os desafios enfrentados pelos sistemas nacionais de saúde, com o aumento acelerado dos custos da assistência médica e a capacidade limitada da sociedade em financiá-los. Esses fatores afetam os setores público e privado, como ocorre com o envelhecimento populacional e a incorporação tecnológica.

Entre 2000 e 2050, a parcela dos idosos na população brasileira subirá de 5% para 18%. Os maiores de 80 anos, que eram 1,8 milhões de pessoas na virada do milênio, poderão chegar a 13,7 milhões, segundo o IBGE. Essa transição demográfica está diretamente relacionada ao aumento dos casos de doenças crônicas e degenerativas, que exigem dos sistemas de saúde intervenções mais complexas e permanentes e, conseqüentemente, mais caras.

No concernente à incorporação tecnológica, o desafio está em definir critérios para o uso das inovações, a partir de estudos de custo-efetividade sustentados por evidências científicas. O surgimento de uma nova tecnologia médica, geralmente, não substitui um recurso anterior, mas se soma a ele, encarecendo os cuidados. O presidente da Federação Brasileira de Hospitais (FBH), Dr. Eduardo de Oliveira¹⁰, afirmou:

Os hospitais privados estão fugindo do SUS e, precisam fugir mesmo, porque o SUS está acabando com eles. O Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, segue a linha dos sanitaristas, que preferem acabar com as parcerias público-privadas. A situação dos hospitais privados, hoje, é resultado da reforma sanitária, realizada há 10 anos. O conceito do Sistema de Saúde Universal, no entanto, não funciona como deveria. A parceria não pode ser só uma retórica. O Ministro Temporão encena o interesse na participação privada

10 OLIVEIRA, Eduardo de. FBH defende reforço na parceria público-privada. **Revista Saúde Suplementar**. Disponível em www.atontecnologia.com.br/clientes/fbh/index.php?a=not_namidia_temp.php&ID_MATERIA=6802. Acesso em: 11 maio 2007.

porque é o que a imprensa gosta, mas só falou de parceria público privada em hospitais como o Sírio Libanês e o Albert Einstein, que são hospitais de ponta e atendem um público seletivo. O que falta ao setor é conscientizar a sociedade e a classe política para fazer as modificações necessárias de forma a incentivar o crescimento do setor e garantir a manutenção da iniciativa privada. As pessoas precisam entender que ser lucrativo não é ser ladrão, nem quer dizer que a empresa defende um capitalismo selvagem. É ser, ao contrário, uma empresa que tem uma saúde financeira que pode garantir o atendimento. O fim das parcerias e as limitações impostas ao setor privado levam, num grau maior ou menor, o fechamento das instituições. E, num segundo estágio, atinge o setor privado como um todo, não apenas os lucrativos.

Se o governo conseguir, de fato, desenvolver um PAC da Saúde, será preciso reforçar a parceria público-privada e não deixar que ela se exaurisse, como tem feito o Ministério da Saúde. Os investimentos públicos na saúde são menores do que os recursos privados. Esse montante somado, no entanto, ainda é pequeno. O governo devia estar preocupado com a melhoria da qualidade da saúde no país. No final, quem vai pagar a conta será a sociedade.

5.1. Das sociedades de propósitos específicos/dos consórcios

O art. 9º da Lei 11.079/04 estabelece a constituição de uma sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, antes da celebração do contrato. Sobre esta sociedade, aduz Mukai¹¹ (2005/24):

Ocorreu aqui uma cópia da ideia prevista na Lei n. 8987/1995, que obriga, no caso de consórcio, que as empresas consorciadas constituam uma nova empresa para dar execução ao contrato de concessão, tratando-se aí de uma exigência facultativa do poder concedente (art. 20).

No caso da sociedade de propósito específico, ela representa o instrumento legal de parceria público-privada, posto que deveria ser constituída tendo como sócias a empresa vencedora da licitação e o órgão ou entidade que promove a parceria mediante licitação.

Há disposição específica sobre a possibilidade de a sociedade assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. Existem, ainda, restrições quanto à composição do capital e ao controle

11 MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

da sociedade, que se referem à impossibilidade de a Administração Pública ser a titular da maioria do capital votante da sociedade e à necessidade de autorização prévia da Administração Pública para a transferência de seu controle, nos termos do edital e do contrato. Leite¹² considera estas restrições vantajosas, e observa:

Dessa forma, o parceiro privado e os financiamentos do projeto terão maior conforto quanto à condução da implantação e da gestão da PPP, que estará a cargo da SPE e seus controladores privados. Consequentemente, a estrutura societária da SPE deverá mitigar o risco de ingerência do Estado na implantação e gestão das PPPs.

A Lei 11.107/05 dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para a realização de objetivos de interesse comum. Este diploma legal preenche uma lacuna existente na legislação pátria, existindo disposição de aplicação na referida Lei quanto ao SUS (art. 1º, § 3º). Oliveira¹³ alude à implantação de um sistema de organização, planejamento e fiscalização na área da saúde embasada nos diplomas legais analisados:

Tal sistema pode ser elaborado de acordo com o uso de instrumentos legais como os consórcios públicos, corroborando a descentralização necessária à execução de serviços e concomitantemente, unificando a gestão, com vistas à fiscalização imprescindível nesta seara. Este é o primeiro para uma real modificação do atual Sistema. O segundo, e mais importante passo se refere ao maior problema contido neste Sistema: seu financiamento. Se o atual sistema político favorece o desvio de dinheiro público por maneiras bastante diversificadas, a outra mobilização está relacionada à união da classe média em torno de soluções viáveis ao alcance do bem-estar social. Esta mobilização é possível caso haja interesse da classe média em se unir de maneira organizada para poder participar do financiamento direto das parcerias público-privadas na área da saúde, desvinculando-se de planos oferecidos por operadoras que não possuem limitações para seus lucros absurdos.

Sugere a possibilidade de regulamentação para viabilizar a formação de sociedades anônimas de profissionais da saúde, que possuam condições econômicas de participação em processos licitatórios de parcerias público-privadas, através do

12 LEITE, Guilherme. Sociedades de propósito específico (SPEs) no âmbito das PPPs. **Boletim Informativo Pinheiro Neto Advogados**. São Paulo. N. 1.844. 23 jan. 2005.

13 OLIVEIRA, Fernanda Keller de. A saúde e as parcerias público-privadas. Disponível em www.advogado.adv.br/artigos/2006/. Acesso em: 31 maio 2007.

incentivo de oferta de ações localizadas em cidades que sejam sedes administrativas de distritos do Sistema Único de Saúde. “A principal vantagem desta possibilidade de participação e abertura de oferta de ações é a conscientização da população que possui recursos para investir, em um sistema que atenda às suas necessidades e às necessidades daqueles que habitam naquela mesma região”. E conclui:

Após o processo licitatório e consequente escolha do parceiro privado representado por uma sociedade, o aporte de recursos para incremento de todas as ações e serviços relacionados ao atendimento à saúde podem ser viabilizados através da utilização dos direitos creditórios (ou recebíveis) decorrentes dos projetos de PPP para captar recursos junto ao mercado, através de operações de securitização de recebíveis, disponibilizadas pelas sociedades de propósito específico.

5.2. Das organizações sociais

A secretária municipal de saúde de São Paulo, Dr^a. Maria Cristina Cury¹⁴, durante a feira da Hospitalar 2006, em palestra sobre as Organizações Sociais e parcerias público-privadas, explicou como acontece o trabalho junto com as Organizações Sociais de Saúde (OSS), que estão fazendo sucesso em vários hospitais no município de São Paulo e trazendo uma nova opção de gestão:

A Organização Social é um título que o Poder Executivo outorga para uma entidade privada sem fins lucrativos com atividades dirigidas ao ensino, pesquisas e saúde. Para ser nossa parceira, a OS precisa cumprir alguns requisitos como ter mais de cinco anos de atividades, idoneidade moral e financeira e ter um Conselho de Administração que controla os atos da entidade. Os objetivos são promover maior qualidade e eficiência na prestação dos serviços de saúde à sociedade. Queremos promover uma maior integração entre os setores públicos, privados e a sociedade, pois juntando forças todos ganham. É importante ressaltar que isso não é uma privatização e sim uma parceria, aonde a Lei das OSS vai nos permitir um melhor atendimento à população com mais planejamento e gestão.

A secretária apresentou uma pesquisa feita pelo Banco Mundial que comparou os Hospitais com atendimento direto e os com regime de OSS. Destacou alguns pontos fortes que trouxeram benefícios aos hospitais com regime de OSS, como mais agilidade na aquisição de bens e serviços, maior autonomia, melhor

14 CURY, Maria Cristina. Parceria com organizações sociais e setor privado trazem benefícios para a saúde municipal. Disponível em: www.hospitalar.com/imprensa/not1815.html. Acesso em: 23 maio 2007.

definição do quadro pessoal, adoção de uma organização global e desenvolvimento de pesquisas para gestão, menor tempo de internação do paciente.

Citou como exemplo de sucesso a parceria com o Hospital Samaritano que está equipando e realizando reformas em hospitais municipais que ganharão mais qualidade em seus serviços. “Estamos trabalhando para mudar na Rede Básica o que está ruim e não funciona para poder ganhar agilidade e qualidade nos serviços prestados a população”, finalizou a Dr^a. Maria Cristina Cury.

5.3. Propostas de integração público-privada na área de saúde

No dia 2 de dezembro de 2005, em Belo Horizonte, MG, o então Ministro Saraiva Felipe anunciou as propostas de parceria entre o SUS e as operadoras, durante a palestra de encerramento do fórum “Novas perspectivas para o sistema de saúde no Brasil: a regulação do setor e a parceria entre o SUS e as cooperativas médicas”¹⁵. Essas propostas estão resumidas a seguir:

– Para desenvolver uma metodologia de planejamento integrado que sirva como piloto. Formatar planos conjuntos entre o setor público e as operadoras da saúde suplementar, incorporando recursos e demandas nas três esferas de governo.

– Implementar e cofinanciar projetos regionais, revistos periodicamente, para nortear campanhas conjuntas de educação em saúde, nas áreas identificadas como prioritárias. Trocar informações e evoluir para a compra conjunta de materiais e medicamentos. Negociar a oferta de serviços ao setor público nos casos em que este registrar demanda não atendida e houver disponibilidade no setor suplementar. Integrar as áreas de regulação dos prestadores de serviços, existentes no setor público e no privado, para vistorias, controle, avaliação e auditoria dos hospitais e clínicas.

– Desenvolver um plano comum de apoio técnico e incentivos financeiros para que 20% da rede hospitalar do SUS e 40% da rede da saúde supletiva obtenham certificações de qualidade e acreditação no prazo de três anos. Esse processo melhora a estrutura dos serviços, exige a padronização das práticas internas e ciclos de melhoria contínua na gestão dos hospitais. A adesão dos serviços ao projeto será voluntária.

– Criar uma Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias em Saúde, com a participação dos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia, dos Estados e Municípios, das Agências Nacionais de Vigilância Sanitária e de Saúde Suplementar, das operadoras e das entidades médicas, para traçar a

15 UNIMED/BH. Saúde terá integração público-privada. Disponível em: www.lvba.com.br/novo/imprensa/imprensa.php?p=o&c=unimedbh.

política. A comissão será assessorada por Câmaras Técnicas, que irão avaliar os processos de incorporação de novas tecnologias, a partir de evidências científicas. Será obrigatória a aprovação da Comissão Nacional antes do registro da nova tecnologia na Anvisa.

– Revisar o atual modelo, determinando às operadoras o pagamento de uma taxa anual por cliente em carteira. Os recursos se destinarão à melhoria dos serviços de urgência e emergência, com a criação de comissões público-privadas regionais para definir os investimentos e fiscalizar a aplicação dos recursos. Essa proposta foi lançada em 2003, no 1º Fórum Nacional da Saúde Suplementar.

– Estimular a formação de profissionais para atender às novas demandas da sociedade, por exemplo, no cuidado com idosos e doentes crônicos, e a atualização de pessoal em serviço. Atuar conjuntamente em áreas que demandam grande volume de investimentos, como, por exemplo, incentivo à residência médica em determinadas especialidades, programas de educação permanente para a rede de prestadores e desenvolvimento de protocolos, entre outros.

Costa¹⁶ apresenta as seguintes propostas de parcerias público-privadas na área da saúde:

– Parcerias entre Hospitais Públicos e Privados, envolvendo Universidades e/ou Faculdades das áreas bio-médica, odontológica e tecnológica, que viabilizem, além de usuais estágios de seus estudantes e residentes, uma alternativa de Hospital Universitário Público-Privado, pelo qual haverá investimentos mútuos de recursos físicos, humanos e tecnológicos para atender gratuitamente a pacientes de baixa renda e remunerado por preços justos e módicos a demais pacientes privados que não atinjam a definição de baixa renda. Com este modelo, possivelmente se melhorará o modelo caótico da saúde pública e privada vigente.

– Parcerias entre Hospitais Públicos e Privados, envolvendo Institutos Públicos e Privados de Diagnóstico em exames, procedimentos cirúrgicos e/ou tratamentos médicos (ex. hemodiálise, intervenções cardíacas, prótese, órteses, tratamentos oncológicos, de Aids e de doenças infecto-contagiosas, dentre outros), para atendimento de pacientes de baixa renda ou não, observado sempre seu maior quadro de emergência e risco de vida, avaliando-se a maior chance de êxito de intervenção e diagnóstico de exames médicos, mediante investimentos mútuos do parceiro público e privado numa unidade autônoma de atendimento de diagnóstico de exames e intervenções médicas, com uso compartilhado na proporção dos investimentos realizados pelos Parceiros no Projeto, viabilizando uma ampliação e

16 COSTA, Rosa. Parcerias público-privadas na área da saúde. Disponível em: www.licitação.uol.com/artdescricao.asp?cod=70 Acesso em: 23 maio 2007.

melhoria do atendimento hospitalar no País, tanto na rede pública quanto privada.

6. Considerações finais

A Constituição Federal é expressa ao permitir a participação popular junto à administração pública. No que diz respeito à saúde, ficou estabelecida dupla possibilidade: prestação pelo Poder Público, com a participação da comunidade ou prestação pelo particular. Portanto, pode-se concluir que é dever do Estado buscar formas de promover a participação da sociedade nesses serviços. No entanto, se o instrumento for o da descentralização administrativa, ele deve estar adequado aos preceitos constitucionais. Di Pietro¹⁷ lembra que:

A descentralização é um dos pontos fundamentais para transformar a administração pública burocrática, rígida e ineficiente, em uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. A diferença fundamental está na flexibilização de procedimentos e na alteração quanto à forma de controle, que deixa de ser formal e passa a ser de resultados. Além disso, deve haver maior participação do cidadão e das entidades privadas na administração pública.

Também Bresser Pereira¹⁸ admite: “No momento em que a crise do Estado exige o reexame das relações Estado-sociedade, o espaço público não-estatal pode ter um papel de intermediação ou pode facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parceria, que abrem novas perspectivas para a democracia”.

No entanto, além de se evidenciar constitucional a permissão para a descentralização dos serviços de saúde pública, é necessário verificar se a espécie de descentralização adotada atende aos princípios da administração pública. Di Pietro¹⁹ conclui:

A grande preocupação em relação à lei decorre do fato de o Governo (que afirma não ter recursos para execução direta das atividades a serem objeto de PPP), contraditoriamente assumir, na posição de parceiro público, o compromisso de pagar contribuição ao parceiro privado, além de empenhar o orçamento público para garantir o

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceiras na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005

18 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Sociedade civil**: sua democratização para a reforma do Estado. São Paulo: UNESP, 2002.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2005.

parceiro privado com garantias que apresentam fortes traços de inconstitucionalidade. A insegurança jurídica poderá afastar os possíveis interessados em participar de PPP com o poder público. Outra dificuldade ou mesmo impossibilidade diz respeito à observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. É que as limitações impostas por aquela lei são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Não há como fazer previsão ou estimativa do impacto orçamentário-financeiro que abranja todo o período de vigência dos contratos de parceria público-privada.

A adoção de programas de PPP em diversos países é impulsionada pela necessidade de dar continuidade do investimento estatal em um contexto de restrição fiscal e pela busca de maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

Não obstante as opiniões em contrário, a experiência portuguesa demonstra que, se bem implementados, os programas podem representar uma alternativa atraente para viabilizar empreendimentos de maneira eficiente e eficaz. Oliveira²⁰ expressa:

Homens públicos que já possuíram o dever de administrar a saúde se manifestaram quanto à importância da passagem do financiamento à saúde baseado na oferta de serviços ao atendimento baseado na demanda de serviços. Esta passagem pode ser executada através da implementação das parcerias público-privadas na área da saúde, pois com o atual Sistema, a falta de controle e regulação levam a situações em que as pessoas que recebem o serviço não sabem se o que está sendo pago corresponde ao que recebeu e o Estado pagador não sabe se o serviço foi prestado.

Os princípios do acesso universal e do acesso igualitário serão respeitados em sua plenitude, pois é possível aumentar o aporte de recursos para a saúde com a flexibilização de seu financiamento para investidores pessoas físicas e pessoas jurídicas de modo pulverizado, para que a ideia de monopólio de fato seja afastada.

Quando pequenos investidores se unirem para apresentar um projeto de estruturação de um plano de saúde a ser oferecido por cada distrito pertencente a um contrato de parceria público-privada, poderão apresentar propostas que estejam realmente adequadas à realidade e os fortes lobbies existentes na atualidade não possuirão clientes para explorar.

20 OLIVEIRA, Fernanda Keller de. A saúde e as parcerias público-privadas. Disponível em: www.advogado.adv.br/artigos/2006/

Especialmente no Brasil, onde a noção de política está relacionada com má-fé, os movimentos em favor da instituição de parcerias público-privadas mostram que não há mais tempo para esperar. Os índices de pobreza, desemprego e violência são cada vez maiores. O Estado se vê sufocado por uma crise fiscal. E enquanto promove reformas e tenta honrar compromissos financeiros, permanece inerte diante da persistência de problemas sociais que contam do tempo da colonização. O Brasil é um país de dimensões continentais, com uma enorme diversidade cultural. É possível perceber como os movimentos sociais podem ajudar a integrar conhecimentos e viabilizar ao Estado tomar decisões que se aproximem do interesse coletivo. Daí a importância da concretização de parcerias público-privadas, numa reforma do Estado que permita isso.

Mas para que ela seja possível é preciso rever os conceitos que separam o Estado da sociedade civil e colocam o interesse público e privado como opostos. A dicotomia Estado/Sociedade Civil data da formação dos Estados absolutistas e permeia, até os dias atuais, o estudo da ciência política. No entanto, pode-se dizer que as transformações que essa relação sofreu, e obviamente ainda sofre, são muito intensas para que se possa aceitar uma distinção tão óbvia entre esses dois entes. Muitos afirmam que tal separação nem mesmo existe. Torçamos para que sua união se reflita na área da saúde, para que, em um futuro não muito distante, haja alento para todos os que sofrem por não terem total acesso a seu direito fundamental à saúde.

Referências

- ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS ISC DA CPLP. O controlo externo das parcerias público-privadas (a experiência portuguesa). Maputo, jul 2006. Disponível em: www.tribunaiscplp.gov.br/assembleia4_cabeçalho.htm. Acesso em: 15 maio 2007.
- BULT, Mirjam – **Spiering & Gurt**. Dewulf. Strategic Issues in Public-Private Partnerships. Blackwell Publishing, 2006. USA.
- COSTA, Rosa. Parcerias público-privadas na área da saúde. Disponível em: www.licitação.uol.com/artde-scrição.asp?cod=70. Acesso em: 23 maio 2007.
- CURY, Maria Cristina. Parceria com Organizações Sociais e setor privado trazem benefícios para a saúde municipal. Disponível em: www.hospitalar.com/imprensa/not1815.html Acesso em: 23 maio 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceiras na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- LEITE, Guilherme. Sociedades de propósito específico (SPEs) no âmbito das PPPs. **Boletim Informativo Pinheiro Neto Advogados**. São Paulo, n. 1.844, 23 jan. 2005.
- MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- OLIVEIRA, Eduardo de. FBH defende reforço na parceria público-privada. **Revista Saúde Suplementar**: 11/05/2007. Disponível em www.atontecnologia.com.br/clientes/fbh/index.php?a=not_namidia_temp.php&ID_MATERIA=6802.. Acesso em: 31 maio 2007.

OLIVEIRA, Fernanda Keller de. A saúde e as parcerias público-privadas. Disponível em: www.advogado.adv.br/artigos/2006/. Acesso em: 31 maio 2007.

PASIN, Jorge Antônio Bozoti, BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v.10, n. 20, dez. 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Sociedade civil**: sua democratização para a reforma do Estado. São Paulo: UNESP, 2002.

PROJETO EUROBRASIL 2000. PPP-Lições portuguesas para o Brasil. Disponível em: www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=6768&cat=34&sec=6. Acesso em: 23 maio 2007.

ROSA, Eugénio. Parcerias público-privadas (PPP) na saúde. O que e quais são as suas consequências para o Serviço Nacional de Saúde e para os portugueses. Disponível em: http://resistir.info/portuga/ppp_saude.html Acesso em: 31 maio 2007.

SIMÕES, Jorge Abreu. **As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal**: a reinvenção da função pública da burocracia à gestão. Org: Instituto Nacional de Administração. Ed: Instituto Nacional de Administração, 2002.

UNIMED/BH. Saúde terá integração público-privada. Disponível em: www.lvba.com.br/novo/imprensa/imprensa.php?p=o&c=unimedbh.

Artigo recebido em 08/07/09

Aceito para publicação em 26/10/09

A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONCRETIZAÇÃO DO PRÍNCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: ACHIEVEMENT OF
HUMAN DIGNITY CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

.....
Claudio José Amaral Bahia*
Ana Carolina Peduti Abujamra**

*Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru. Professor do Programa Stricto Sensu em Direito (Mestrado), mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogado.

** Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação mantido pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Toledo de Ensino de Araçatuba. Professora de Teoria Geral do Processo, Processo Civil I e II na Direção OAPC/ Santa Cruz do Rio Pardo. Advogada

Sumário

1. Introdução. 2. Do princípio da dignidade humana. 3. Considerações acerca dos direitos fundamentais sociais. 3.1 Do direito social à saúde. 3.2. A saúde como direito fundamental do homem. 3.3. Direito à saúde como direito subjetivo. 4. Acesso universal à saúde: efetivação do direito, reserva do possível vs mínimo existencial vital. 5. Conclusão. 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The principle of human dignity. 3. Considerations on the fundamental social rights. 3.1 Social's rights. 3.2. Health as a fundamental right of man. 3.3. Right to health as a subjective right. 4. Universal access to health: effect of law, subject to the minimum possible vs existential vital. 5. Conclusion. 6. References.

Resumo

Hodiernamente, cada vez mais a questão relativa à saúde vem ganhando vulto e sendo tratada pelo Poder Judiciário como um direito fundamental pertencente tanto ao cidadão brasileiro quanto aqueles que aqui se encontrem, devidamente garantido pelo texto basilar em vigor; porém, nem sempre foi assim. Em verdade, antes da promulgação da Carta Magna de

1988, a saúde no Brasil nunca havia sido moldada e pensada como um verdadeiro direito, muito pelo contrário! Nasceu ela, como se fosse uma simples mercadoria, pensada como um seguro, vinculada ao mundo do trabalho, com visão exclusivamente privada. Entretanto, a partir do momento em que a dignidade da pessoa humana foi colocada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o ser humano tornou-se elemento essencial à própria existência do Estado, donde, então, mais do que justificada está a preocupação basilar para com a saúde e toda a sistemática que compõe o intrincado problema.

Palavras-chave: saúde; fundamentais; justiciabilidade.

Abstract

Currently, the health issue is gaining more importance and is treated by the Law Power as a fundamental guarantee that belongs to the Brazilian citizen, but was not always so. In fact, before the promulgation of the 1988 Constitution, health in Brazil had never been shaped and designed like a real right, quite the contrary! It was originated in our country as if it were a commodity, designed as a secure, linked to the labor issues, with an exclusively private vision. Meanwhile, as soon as human dignity was put as a fundamental principle of the Federative Republic of Brazil, the human being has become an essential element to the very existence of the state. Then it is more than justified the concern for the basic health system and all the systematic that make up this complex problem.

Keywords: health; Fundamental rights

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde – aqui entendida, conforme reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, como o completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas como a ausência de afecções e doenças, tratada, de modo inédito, no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental.

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica.

Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Torna-se extremamente relevante estudar a saúde sob a nova ótica conferida pela Constituição, traçando-lhe os limites e possibilidades da concretização judicial

desse direito, com apoio na teoria dos direitos fundamentais¹, que vem sendo desenvolvida no Brasil e em outros países.

Enquanto o poder constituinte (originário) almejou construir um Estado Democrático e Social de Direito, com papel ativo na busca da redução das desigualdades sociais, as políticas públicas recentemente levadas a cabo pelo Poder Executivo, com o beneplácito do Legislativo, têm caminhado, muitas vezes, em direção contrária, reduzindo-se, minimizando-se e enfraquecendo-se o alcance de tais ideais, mediante a transferência da prestação dos serviços públicos, inclusive os essenciais, como a saúde, para a iniciativa privada.

É suficiente uma leitura dos quatro primeiros artigos da Constituição, em especial do art. 3º, para perceber que o poder constituinte não pretendeu seguir o modelo “neoliberal” e que, portanto, está havendo um descompasso entre a “vontade de poder” e a “vontade de constituição”.

Nesse quadro, em que a vontade política de fazer valer os direitos constitucionais é praticamente inexistente, o Poder Judiciário, enquanto responsável pela manutenção da supremacia da Constituição, é frequentemente chamado para dirimir conflitos em que, de um lado, está o cidadão, lutando para que as promessas de modernidade sejam efetivamente cumpridas, e, de outro lado, está o Poder Público, que, por ideologia, má gestão ou mesmo por falta de recursos, deixa de cumprir seu dever basilar.

É justamente sobre a “vontade de constituição” em reconhecer-se o direito à saúde como de natureza social e fundamental, corolário do princípio maior da dignidade da pessoa humana, que passar-se-á a discorrer neste trabalho.

2. Do princípio dignidade da pessoa humana

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito, e, por óbvio, as pessoas portadoras de deficiência, quiçá, principalmente elas, devem tê-lo reconhecido e exercido.

Etimologicamente, ‘dignidade’ “vem do latim *dignitatem*, do italiano *dignità*, do francês *dignité*, do espanhol *dignidad*, significando decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade”².

Todavia, a dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro.

1 ZOLLINGER, Marcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006, p. 37-42.

2 FRANCISCO DA SILVA BUENO. **Grande dicionário etimológico prosódico da Língua Portuguesa**, verbete ‘dignidade’, v. II, p. 1018.

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), como seu valor supremo, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais.

Vinte anos após a promulgação da Constituição, presenciam-se, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é malferida, não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pela formas veladas como o preconceito, o racismo e, acima de tudo, pela miséria em que vivem milhões de pessoas desprovidas das condições mínimas de sobrevivência.

Ensina Sarlet³:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a **dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais** e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplíce esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. (grifo nosso)

Deve-se, contudo, ter cuidado, pois a pessoa não pode e não deve ser tratada como um reflexo da ordem jurídica. Deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que, na relação entre o indivíduo e o Estado, há uma presunção a favor do ser humano e da sua personalidade, vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Ao se tratar tal valor positivado, como princípio, este deverá ser ponderado, ou seja, deverá ser aplicado na medida do possível; agora, se for entendido como regra, esta deverá ser tratada diante da conhecida expressão afeta ao jogo do tudo ou nada.

Portanto, se da observação do princípio da dignidade da pessoa humana resultam consequências dentro do próprio sistema constitucional, dispensável é reafirmar a importância desse valor como fonte integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro e latino-americano e não apenas dos direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não é o único parâmetro de interpretação e sequer pode ser considerado absoluto, mas, por força de sua proeminência axiológico-normativa, deve ser considerada a principal fonte da hermenêutica constitucional.

3 SARLET, INGO WOLFGANG. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47.

A dificuldade é ainda maior quando se verificam os múltiplos significados atribuídos pela doutrina nacional ao princípio:

- (i) ora como valor absoluto⁴;
- (ii) ora como critério interpretativo⁵;
- (iii) ora como um direito fundamental em si mesmo⁶;
- (iv) ora como direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana⁷;
- (v) ora como mera referência filosófica, desprovida de maior normatividade⁸.

Mesmo sendo impossível atribuir-lhe um conceito fixo e imutável, não há dúvidas que a sua aplicação, em casos concretos, é inafastável, principalmente, quando noticiados desrespeitos à vida, integridade física e psíquica, falta de oferecimento de condições mínimas que garantam uma existência digna, limitação da liberdade ou a promoção da desigualdade ou, pior, nos casos em que direitos fundamentais estejam flagrantemente sendo afrontados ou desconsiderados.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, um princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que confere racionalidade ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial ao correto entendimento e aplicação da norma. Do respeito à dignidade da pessoa humana resultam quatro importantes consequências:

- a) a igualdade de direitos entre todos os indivíduos (art. 5º, inc. I, CF);
- b) a garantia da independência e autonomia do ser humano, não podendo ser utilizado como instrumento ou objeto;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem;

4 BOGNETTI, Giovanni; COTTA, Sergio; FERRI, Giovanni Battista et al. **Diritti fondamentali dell'uomo**. Roma: Giuffrè, 1977, p. 78-79: “[...] È questo valore della persona umana e il suo modo di essere che è inviolabile; immutabilmente inviolabile perché immutabile è il ruolo che l'uomo svolge in rerum natura [...]”.

5 COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38: “[...] O postulado normativo da dignidade humana opera como meta-norma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas [...]”.

6 HERVADA, J. **Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana**. 2. ed. Pamplona: EUNA, 1993, p. 670: “[...] dignidad inherente a la persona [...] pues inherente significa, algo que es insuperable por naturaleza. Resulta obvio que la dignidad por naturaleza es inherente por naturaleza a la persona humana”.

7 DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115: “[...] O texto constitucional busca assegurar a possibilidade de o indivíduo encontrar meios para promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade [...]”.

8 SPAEMANN, Robert. **Sobre el concepto de dignidad humana**. Pamplona: EUNA, 1998, passim. Acredita que a dignidade da pessoa é universal, é um conceito transcendente e portanto de difícil compreensão conceitual, porque indica uma qualidade indefinível e simples como a liberdade.

d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida (garantia de um patamar existencial mínimo).

Portanto, se da observação do princípio da dignidade da pessoa humana resultam consequências dentro do próprio sistema constitucional, dispensável é reafirmar a importância desse valor como fonte integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro e latino-americano e não apenas dos direitos e garantias fundamentais.

A correta interpretação desse princípio leva à concretização de valores superiores, direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e irrenunciáveis por qualquer ser humano.

Por se tratar de princípio ético, de inquestionável inafastabilidade, é vinculante dos poderes estatais e qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que o contrarie padece de inegável ilegitimidade e deve ser afastada de plano do ordenamento jurídico.

Por fim, deve-se ressaltar que, por força de sua dimensão intersubjetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos com relação a seus semelhantes, isolada ou coletivamente, afetando a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não do sistema constitucional, indiferentemente de estar expresso ou não no ordenamento jurídico.

3. Considerações acerca dos direitos fundamentais sociais

No curso da história, a partir do surgimento do Estado Liberal (séc. XVIII-XIX), foram observadas “dimensões” de direitos que passaram a conviver entre si.

Os primeiros direitos a serem reconhecidos voltavam-se contra a opressão do monarca. Tratou-se, portanto, dos direitos voltados ao valor liberdade, classificados, inicialmente, como direitos negativos, que funcionavam como limites constitucionais ao poder não mais ilimitado do Estado.

Os direitos à liberdade têm dimensão ampla, envolvendo a obtenção de condições materiais (propriedade), espirituais (liberdade de religião) e, ainda, a liberdade de escolha no campo da política como forma de livre manifestação de pensamento e opinião. Assim, diz-se que o Estado deve assegurar as liberdades públicas aos indivíduos através de medidas abstencionistas como a vedação à censura, a não intervenção sobre a propriedade privada.

Como bem sintetizou Paulo Bonavides:

No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos paupável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse⁹.

Estes seriam os chamados direitos de primeira dimensão, tais como a vida, a integridade física, a propriedade privada e a liberdade. Partindo dessa classificação “negativa”, afirma-se que os direitos de liberdade reclamam, para sua plena eficácia, uma abstenção por parte do destinatário da norma, dispensando, portanto, a mediação legislativa e a alocação de recursos, o que é afeto à aplicabilidade dos direitos de 2ª dimensão que exigem uma prestação positiva do Estado, um agir estatal.

Porém a liberdade contemplada no Estado Liberal e a consequente igualdade sempre corresponderam a conceitos meramente formais e não substanciais. Uma liberdade formal que conduzia a uma desigualdade de fato. Essa realidade já visível tornou-se mais evidente a partir do fim da I Grande Guerra Mundial com o contraste observado entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores, como defendido por Karl Marx.

Assim, a liberdade do liberalismo pode ser perversa como o é a liberdade negativa. Logo não era mais sustentável a repetição do postulado de que todos os homens são iguais perante a lei. Exigia-se uma quebra de paradigma com a superação dos clássicos conceitos cultuados desde a Revolução Francesa. A liberdade do liberalismo clássico deveria romper-se, superar-se, alcançando novos conceitos e posições em que os fatores econômicos deveriam ser considerados, a fim de se obter uma igualdade material e não mais formal.

Nesse cenário, surge o Estado Social (Rousseau, Marx) que representou uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. A tese democrática de Rousseau¹⁰ buscava a igualdade entre as classes confiando na conciliação de classes, mediante concessões mútuas, cujo instrumento seria o sufrágio universal. Já os socialistas negavam qualquer possibilidade de conciliação com a burguesia e pregavam a luta de classes, a tomada do poder através da violência.

Nessa linha, e com o florescimento do Estado Social que marcou o século XX, o não intervencionismo cede espaço ao Estado Prestacional, repartidor e distribuidor de riquezas, no qual o compromisso do Estado de garantir uma vida digna está relacionado à outorga de prestações positivas e não ao culto de uma

9 BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

10 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000, passim.

omissão ou abstenção. A necessidade de se proteger e assegurar direitos sociais, através de serviços públicos prestados pelo Estado, fez nascer a nova forma de Estado que foi o Estado social em substituição ao Estado Liberal.

Esta foi a missão idealizada para o Estado Social, ou seja, promover uma distribuição igualitária de direitos sociais, vista sob o ângulo de uma igualdade material.

E, para tanto, o Estado deveria abandonar a sua posição de inércia para garantir as condições mínimas, inclusive materiais, para o pleno exercício dos direitos fundamentais sociais.

O Estado não intervencionista liberal passou a ser intervencionista no cumprimento de uma obrigação constitucional, devendo adotar comportamentos positivos, intervir na dinâmica social, econômica e, conseqüentemente, política, a fim de que todos os direitos formalmente garantidos no sistema constitucional se tornassem direitos efetivamente assegurados na prática constitucional da sociedade¹¹.

Nessa linha de ideias o Estado passou a ser prestador de serviços públicos essenciais, sendo tal tarefa a nova e consagrada função do Estado Social, cujos credores são os indivíduos que compõem a sociedade. Assim, a garantia dos direitos sociais gera prestações positivas para o Estado; direitos impositivos aos Estados estabelecem uma obrigação de atuação positiva (obrigação de fazer).

Por outro lado, o comportamento ativo do Estado na entrega de prestações criou, em relação às massas dos Estados Sociais, uma espécie de patologia social que é o assistencialismo.

Com efeito, a intervenção do Estado, principalmente na consecução dos direitos sociais, reduziu ainda mais a diminuta autonomia material dos indivíduos, principalmente em países pobres. O agir estatal aumentou a dependência do indivíduo em relação às prestações públicas, gerando massas de necessitados, o que enfraquece a democracia.

Explicação para isto pode ser atribuída, de acordo com o pensamento marxista, ao fato de que o Estado Social conserva sua adesão à ordem capitalista, cujo programa não ostenta grandes diferenças em relação aos postulados econômicos e sociais já praticados pelo regime de capitais.

Em síntese, os direitos fundamentais de segunda dimensão compreendem os direitos sociais e econômicos que, tradicionalmente, estão ligados a um conceito positivo de operacionalidade e fruição.

11 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

3.1. Do direito social à saúde

O direito à saúde compreende tanto o direito de estar sadio quanto o de ser tratado e se preparar para a vida profissional (habilitação e reabilitação) e o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer sadio), pelo que as políticas públicas sanitárias merecem especial destaque. No entanto, a efetivação do direito à saúde passa pela disponibilização de ações e serviços de natureza preventiva e curativa das doenças e outros agravos que prejudicam e põem em risco esse direito.

3.2. A saúde como um direito fundamental do homem

A Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o Direito Internacional, incorpora o direito à saúde como bem jurídico digno de tutela jurisdicional, consagrando-a como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria, ou seja, um direito fundamental da pessoa humana oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação sempre que o bem da vida esteja concretamente em risco.

Dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito, a saúde constitui-se como um direito público subjetivo, exigível contra o Estado, posto que seu exercício e efetividade dependem de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas de saúde.

No sistema sanitário brasileiro, a saúde é um direito fundamental do homem, configurando-se em um bem jurídico tutelado através de um conjunto de regras e princípios, destinados a darem eficácia imediata e autoaplicabilidade ao art. 196 da Constituição dirigente, conforme o estatuído no art. 5º, § 1º, da CF/88.

Na ordem jurídico-constitucional, a saúde apresenta fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal do direito à saúde consiste na sua expressão como parte integrante da Constituição escrita, sendo um direito fundamental do homem, uma vez que se situa no ápice do ordenamento jurídico como norma de superior hierarquia. Já, em sentido material, encontra-se ligada à sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, pois não pode haver vida humana digna sem saúde.

Uma questão de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Portanto, é necessário interpretar os direitos sociais de maneira a reconhecer-lhes o conteúdo material que a Constituição confere aos “direitos e garantias individuais”.

A densidade normativa da expressão “direitos e garantias individuais” não abrange apenas o teor material dos direitos de primeira geração, mas se estende por igual aos direitos de segunda dimensão, os direitos sociais.

Dentro do novo Estado Democrático de Direito, delineado pelo art. 1º da Carta Política, a dignidade é um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil. Somente uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito pode fornecer concretude material aos direitos de primeira geração, uma vez que as prestações dos direitos sociais por parte do Estado são as que criarão socialmente as condições para a liberdade concreta e efetiva dos cidadãos para viverem dignamente.

Tomando-se em consideração a teoria do *status* de Jellinek, não é mais possível circunscrever o *status negativus* ao conceito de direitos fundamentais individuais, a exemplo do que fazia a velha corrente liberal, posto que estes não têm somente a qualidade de direitos subjetivos, mas se revestem também da qualidade de direito objetivo, do qual podem decorrer direitos a uma prestação positiva. O *status positivus* é a esfera das exigências, das postulações e das pretensões com que o indivíduo pode exigir do Estado as prestações sociais ao exercício da própria liberdade, criando seus pressupostos materiais e não meramente abstratos e formais.

Pela nova hermenêutica constitucional fundada em diretrizes sistemáticas e na integração e unidade do sistema jurídico, entende-se que não há distinção de grau nem de valor entre os direitos individuais e direitos sociais, uma vez que estes, inserida a saúde, vinculam-se e correlacionam-se ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, servindo-lhe de regra hermenêutica.

As normas definidoras de direitos fundamentais, além de aplicáveis a todos os direitos fundamentais, apresentam caráter de normas-princípios, pois delas podem ser extraídos os efeitos jurídicos necessários para a efetivação do direito à saúde, pois, do contrário, os direitos fundamentais se limitariam a ficar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

Nesse contexto sobre o modo de aplicação dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito, cabe parafrasear a distinção entre regras e princípios, muito bem formulada por Alexy.

Para Alexy,¹² os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas.

12 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, ou seja, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Entende o jurista alemão que o que diferencia basicamente princípios de regras seria o fato de os primeiros serem *razões prima facie*, pois não contêm mandamentos definitivos, enquanto as segundas seriam *razões definitivas*.

Alexy compreende que os princípios jurídicos devem ser aplicados nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), posto que funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos princípios jurídicos.

Para a determinação de um direito fundamental é necessário considerar as condições fáticas e jurídicas sob as quais um princípio precede o outro, pelo que toda precedência principiológica é condicionada, não havendo então princípio dotado de prevalência absoluta.

A estipulação da precedência de um princípio sobre outro apenas pode ser realizada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação e necessidade que tratam das condições fáticas do caso em análise, e de ponderação relativa às condições jurídicas do caso na solução da colisão dos princípios adequados e necessários.

Adotando-se o critério da proporcionalidade e da harmonização dos valores estabelecidos por Alexy¹³ em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o papel da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde é essencial, vez que é a variante elementar do princípio fundamental da pessoa e do respeito à dignidade humana, que é o princípio que norteia e permeia a totalidade de nossa Lei Fundamental e sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua própria humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

O direito à saúde, expresso no art. 196 da CF/88, por ser fundamental à dignidade e à vida da pessoa humana, não pode ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios, objetivos e programas visando à realização dos fins sociais do Estado, posto que frustra e limita o caráter pluralista, dirigente e principiológico da Carta Política, cujo objetivo direciona-se para a concretização de uma justiça social que legitime o Estado Democrático de Direito (art. 3º, da CF/88).

É também autoaplicável, devido à presença em nosso ordenamento jurídico positivo de regras que lhe conferem efetividade, porque, além do texto constitucional que a consagra como direito fundamental, há a legislação infraconstitucional, especialmente a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), que em seu art. 2º, assinala expressamente que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

13 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 157.

No plano normativo constitucional, as normas constitucionais, ao reconhecerem a saúde como direito fundamental do homem, conferem-lhe aplicabilidade imediata, devendo o Estado tomar providências positivas, virtude do que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF/88. Isso significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento, de maneira a possibilitar sua concretização prática segundo os mecanismos constitucionais e os fundamentos teóricos que os subsidiam.

3.3. Direito à saúde como direito subjetivo

O art. 196 da Constituição Federal de 1988, como direito subjetivo, ou melhor, como direito subjetivo positivo, estaria a permitir que um indivíduo acometido por alguma doença grave pode acionar o Estado (entenda-se todas as esferas: União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para obter medicamentos ou tratamento adequado?

No que tange ao direito à saúde, cabe reconhecê-lo como sendo um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana.

É claro que não é a mera positivação do direito à saúde como direito fundamental em nossa Constituição que o identifica como um direito público subjetivo. A positivação de direitos fundamentais é fruto do Estado Liberal, que sabiamente desprezava o tema da eficácia dos direitos sociais e valorizava apenas os direitos de liberdade de fruição imediata.

O que o faz revelar-se como direito subjetivo é a imperatividade da norma constitucional, no que tange à determinação específica de um dever jurídico para alcançar o objetivo da norma, isto é, um dever relacionado ao conteúdo da prestação que é dever do Estado.

E tal dever, se não prestado, pode ser exigido, juridicamente, através de mecanismos processuais, podendo-se citar, como exemplo, os mandados de segurança impetrados para assegurar o fornecimento de medicamentos aos que não tem acesso à rede particular.

Reforce-se que, em casos tais, a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Insta acentuar, por oportuno, que o presente estudo não pretende legitimar ou referendar a banalização de acesso ao Judiciário, de modo meramente

egoístico ou individualista, em detrimento da coletividade; todavia, não há como se descurar do fato de que, a partir do momento em que se enfeixa a dignidade humana como viga-mestra do sistema jurídico, não se pode deixar correr ao largo a concretização de tudo aquilo que se mostra inerente e coerente com sua dicção.

Assim, não há como se descurar que o Judiciário pró-ativo, por óbvio, também encontra limitação de atuação nos ditames do texto constitucional republicano¹⁴, de modo que não se pode confundir complementação de lacunas ou obscuridades com verdadeira criação inovadora de dispositivos, efeitos e contingências que até então não se mostravam presentes no seio do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de manifesta infringência ao conclamado princípio da separação das funções do Poder, plasmado no art. 2º do texto constitucional brasileiro.

Desta feita, e no intuito de que a atuação judicial ativa não ultrapasse os limites e espaços que lhe são inerentes, ou seja, quando se mostra necessária sua autocontenção, mister se faz dar espaço ao princípio da reserva de consistência, cujo vetor está a impedir o juiz, de que instância for, de criar, desenvolver e aplicar preceitos ditos constitucionais que não se encontrem expressamente presentes no bojo da Lei Maior, bem como daquelas que, embora existentes, demandem a elaboração de projetos legislativos de certa complexidade.

Outro mecanismo de suavização da atuação judicial ativa se encontra no direito comparado germânico, mais precisamente na chamada *Appellentscheidung* (apelo ao legislador), no qual o Poder Judiciário notifica e fixa lapso temporal, a fim de que o Poder Legislativo tome as medidas necessárias a uma rápida e eficaz revisão e alteração de uma determinada norma, sob pena de, em assim não agindo, declarar a sua inconstitucionalidade e sua substituição por uma decisão judicial.

De qualquer forma, quadra aqui se fazer uma digressão, posto que quando os assuntos são de interesse da Administração Pública (privatizações, achatamento de salários e vencimentos, empréstimos a banqueiros, etc.) é consabido que não há burocracia no mundo que consiga impedir ou retardar o atingimento do desiderato perseguido, mas, quando o assunto é o cidadão, é a pessoa humana, é o jurisdicionado, a coisa muda totalmente de figura, e cada pequeno obstáculo (quando existente) transmuda-se em enorme “Muralha da China”, impedindo-os de todas as formas de proteger seus direitos e, o que é pior, as suas próprias vidas.

14 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 119: “[...] a necessidade de uma atuação efetiva do Judiciário em prol da materialização das esperanças constitucionais. Cabe ponderar que, por óbvio, o ativismo judicial não será, de per si, panaceia para toda e qualquer violação de direitos existentes na face da terra. Por outro lado, não podem os juízes também, a pretexto de interpretar e efetivar a Constituição, utilizar seus subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional [...]”.

4. Acesso universal à saúde: efetivação do direito, reserva do possível vs mínimo existencial vital

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, conferindo aplicabilidade direta e exequibilidade imediata às normas constitucionais referentes a tal desiderato. Do ponto de vista constitucional, se por um lado não se pode discutir sobre a incontestável proteção/promoção da saúde, por outro não se pode camuflar o flagrante desrespeito à aplicação do art. 196 da CF/88.

A questão da efetividade do direito à saúde passa pela análise da natureza e eficácia de tal direito, no sentido de conferir-lhe ou não caráter de fundamentalidade. O que para nós já foi solucionado: é direito fundamental.

É necessário examinar-se a aplicabilidade imediata do direito à saúde, ou seja, se as normas que conferem esse direito são autoaplicáveis, podendo ser exigida sua aplicação, inclusive judicialmente, com base apenas no texto constitucional; ou se, ao contrário, tais normas só permitem a exigência de determinadas prestações do Estado após sua regulamentação pelo legislador.

Se ao Estado compete assegurar a ordem pública, tutelar a segurança pública e a incolumidade das pessoas, bem como procurar realizar o bem-estar social, possibilitando a igualdade de oportunidade a todos, é necessário que o mesmo seja autorizado pela Constituição, nos estritos termos de suas normas, a regular, quer por conceitos gerais, quer por lei, o exercício dos direitos e autonomias conferidos aos indivíduos e entidades pelas normas constitucionais, cuja eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio socioeconômico, na busca da efetivação do bem comum.

A saúde como direito social constitucionalmente garantido qualifica-se como um direito fundamental que assiste a todas as pessoas como condição ou consequência constitucional indissociável do direito à vida. Como requisito de uma vida digna, a saúde é uma questão de cidadania, de conferir aos cidadãos a possibilidade democrática de uma provável realização desse direito.

O art. 197 da CF/88, ao expressar que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, vincula o Poder Público na promoção das políticas sociais e econômicas para a consecução desse direito.

No plano da organização federativa, a defesa da saúde é dever do Estado, o qual não pode mostrar-se indiferente a esse problema da população, devendo o Estado atuar positivamente na realização desse direito, disponibilizando serviços de saúde, sob pena de grave omissão constitucional.

A fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais de natureza normativa, na esfera organizacional e procedimental.

Por certo, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde somente se efetivam através da adoção de políticas sociais econômicas ao encargo do Estado. Diante da matriz programático-sistêmica do direito à saúde, a concretização dos preceitos constitucionais relativos a ela depende da criação e execução dos programas necessários para a realização da eficácia jurídica e social da Constituição.

Ao que parece, a Constituição, por seu alto sentido político e como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica dos direitos sociais, pretende, com a norma esculpida no art. 5º, § 1º, da CF/88, conferir uma dimensão prestacional do mínimo existencial, objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

O Estado deve atuar, positivamente, na consecução de políticas de saúde que visem à efetivação desse direito, priorizando, dentro do princípio da reserva do possível, as ações e serviços de saúde que o mínimo existencial impõe para a sobrevivência humana.

A outorga de prestações materiais para o atendimento à saúde constitui exigência absoluta para os Estados, notadamente o Estado Brasileiro que inclui, em sua norma maior, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático e princípio norteador da ordem econômica (art. 1º, III; art. 170 CF). O problema, portanto, é saber a dimensão do dever do Estado, ou seja, considerando o limite fático da reserva do possível e o acesso universal igualitário, o Poder Público é devedor de um atendimento global na área de saúde, ou podem ser estabelecidos critérios seletivos para o atendimento, criando-se uma espécie de padrão ou patamar mínimo de prestações materiais destinadas a camadas da população reconhecidamente pobres?

Sarlet¹⁵, seguindo o posicionamento de Canotilho, admite que as prestações devidas possam ser limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana.

Entende-se que a ação exigível é ação indispensável e não toda e qualquer ação supostamente voltada a práticas de políticas sociais que, ao mobilizar recursos, faz periclitar o caráter universal da medida, pois outros necessitados também são credores de tarefas estatais.

A exigência destas prestações, notadamente as que envolvem direitos sociais, são inerentes ao próprio Estado Social de Direito incorporado em nossa Constituição.¹⁶ Mas até onde vai a obrigação dos Poderes Públicos na entrega

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, passim.

16 LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. 4ª reimpr. Madri: Alianza Universidad, 2007, p. 94: “[...] *La confusión entre función y prestación constituye el típico error de las teorías sociales ‘tecnocráticas’, que conceptúan a la sociedad como una especie de receptor de prestaciones, a pesar de los mismos portadores de prestaciones sean también parte de la sociedad [...]*”.

destas prestações? Qual o valor de prestações que pode ser reclamado pelos particulares?

A vinculação a um padrão mínimo corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, formando um núcleo sindicável cuja entrega não pode ser obstaculizada sob o argumento da reserva do possível ou da escassez de recursos financeiros.

O conteúdo deste padrão mínimo também gera problemas de difícil solução, ou seja, o Estado, no caso da saúde, deve financiar a saúde preventiva ou curativa? Ou ambas? O acesso à rede pública de saúde estende-se a todos ou apenas àqueles que demonstrarem situação de pobreza? Como promover o atendimento universal e igualitário? Parece lógico que critérios devem ser formulados e testados pelos Poderes Públicos, considerando, ainda, aspectos regionais e casuísticos para conformar-se a uma melhor justiça distributiva.

Ao defender-se a entrega de prestações sociais para a saúde sob um padrão mínimo, admite-se que tal direito não pode ser encarado como um poder absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado.

O direito à saúde, como posição jurídica a ser tutelada pelo Estado, deve atender ao critério da universalidade, o que vale dizer que sua distribuição, através de ações e serviços, deve ser racional, conformando-se com o próprio art. 196 da Constituição Federal. As limitações fáticas devem conduzir a juízos que permitam que as prestações concedidas pelo Estado sejam passíveis de fruição universal igualitária entre potenciais beneficiários, sem que outros serviços e ações sejam prejudicados.

Ora, gastar demasiadamente em um programa social deixando outros de igual relevância sem reserva orçamentária gera injustiça social da mesma forma, além de contrariar o art. 196 da Constituição Federal. Não se nega aqui a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, tampouco se contesta a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base neste preceito.

Com o exposto não se pretende restringir o âmbito de aplicação deste direito social e, sim, fortalecê-lo, por meio de uma aplicação racional e criteriosa, pois, devemos nos ater que a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los a tal ponto que acabariam sendo amolecidos e descaracterizados. Distribuição ou aplicação racional significa atender o maior número de demandas em um cenário de recursos escassos, o que conduz a ideia de que acesso universal igualitário é acesso do maior número de pessoas ao maior número de prestações limitadas. Como são limitadas, suas distribuições deve ser

racional e dotada de critérios, o que faz retornar a ideia de um padrão mínimo de prestações, devendo-se ponderar¹⁷ caso a caso.

Fazendo a adesão não irrestrita à teoria que admite um padrão mínimo de prestações, cuja definição do conteúdo é complexa, vale um registro sobre o estudo do mínimo existencial dentro do princípio da dignidade da pessoa humana que está intimamente ligado ao direito à vida e o direito à saúde.

Com o até então relatado, pode-se observar que as “desculpas”, ao se tratar da questão dos custos dos direitos sociais, acabam por adotar a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, antes fática e agora também jurídica, para conformar o grau de exigência do particular com os limites prestacionais do Estado que tem reservas orçamentárias finitas para atender demandas sociais quase infinitas.

A garantia do mínimo existencial que o Estado deve assegurar às pessoas, corresponde à íntima vinculação dos direitos sociais com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, aos quais se deve reconhecer eficácia jurídica máxima, mandados de otimização, posto que exercem funções democráticas na definição valorativa do que se convencionou chamar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Neste aspecto, o mínimo existencial vincula o Estado e o particular.

O mínimo existencial é um direito pré-constitucional, não positivado na Carta Magna, mas implícito no art. 3º, inc. III, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, e expresso nas normas que preveem as imunidades tributárias.

Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Esse dilema pode ser revolido pela aplicação dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo de relevo destacar, com suporte na profícua lição de Fernão Borba Franco, que o primeiro postulado “[...] impõe que o exame da norma não seja automático, gramatical, mas que seja um exame de acordo com os princípios e normas constitucionais [...]”¹⁸, ao passo que o segundo vetor, nos dizeres de Walter Claudius Rothenburg, diz respeito ao fato (ato) de “[...] como certas normas devem ser aplicadas; portanto, contém uma determinação aos intérpretes do Direito [...]”¹⁹, ou, em resumo, “[...] visam esses princípios proibir o excesso, servindo para aferir a compatibilidade entre meios

17 A ponderação é a técnica formulada pelo autor germânico, Alexy, para solucionar a colisão que pode ocorrer entre direitos a liberdades e direitos sociais, ou mesmo entre direitos sociais, em suma, entre direitos fundamentais.

18 FRANCO, Fernão Borba. **Processo administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33.

19 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípio da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 292.

e fins para evitar restrições desnecessárias ou abusivas pela Administração contra o particular [...]”²⁰.

Assim, o mínimo existencial seria composto por condições materiais básicas e prestações positivas (sociais) que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade, como a alimentação, o vestuário, a moradia, a saúde preventiva (vacinação) e curativa, e a educação básica.

O reconhecimento do direito às prestações sociais aos cidadãos se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado Social do Direito, ou seja, de estabelecer-se um padrão mínimo em assistência à saúde assegurada pelas normas constitucionais, diante da indisponibilidade dos recursos orçamentários para sua satisfação.

O dilema da implementação do direito à saúde no Brasil encontra-se concentrado não apenas na não alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, como, também, no mau gerenciamento das verbas públicas e na própria inexecução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

Inobstante o caráter dirigente de nossa Constituição, existem várias garantias no que tange ao direito a saúde; contudo, estas garantias não são efetivadas, vez que o Estado não vem atuando positivamente na consecução das políticas necessárias para tanto.

Existem, obviamente, inúmeros fatores burocráticos e econômicos que emperram a efetiva aplicação do direito à saúde no Brasil.

A falta de recursos financeiros é agravada pelo mau gerenciamento das verbas públicas, tendo em vista que a carência de hospitais públicos faz com que o Poder Público recorra à iniciativa privada, contratando os seus serviços para prestarem assistência médico-hospitalar aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Registre-se, ainda, que, não bastassem a insuficiência de recursos públicos e a malversação das verbas públicas, o dilema da efetivação do direito à saúde no Brasil também é agravado pela inexecução dos orçamentos pelos gestores públicos, ou seja, passa por desvios de verbas do SUS e prática de atos de improbidade administrativas dos gestores das verbas relativas.

O argumento dos custos, e a falta de recursos financeiros, dos direitos sociais que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos, deve ser ultrapassado na medida em que recursos podem ser obtidos ou retirados em outras áreas menos essenciais à dignidade do homem²¹.

20 FRANCO, 2008, p. 32.

21 Aliás, esse posicionamento se encontra acolhido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, como bem se verifica pela decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n.º 273.834-4/RS, sendo de relevo, pela importância que apresenta, transcrever-se parte do luzeiro voto subscrito pelo preclaro Ministro Celso de Mello, para quem: “[...] Na realidade, o cumprimento do dever

Assim, deve ser aplicado o vetusto brocado latino *nemo potest venire contra factum proprium*, isto é, ao Estado não é dado se opor a fato que ele mesmo deu causa. É a chamada proibição de comportamento contraditório, cujo postulado está embasado no princípio e na necessidade de tutela da confiança.

O que há é uma enorme deficiência no aparelho arrecadador. Nota-se que, apesar do superávit na arrecadação, o Brasil investe pouco na área de direitos sociais como a saúde pública, que é o direito mais intimamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Acredita-se que, se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”.

Ao se falar em escolhas disjuntivas (o atendimento de uns e o não atendimento de outros por falta de recursos) não há critérios eficazes para alcançar uma solução justa.

Até mesmo o critério da ponderação entre princípios colidentes não se apresenta eficaz em situações disjuntivas, pois este se manifesta em casos concretos determinando o afastamento de um princípio que, naquele caso, apresenta-se menos relevante ou menos gravoso. Porém, tratando-se de direitos de uma mesma grandeza e mesma natureza como o direito à saúde, o relativismo e a ponderação são perigosos, podendo inclusive desencadear a morte para aquele que tiver o direito preterido no caso concreto.

político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue de nossa organização federativa [...]. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput** e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituídos em favor de pessoas carentes [...]. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus do HVI, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar [...]. Nesse contexto, incide sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em ser art. 196, a Constituição da República [...].”

Por outro lado, as escolhas trágicas, que decorrem do problema da escassez de recursos, não são apenas um problema orçamentário. Acrescentam-se a este ponto as decisões ou opções políticas acerca da alocação de recursos para a realização de direitos fundamentais que, muitas vezes, não são prioritários. Registre-se, contudo, a não aceitação de um elenco fechado e previamente definido de prestações que compõem o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se propõe é que o padrão mínimo de prestações, ou mínimo existencial, seja dinâmico em relação à inclusão de outros direitos também relacionados ao exercício de uma vida com dignidade.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana pode assumir importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo da esfera dos direitos sociais.

Além disso, é importante vetor na interpretação constitucional com o propósito de assegurar as condições materiais mínimas de existência. E tais componentes devem ter prioridade nas decisões alocativas e na aplicação dos recursos escassos como forma de maximizar a eficácia dos direitos sociais. Assim, a adesão conservadora à reserva do possível fática deve ser abandonada.

O grau de excepcionalidade é parcialmente útil na medida em que cria para o Poder Público o dever de justificar de forma ostensiva o não atendimento de alguma pretensão social. Mas não é suficiente, pois é perfeitamente possível que o Poder Público obtenha êxito em justificar a omissão, ou seja, o não fazer.

Nesse ponto, entra em cena a intervenção mais agressiva que deve ser adotada pelo Poder Judiciário.

Não se trata aqui de violar o sistema de freios e contrapesos. Se as decisões alocativas envolvem, em geral, vários critérios e escolhas possíveis, através de decisões políticas, cabe ao Poder Judiciário o controle da forma eleita e de eventuais excessos.

Pode-se, ainda, trazer que nada impede o Poder de fazer escolhas, onde gastar os insuficientes recursos públicos. Nesse sentido, tem-se que verificar a possibilidade de relativização da noção de direito subjetivo na esfera dos direitos prestacionais.

As pretensões relacionadas à outorga de prestações materiais não desfrutam da mesma força jurídica de outras pretensões voltadas a direitos fundamentais não prestacionais.

O custo dos direitos sociais e a reserva do possível são aspectos que, efetivamente, relativizam o dever jurídico correlato do Estado no atendimento aos direitos prestacionais, mas não elidem (e nem podem elidir), por completo, este dever, pelas razões já colocadas sobre a conceituação dos direitos subjetivos.

Consoante já apresentado, o acesso universal igualitário à saúde ajusta-se com o padrão mínimo de prestações, devendo ser observados critérios racionais de aplicação.

No caso dos não reconhecidamente pobres, as prestações de saúde podem ser suportadas pelo próprio particular em estabelecimentos privados; eis que a saúde é dever de todos e não exclusivamente do Estado que a descentralizou, estando livre a iniciativa privada (art. 199, CF/88).

Tais critérios, como sugestão, podem abranger a realização de atendimentos ou procedimentos médicos em estabelecimentos nacionais ligados ao Sistema Único de Saúde, com medicamentos genéricos ou de custo menos elevado, de eficácia comprovada, atuando, prioritariamente, na prevenção de doenças e combate aos fatores de risco, com destinação exclusiva aos reconhecidamente pobres.

Por fim, não se pode admitir que o direito à saúde, enquanto um direito fundamental social, deixe de efetivar-se pela inércia da atuação estatal diante da insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais ou pela incompetência gerencial dos agentes públicos.

5. Conclusão

Não se pode negar que, atualmente e principalmente em países que enfrentam grandes e graves problemas sociais, como no caso brasileiro, o papel do Estado não poderá ser relegado ao de mero espectador dos acontecimentos, fiando-se, para isso, meramente na concessão, aos seus cidadãos, da chamada igualdade formal, ou seja, na premissa de que, do ponto de vista abstrato, genérico e frio dos textos normativos existentes, todos são iguais, sem qualquer espécie de distinção ou discriminação.

É preciso intervir.

Necessário se faz, assim, que a isonomia atinja um patamar mínimo de materialidade e substancialidade.

De fato, dispõe o artigo 196 da Constituição Federal que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O princípio programático estampado no dispositivo basilar de regência nada mais é do que uma correta aplicação do quanto positivado no inc. III do art. 1º da Constituição Federal, o qual trata da proteção da dignidade da pessoa humana, proteção esta que, obrigatoriamente, passa pelo acesso total e irrestrito dos cidadãos brasileiros a um sistema de saúde qualificado, que atenda realmente as necessidades e os anseios da sociedade brasileira.

O direito fundamental à saúde, bem como o acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, faz parte do chamado mínimo vital, tendo prevalência, assim, sobre a reserva do possível.

Pelo visto anteriormente, tais situações se coadunam com a natureza e com a extensão protetiva e de aplicabilidade imediata; eis que apresentam caráter prestacional de dimensão subjetiva forte, razão pela qual, em tais hipóteses, é plenamente cabível a intervenção judicial positiva quando a omissão estatal na sua consecução se fizer presente.

Reforce-se que, em casos que tais, a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Não se nega que a adoção de políticas públicas não se apresenta como algo de fácil implantação e que tenha o condão de produzir todos os seus efeitos de uma hora para outra, mas não se pode deslembrar que tais se constituem em dever do Estado, na exata medida em que se convertem em valioso e indispensável instrumento de mitigação das desigualdades materiais apresentadas em nossa sociedade, emergindo, daí, que tem o Estado a inafastável e fundamental obrigação de prover o mínimo existencial do cidadão, não podendo, para se eximir de tal mister, invocar a doutrina da reserva do possível, cabendo, repita-se, ao Judiciário a total liberdade de corrigir referida distorção.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Maria Lúcia de Paulo Oliveira e Regina Quaresma (Coords.). **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. reimpr. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

- _____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- BOGNETTI, Giovanni; et al. **Diritti fondamentali Dell'uomo**. Roma: Giuffrè, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao estado social**. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **I Diritti presi Sul serio**. Bologna: Mulino, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. 1 vol.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.
- HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HERVADA, J. **Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana**. 2. ed. Pamplona: EUNA, 1993.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril, 2002.
- _____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, s.d.
- KRELL, Andrés J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. 4ª reimpr. Madri: Alianza Universidad, 2007.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

- MEIRELES, Ana C. C. **A eficácia dos direitos** Sociais. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Jurídica, 2004.
- SANTOS, Jorge Costa. **Bem-estar social e decisão financeira**. Coimbra: Almedina, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 3 vol.
- _____. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- ZOLLINGER, Márcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006.

Artigo recebido em 24/07/09

Aceito para publicação em 26/11/09

RESENHA

RESENHA

Lourival José de Oliveira*

*Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP, professor do Programa de Mestrado e de Graduação em Direito da UNIMAR – Marília-SP.

A obra:

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**. São Paulo: LTr, 2005.

A autora:

Dinaura Godinho Pimentel Gomes é Juíza do Trabalho, doutora em Direito pela Universidade de Roma La Sapienza, pós-doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora Universitária.

A presente obra em análise trata-se do resultado dos seus estudos de pós-doutorado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sendo que na sua vida acadêmica já foi autora de outras obras e artigos voltados ao Direito do Trabalho.

Apresentação da obra e do seu conteúdo

O livro traz como centro das atenções o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o enfoque do Direito do Trabalho, com um cuidadoso estudo constitucional e filosófico. Permeia do início ao fim da sua obra o estudo acurado dos direitos fundamentais, fazendo-se um apanhado da evolução do seu conceito e do seu âmbito de abrangência, tomando grande realce o papel do Estado, no sentido de agente imprescindível para garantia da efetivação desses direitos, privilegiando a necessidade de atender a dinâmica por que passa o mundo do trabalho, onde os ideários desenvolvimentistas podem levar “à deterioração da qualidade de vida humana”.

Para tanto, a autora lança algumas afirmativas bem construídas. Dentre elas, vale ser citadas: a necessidade da implementação dos direitos humanos como uma unidade indivisível, o que requer a sua realização de uma forma universalizada e integrativa entre o ordenamento jurídico internacional e interno de cada Estado; a preocupação com o processo de globalização, que por diversas vezes situa o conceito de democracia como fundamento para a economia de mercado,

esquecendo-se dos direitos sociais, sendo que na verdade, a internacionalização do sistema produtivo deveria gerar uma preocupação maior com a garantia das condições mínimas de vida; a afirmação de que o Estado Democrático de Direito repousa na atualidade sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo seu valor supremo a ser perseguido e não a pura eficiência produtiva; a construção de uma autêntica atuação sindical, em sintonia com políticas públicas de combate ao desemprego, à violência e à pobreza principalmente, e, que sem a prevalência dos valores sociais do trabalho não é possível construir uma sociedade com padrões mínimos de dignidade.

A obra em análise ganha distinção pela forma como a autora permeia o estudo constitucional com fundamentos e ou citações bíblicas, como acontece, por exemplo, na página 74, onde se refere ao livro Deuteronômio, 24,14, quando analisa os processos de conquistas sociais, seguindo-se um estudo evolutivo, com crítica ao Estado Liberal, fazendo citações de Karl Marx e Friedrich Engels, no tocante ao crescimento e concentração do mercado, o que em princípio pareceria algo em contradição, mas que se assenta como uma luva no decorrer do seu texto.

Da metade em diante de sua obra, a autora, no Capítulo 4, enfrenta o mais duro tema, que se trata de compatibilizar o desenvolvimento social e a preservação da empresa diante de um mundo globalizado. A introdução das novas tecnologias, a necessidade de redução de custos, a construção do novo formato de empregado, tudo isso sob a necessidade de ter que fazer prevalecer a dignidade no trabalho, sabendo-se que desses processos da nova rotina empresarial mundial, a tendência é produzir um trabalho fragmentado e muitas vezes desvalorizado. Destaca-se aqui o novo papel que a empresa deve assumir, na condição de instituição, assumindo espaços que antes não lhe pertencia, levando-se em conta a redução havida por parte do Estado.

Lembra a autora, que diante deste contexto, é importante impor e garantir o chamado critério de “subordinação jurídica”, por conta que se assim não for, grande parte da sociedade estará alijada dos direitos sociais, realçando por fim a grande importância que tem o Direito do Trabalho, sem o qual a produção estaria voltada apenas e tão somente para a construção e aumento dos lucros. Também, a necessidade de abranger juridicamente outras formas de prestação de serviço, que acabam surgindo por conta desse novo processo de gestão empresarial.

A autora não deixa de alinhar questões como a participação dos trabalhadores na gestão empresarial enquanto uma das formas de se tentar efetivar a democratização nas relações de trabalho e com isso trazer para o conceito de empresa a versão institucional, que segundo ela, deve ser apreendida em todas as suas formas, criando-se fins comuns para todos os que participam do núcleo empresarial. Também, a importância da negociação coletiva de trabalho neste

processo de democratização empresarial, o que exige uma maior maturidade por parte dos participantes deste processo.

A obra da Doutora Dinaura Godinho Pimentel Gomes é recomendável principalmente para os que estão se pós-graduando, não importando que se trate de alunos que estejam desenvolvendo suas pesquisas em outras áreas do direito, mesmo porque, trata-se de uma valiosa análise dos direitos fundamentais, trazendo de forma translúcida o seu delineamento, o que significa uma maior facilidade em sua compreensão e aplicação, sem contar a riqueza da bibliografia citada.

Para os que labutam no Direito do Trabalho, a obra servirá como marco inicial para o desenvolvimento de outras pesquisas que devem se seguir, como por exemplo, o aprimoramento dos processos de negociação coletiva do trabalho em um meio globalizado, o aperfeiçoamento das formas de solução de conflitos do trabalho, o estudo crítico do Estado e o seu papel no mercado de trabalho, as variadas formas de internalizar os preceitos internacionais sobre a proteção ao trabalho humano, e, a própria postura do Estado Brasileiro diante da fúria neoliberal, muito embora a crise econômica mundial iniciada em 2008 tenha demonstrado a necessidade do aprimoramento da função reguladora do Estado sob o mercado econômico.

Neste último caso, a obra analisada, no seu conjunto, aponta para a necessidade de um estudo crítico da postura atual do Estado Brasileiro para a construção de um novo pensamento sobre as políticas públicas que se encontram em aplicação neste momento, e, considerando o aspecto indivisível dos direitos sociais, pode-se caminhar para a construção de uma proposta de integração das várias ações do Estado na proteção do meio ambiente, da adoção de incentivos fiscais e econômicos, no atendimento à seguridade social e aperfeiçoamento das proteções voltadas ao trabalhador, como requisito básico para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

(Agosto de 2009)

Comentário sobre o Caso de Recompensa Internacional: STJ, Ro nº 39, de 6 de outubro de 2005

.....
Nelise Dias Vieira*

* Especialista em Direito Público (2007) e Mestranda em Direito pela PUC-RS
- Bolsista do CNPq

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RO 39/MG Recurso Ordinário
2004/0088522-2, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Órgão Julgador:
T4 - QUARTA TURMA,
Data do Julgamento: 06/10/2005, Data da Publicação/Fonte: DJ 06/03/2006
p. 387, RDR vol. 40 p. 452

EMENTA: PROCESSO CIVIL E INTERNACIONAL - RECURSO ORDINÁRIO - COMPETÊNCIA DO STJ - ESTADO ESTRANGEIRO - PROMESSA DE RECOMPENSA - CIDADÃO BRASILEIRO - PARANORMALIDADE - AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO AO RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO - COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA JUSTIÇA BRASILEIRA - IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA - CITAÇÃO/NOTIFICAÇÃO DO ESTADO RÉU - NECESSIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - AFASTAMENTO - RECURSO PROVIDO.

Um senhor instaurou processo na Justiça Federal de Minas Gerais, a fim de receber recompensa de promessa internacionalmente pública. O juiz da primeira instância extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Inconformada, a parte recorreu, através de Recurso Ordinário, ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, II, “c”).

O Informativo n. 263 do STJ, período de 3 a 7 de outubro de 2005, noticiou que o recorrente buscava receber recompensa prometida pelo Estado estrangeiro para quem informasse o paradeiro de conhecido ditador. Alegava que, anteriormente a captura do ditador, remeteu várias cartas a diversas autoridades estrangeiras contendo a futura localização de seu esconderijo, informação obtida mediante sonhos premonitórios.

No caso específico, do promitente ser um Estado soberano¹, ao propor estará desempenhando declaração unilateral de vontade sujeita às normas do direito internacional privado, principalmente se a promessa de recompensa for dirigida ao público em geral. O direito internacional privado resolve os conflitos de leis no espaço referente ao direito privado, ou seja determina o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional². A doutrina mais moderna inclui as normas de direito processual civil internacional, em virtude do vínculo estreito existente, no objeto do direito internacional privado³.

Diante disso, caberia primeiro, precisar a natureza jurídica dessa promessa. Trata-se de declaração unilateral de vontade (obrigação de fazer), manifestada em circunstâncias legalmente autorizadas, constituída no momento em que se torna pública a oferta da gratificação ao executor de ato ou serviço almejado, quando se dá a vinculação do proponente perante a sociedade⁴. O efeito da vontade declarada na conformidade da ordem jurídica é vincular o agente. Não é uma mera promessa de contrato. É uma obrigação já definida pela declaração unilateral de vontade e pode ser exigida⁵. César Fiuza a entende como uma declaração *sui generis*, ou seja única, endereçada a qualquer pessoa disposta a cumprir a tarefa anunciada⁶. Caio Mário da Silva Pereira esclarece que tal caráter *sui generis* deve-se ao fato de ser endereçada a qualquer anônimo⁷. É, portanto, dirigida a todos⁸. É uma afirmação do princípio da autonomia da vontade⁹, pois independe de qualquer anuência e gera uma obrigação imediata para o declarante¹⁰.

Em 2003, a recompensa pelo ditador estava estimada em 25 milhões de dólares morto ou vivo. Este era o valor mais alto ofertado pelo Estado promitente, os Estados Unidos da América, em seu combate contra o terrorismo. Em 2008, é interessante observar que a mesma quantia é oferecida por *Usama bin Laden* e *Ayman al-Zawahiri*¹¹. O recorrente só pretendeu a recompensa por informações do

1 Aprofundamento do tema soberania em: FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

2 RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

3 Ibidem. p. 35.

4 STJ, Informativo n. 263 de 2005.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 535.

6 FIUZA, César. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 669.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 536.

8 MIRANDA, Pontes de. **Da promessa de recompensa**, atualizada por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2001, p. 26.

9 Sobre as duas formas da autonomia de vontade, liberdade de contratar e liberdade contratual, adota-se a explicação de Arnaldo Wald ao definir que liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. Para explicação mais profunda ver: WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190 ss.

10 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 606-7. 3v.

11 Cf. Lista dos Terroristas mais Procurados, disponível em: <http://www.rewardsforjustice.net/> Acesso em 25 nov. 2008.

paradeiro do ditador, não incluída a quantia por informações dos filhos do mesmo, constante na mesma promessa. Esta requeria informações sobre o paradeiro do ditador para sua captura ou confirmação de sua morte.

A relação do direito civil brasileiro com os outros países, em termos materiais, é regida pela Lei de Introdução ao Código Civil - LICC (Decreto-lei n. 4657 de 4 de setembro de 1942)¹². Especificamente, a LICC, no artigo 9º, parágrafo 2º estabelece que a obrigação reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. O Código de Processo Civil Brasileiro reconhece a competência internacional da jurisdição brasileira nos artigos 88 e 89. Particularmente, em relação as obrigações, disciplina que a jurisdição brasileira será competente se a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil (CPC, art. 88, II e LICC, art. 12). Todavia será também competente se o réu for domiciliado no Brasil (CPC, art. 88, I e LICC, art. 12) ou se a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil (CPC, art. 88, III).

No caso em análise mostra-se sem influência, no direito interno brasileiro, a posterior declaração volitiva do executor, pois, da execução, nasce apenas a pretensão referente ao recebimento da gratificação. Tem-se, para fins da determinação da competência, que é aplicável, por analogia, o art. 9º, § 2º, da LICC (DL n. 4.657/1942), ao reputar-se concluído o negócio no local onde foi divulgada a vontade de aquele Estado obrigar-se, no caso, em solo estrangeiro¹³. Afinal, a publicidade deu-se por meios como televisão e internet e as informações foram prestadas, por carta registrada, a Embaixada dos Estados Unidos no Brasil, bem como enviadas outras cartas, sem registro¹⁴, para o país de origem da proposta.

O Código Civil de 2002, no final do artigo 854, estabelece que a promessa de recompensa é fonte de obrigação. Dessa forma, a lapso temporal do vínculo obrigacional inicia-se quando a promessa se torna pública, mas o direito nasce apenas quando alguém satisfaz o requisito por ela exigido¹⁵. Seu término ordinário seria o adimplemento da recompensa após o cumprimento do exigido; entretanto, a autonomia de vontade do promitente pode produzir outro efeito¹⁶, em conformidade com os limites legais¹⁷.

12 ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95-98.

13 STJ, Informativo n. 263 de 2005.

14 Relatório do Acórdão Ro n. 39-MG, Inteiro Teor, DJ 6/03/2006. p. 4, disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 25 nov. 2008.

15 Ibidem. p. 608.

16 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, São Paulo: Edições Saraiva, 1959, p. 410.

17 Sobre limites e restrições, embora se posicionem em relação aos direito fundamentais, ver: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. capítulo VIII e ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008. capítulo VI.

O Tribunal entendeu que ficava afastada a aplicação do art. 88, II, do CPC, em razão da natureza de dívida. Contudo, comportaria, também, ter por incidente o art. 88, III, do CPC, visto que a ação teve origem no fato da remessa de cartas feitas em território nacional, portanto, a competência seria concorrente¹⁸ entre as justiças brasileira e estrangeira¹⁹.

Por outro lado, não se pode desprezar a existência, por força de regra assente de direito consuetudinário internacional público, da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro, princípio que, na atualidade, vem sofrendo relativização. Note-se que não existe ainda tratado firmado consensualmente pela comunidade internacional acerca dos exatos limites da relativização, do que se deduz sua aplicação de forma casuística.

O voto do Ministro Relator Jorge Scartezini fundamenta com riqueza de detalhes o caso e os preceitos doutrinários e precedentes jurisprudenciais do Tribunal em reconhecer a relativização da imunidade de jurisdição²⁰. Foi adotado o critério de distinção entre atos de gestão ou de império e mesmo critério normativo, pela comparação das práticas jurisprudencial e costumeiras, adotadas em diversas nações quanto à exclusão daquele privilégio (ações imobiliárias ou sucessórias, lides comerciais, trabalhistas ou referentes à responsabilidade civil extracontratual), ou análise da esparsa legislação nacional.

Não há como excluir a incidência da imunidade à hipótese, pois a promessa de recompensa em questão traduzia-se como verdadeira expressão da soberania estatal, despida de índole negocial. Quanto ao privilégio da imunidade de execução (de bens de propriedade do Estado estrangeiro, eventualmente localizados no país), essa também se mostra presente no caso²¹. Acrescenta-se a isso que um diálogo comparativo com a legislação norte-americana sobre execução, seria inviável porque a legislação sobre a matéria é de competência estadual²².

Ocorre, porém, que era possível se dar a prerrogativa soberana do Estado estrangeiro de renúncia às referidas imunidades. Essa renúncia deve ser expressa e, caso haja silêncio do demandado, há que o interpretar como afirmação ou exercício dessas imunidades. Dessa maneira, o STJ determinou a citação do promitente e o seguimento do processo para pronunciamento do Estado Soberano em 6 de outubro de 2005, data do julgamento.

Retornados os autos ao juízo a quo, efetuou-se a citação dos Estados Unidos à sua embaixada no Brasil. Não houve nenhuma resposta em retorno.

18 BRASIL, **Código de Processo Civil Anotado**, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia, 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

19 STJ, **Informativo** n. 263 de 2005.

20 Voto do Relator do Acórdão Ro n. 39-MG, Inteiro Teor, DJ 6/03/2006. p. 7 ss., disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 25 nov. 2008.

21 STJ, **Informativo** n. 263, 2005.

22 GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 93 ss.

Não restam, pois, alternativas internacionais, porque Brasil²³ e Estados Unidos²⁴ não se submetem a nenhuma corte internacional competente para solucionar este tipo de questão em última instância. Afinal, é da essência do direito internacional privado somente indicar a legislação aplicável ao caso concreto. Então, em 2007, o processo foi arquivado devido ao silêncio do país promitente.

Não há, portanto, garantia jurídica eficaz para o executante de promessa de recompensa com conexão internacional. Embora a confiabilidade da informação devido a fonte paranormal possa ser discutível no âmbito científico atual, o relevante na configuração do direito interno brasileiro foi se a prestação da informação que levou ou expôs o local da captura em 2003 deveria resultar em adimplemento da recompensa ao executante.

Os negócios unilaterais, segundo Pontes de Miranda, não atingem de modo algum a esfera de um terceiro, salvo para lhes dar direito, pretensão ou exceção. Ressalta também que o caráter de unilateralidade corresponde a um exame de composição e não de eficácia²⁵, ou seja, diz respeito a estrutura obrigacional constitutiva do negócio e não é sua possibilidade de efetividade. A explicação técnica sobre os negócios unilaterais não comportarem a possibilidade de efetividade desestimula seu caráter de execução internacional. Essas são as questões da contemporaneidade e o desafio jurídico de convivência material e jurisdicional nas matérias de direito privado: a busca pela efetividade e/ou pela justificativa internacional de não cumprimento de obrigação, em tese, devida. A forma jurídica e a substância dos atos estão em constante relação. Entretanto, a criatividade das situações fáticas com conexão internacional supera a disciplina da legislação vigente e a jurisdição brasileira gradualmente vai estabelecendo suas relações com as matérias de direito nacional com elementos transnacionais.

A complexidade global não irá poupar as relações de matérias privadas, pois a sociedade internacional se faz cada vez mais presente no dia a dia jurídico. O direito brasileiro terá de ser dinâmico para acompanhar o ritmo alucinante dos fatos globais.

Elaborado em 28 de agosto de 2009.

23 O Brasil se submete a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ao Tribunal Penal Internacional.

24 Os Estados Unidos da América, até o presente momento, não se submetem ou reconhecem nenhum jurisdição internacional coercitiva.

25 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2004, p. 31, 31 v.

ENTREVISTA

ENTREVISTA COM O DR. MAURO CAMPBELL MARQUES MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIGITALIZAÇÃO É SAÍDA PARA ACELERAR PROCESSOS

Investimento em tecnologia pode dar celeridade à Justiça; segundo magistrado, poder está tentando barrar criação de novos tributos.

São tantos impostos, contribuições e tributos que não há nem mesmo consenso sobre o número exato deles. Setores técnicos do governo afirmam que são 75, enquanto organizações não governamentais (ONGs) dizem que já passaram de 81. De qualquer maneira, o Brasil é o país que mais tira contribuições do povo. Hoje, os impostos representam 36% do Produto Interno Bruto (PIB). Em 1997, representavam 27,8%. Segundo cálculos do Instituto de Direito Tributário de Londrina (IDTL), somados aos impostos cobrados nos produtos que consome, o brasileiro deixa 48% do salário para os cofres da União.

O Poder Judiciário vem tentando participar e barrar projetos que venham a criar novos impostos. Uma batalha difícil que está contando agora com uma ajuda virtual: a digitalização de processos que tramitam lentamente na Justiça. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tomou a frente e já contabiliza 171 mil processos arquivados em computadores e já liberados para consulta de qualquer interessado.

Para o ministro do STJ Mauro Campbell Marques, a digitalização dos processos está provocando uma revolução no órgão. Em salas onde trabalham 240 deficientes auditivos, estrategicamente selecionados porque conseguem produção e qualidade 30% maior que a média dos trabalhadores no setor, 200 escâneres funcionam sem parar, recebendo todos os processos despachados aos ministros.

“Antes, um processo demorava até nove meses para sair de um tribunal para chegar ao gabinete do ministro. Agora, demora três minutos. Atualmente, graças ao processo de digitalização, são pautados cerca de 500 processos para serem julgados nos dias de plenária”, afirmou Marques, reforçando que a celeridade vai ajudar o povo a cobrar judicialmente o maior réu do País. Confirma mais na entrevista.

O STJ foi o precursor do projeto que visa digitalizar todos os processos judiciais que lá chegam. Quanto já foi gasto até agora?

De janeiro até novembro todas as despesas somaram R\$ 2,5 milhões para que 171 mil recursos fossem digitalizados. Tudo que chega ao Superior Tribunal passa pelo sistema. Cada processo judicial demora oito dias para ser digitalizado.

Essas despesas devem diminuir com o tempo?

A tendência é uma queda vertiginosa desses custos. Por exemplo, a Justiça de São Paulo gasta com os Correios cerca de R\$ 6,5 milhões por mês para encaminhar processos. Quando aderir ao nosso projeto e passar a digitalizar todo o acervo, não deverá gastar mais que isso de uma só vez. O STJ gasta, por ano, R\$ 20 milhões com os Correios e isso tende a diminuir. Imagine esse dinheiro convertido em novas varas judiciais, novas estruturas. Temos que acabar com a mania de aumentar quadro de servidores. A informatização vem para contrapor-se a isso: o funcionário, hoje, deve otimizar o trabalho e seguir o sistema e critérios para que tudo flua corretamente.

O resultado será maior agilidade nos julgamentos?

Antes, as pessoas esquentavam a cadeira horas e horas em um tribunal, querendo apenas obter informação de um processo que é público. Hoje você pode, desde que tenha a certificação digital do STJ, ter informações que eram supostamente privilégio do Judiciário. Isso pode soar com uma conotação política, mas é de política pública. Não creio que exista algum juiz ou tribunal que queira ficar à margem de um processo que permitirá que o cidadão tenha orgulho do trabalho da magistratura deste país.

No final de novembro foi aprovada uma proposta na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal que afirma: criação ou aumento de tributos agora só por meio de lei complementar, isto é, com maioria absoluta na Câmara e no Senado.

Esta medida deve ajudar a breçar o aumento do número de tributos?

Isso nada mais é senão reafirmar o princípio da legalidade. É uma matéria que debatemos constantemente no STJ. O Estado tem o contribuinte como responsável para fechar o caixa. O Estado não pode buscar no contribuinte a solução de suas mazelas ou de sua incompetência na gestão do sistema tributário. A cada episódio e a cada crise, uma lei nova. Isso não vale em nenhum ramo do Direito.

Ainda falando sobre impostos, no último dia 30 venceu o prazo de negociação dado pela União aos contribuintes que não conseguem ou não querem pagar o que devem.

O que o senhor acha disso?

Para o STJ é preocupante. Ao mesmo tempo em que nós louvamos a atitude de que haja a renegociação da dívida, nós estamos premiando o sonegador e punindo aquele que cumpriu com seu dever. Para O STJ, isso é prenúncio de uma avalanche de recursos para ver quem entrou e quem foi barrado nesta negociação. Isso demonstra que não temos uma sistematização tributária no País.

E o Poder Judiciário pode fazer algo sobre as decisões governamentais, já que é o Executivo que define a criação e é o Legislativo que aprova ou não um novo imposto?

É uma situação curiosa porque somos chamados para participar de diversas discussões de ordem legal pelos outros poderes, mas, curiosamente, não somos chamados em situações como esta. Como é sabido, municípios, Estados e União são nossos maiores clientes, aqueles que mais aparecem nos processos do STJ. Com a informatização processual, quem com certeza mais ganhará é a população. E quem deve estar mais preocupado é o Estado como um todo porque ele finalmente será compelido a comparecer à corte em pé de igualdade com o cidadão comum.

Emerson Dias

(Especial para Folha)

(FOLHA DE LONDRINA – Edição de 13 dez. 2009

Seção FOLHA OPINIÃO)

RESUMO DA DISSERTAÇÃO DEFENDIDA EM 2009

TÍTULO: GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS INDUSTRIAIS E URBANOS: EFICÁCIA NORMATIVA PARA OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

.....
MESTRANDA: MELCE MIRANDA RODRIGUES

RESUMO: O ciclo natural de absorção dos resíduos sólidos pelo meio ambiente foi interrompido pela alta extração de matérias-primas, processadas pela grande industrialização e pela alta concentração da população nas cidades, uma vez que ambas geram quantidades altíssimas de resíduos, seja pela produção e/ou pelo consumo, trazendo impactos econômicos e ambientais. Essa situação remete os setores de produção e manipulação dos resíduos sólidos industriais e urbanos a adotarem posturas éticas de contribuição para o desenvolvimento econômico com responsabilidade ambiental. Desta forma, o objeto geral deste estudo é demonstrar a necessidade de preservar o meio ambiente e que é possível fazê-lo com desenvolvimento econômico, porém é imprescindível a contribuição dos setores público e privado, especificamente no que diz respeito à gestão dos Resíduos Sólidos. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, tanto na área do direito, como na área da gestão ambiental. A Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela Constituição Federal por meio de seus instrumentos de comando e controle, objetiva o equilíbrio ecológico. O Poder Público legisla, editando leis ambientais para limitação e penalização pelo descumprimento das medidas que visam à redução de impactos ambientais. A edição das normas, tem por escopo mitigar os danos ambientais que os resíduos gerenciados ou dispostos de forma inadequada possam causar. A gestão ambiental, por sua vez, busca soluções para os problemas ambientais, ou sua minimização, exigindo novas atitudes da sociedade civil, setor público e privado, visando à sustentabilidade do planeta. Como resultados específicos da gestão de resíduos sólidos, constatou-se que o setor privado utiliza práticas de gestão ambiental, adequando-se a procedimentos que atendam à legislação e implantando políticas internas com objetivos de gerenciar os resíduos sólidos industriais provenientes de suas atividades. É responsabilidade das empresas do setor privado o gerenciamento dos resíduos industriais, assim como cabe à administração municipal a responsabilidade quanto à limpeza, coleta e disposição final dos resíduos sólidos urbanos. No entanto, o que ocorre é que

a responsabilidade municipal quanto à coleta e disposição final dos resíduos em aterros sanitários não se verifica de maneira sequer razoável. Constatou-se também que as empresas do setor privado, geralmente, seguem as normas estabelecidas, pois, caso contrário, sofrem punições, além da cobrança do mercado consumidor que exige atitudes responsáveis. Porém, para o setor público, as punições não são eficazes. Ademais, para que a legislação seja cumprida, são necessárias medidas drásticas, como impetração de Ação Civil Pública ou Ação Popular, para coibir e ou reprimir ações como disposição de resíduos sólidos urbanos em locais inadequados, como lixões. Finalmente, a ausência de uma Política Nacional de Resíduos Sólidos faz aumentar os problemas existentes quanto a coleta, destinação e tratamento dos resíduos.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Resíduos Sólidos Industriais e Urbanos.

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

1 - OBJETIVOS:

O Programa de Mestrado em Direito tem por meta realizar os seguintes objetivos:

– Qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão para captar a complexidade e dinâmica do fenômeno jurídico;

– Concentrar a investigação científica a partir dos núcleos temáticos contidos na área de concentração e especificados nas linhas de pesquisa contemplando a articulação interdisciplinar;

– Gerar mudanças capazes de oportunizar a atuação do profissional do direito no ensino jurídico contemporâneo, face às tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;

– Implementar e divulgar o conhecimento científico, cultural e tecnológico, gerado no programa, dando prioridade à produção científica e consequente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

2 - ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:

EMPREENHIMENTOS ECONÔMICOS, DESENVOLVIMENTO E MUDANÇA SOCIAL

3 - LINHAS DE PESQUISAS:

A linha de pesquisa tem por escopo proporcionar as condições necessárias à reflexão da temática que comanda o programa, a partir de sua área de concentração.

Linha de Pesquisa 1 – *Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais*

Esta linha abarca as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira.

Linha de Pesquisa 2 – *Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas*

A segunda linha de pesquisa está vocacionada à cobertura do segundo vértice que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e a Empresa.

4 - DURAÇÃO DO CURSO: 24 meses.

5 - NÚMERO DE VAGAS: 25

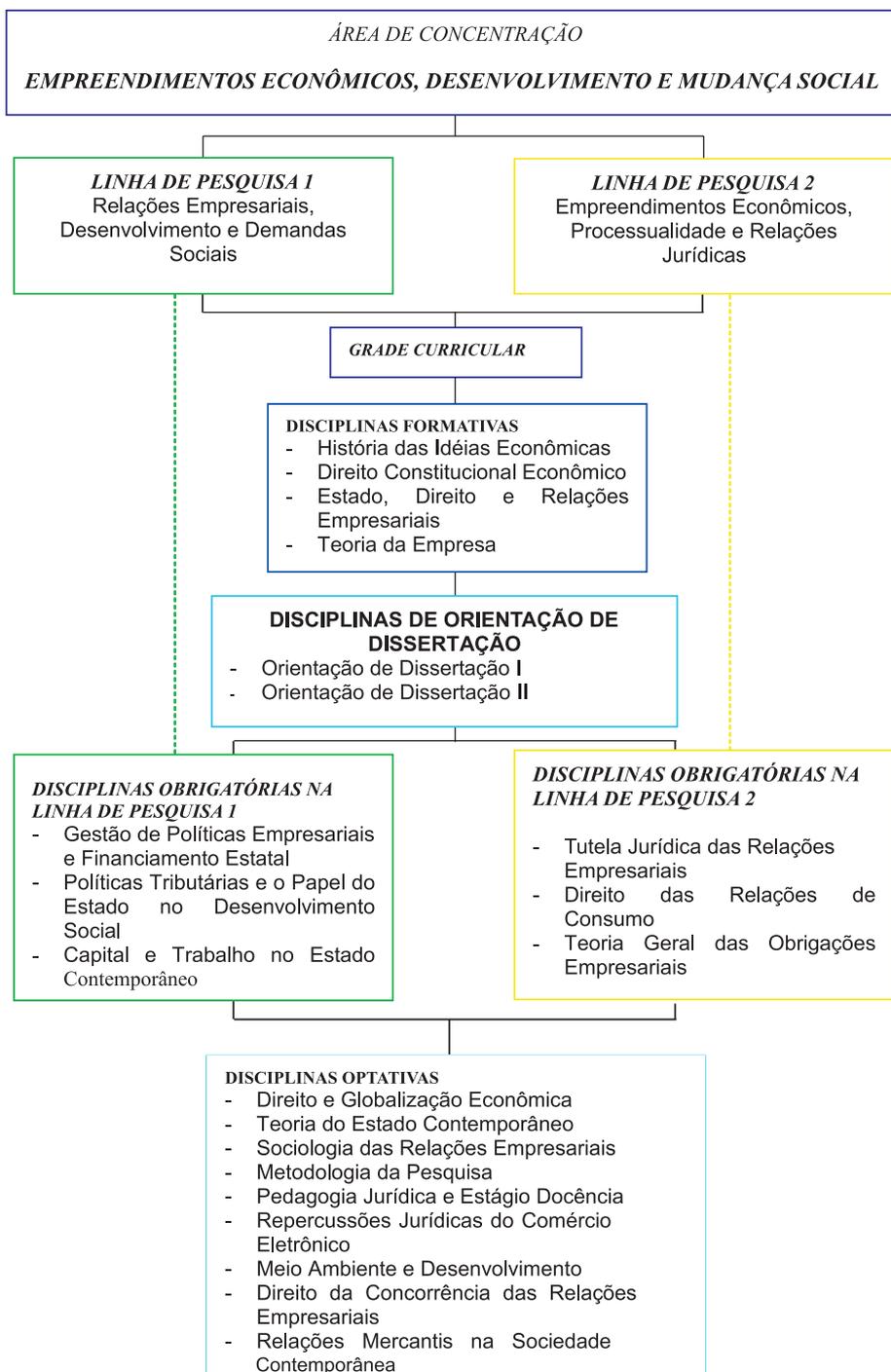
6 - OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE:

Para concessão do título de Mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar e ser aprovado no Exame de Qualificação e no Exame de Proficiência em uma das seguintes Línguas Estrangeiras: Inglês e Espanhol e Italiano. Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado realizada de acordo com as normas regimentais.

7 - SITUAÇÃO INSTITUCIONAL:

Curso recomendado pela CAPES/MEC.

8 – ORGANIZAÇÃO CURRICULAR:



9 - CORPO DOCENTE PERMANENTE

Profa. Dra. Adriana Migliorini Kieckhöfer - Doutora em Engenharia da Produção - UFSC-SC - Área de concentração: Gestão Ambiental

Prof. Dr. José Luiz Ragazzi – Doutor em Direito – PUC-SP, com especialidade em Direito do Consumidor.

Prof. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – Doutora em Direito das Relações Sociais – PUC-SP, com especialidade em Direito Civil /Direito Obrigacional/Direito Negocial.

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira - Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC-SP, com especialidade em Direito do Trabalho.

Prof. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito Tributário e Direito Constitucional.

Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli - Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito do Estado e Gestão de Políticas Públicas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza – Doutor em Direito – PUC-SP, com especialidade em Direito Ambiental.

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro – Doutor em Direito do Estado – PUC-SP , com especialidade em Direito Constitucional e Constitucional Econômico.

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi - Doutora em Direito Constitucional - PUC-SP - Área de concentração: Direito Constitucional Econômico - Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR.

Prof. Dr^a. Suely Fadul Villibor Flory – Doutora em Letras – UNESP, com especialidade em Metodologia da Pesquisa Científica e Comunicação.

Prof. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – Doutora em Educação – UNESP, com especialidade em Metodologia do Ensino.

10 - PROCESSO DE SELEÇÃO:

O processo seletivo constará de:

PROVA ESCRITA DISSERTATIVA

ENTREVISTA

CURRICULUM VITAE

– INFORMAÇÕES:

As inscrições serão realizadas na Secretaria do Programa de Mestrado em Direito Bloco II – Campus Universitário – Faculdade de Direito, no horário das 14h00min às 17h30 e das 19h00 às 22h00, de Segunda à Sexta-feira.

Previsão para abertura de novo processo seletivo em outubro e novembro de cada ano.

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Prof^a Dr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito

Endereço: Campus Universitário - Bloco II

Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001 – CEP 17.525-902 – MARÍLIA-SP

Telefone: (14) 2105-4028

E-mail: mestradodireito@unimar.br

Home page <http://www.unimar.br>

Pró-Reitoria de Pós-Graduação

Secretaria: Telefax (14) 2105-4100

E-mail: propos@unimar.br

Home Page: <http://www.unimar.br>

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista ARGUMENTUM tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR, assim como de estudiosos do direito e das ciências sociais de outras Universidades e Centros de Pesquisa.

A Revista só avalia trabalhos *inéditos*. Podem ser trabalhos de doutrina, de pesquisa empírica, resenhas e comentários de jurisprudência.

1. Os trabalhos de doutrina e pesquisa devem incluir:

- a) Título (em português e inglês)
- b) Nome do autor e breve CV (em nota de rodapé)
- c) Resumo de até 250 palavras em português e inglês
- d) Palavras-chave em português e inglês.

2. As referências bibliográficas devem ser uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

3. Transcrições de até três linhas devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas

4. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista por email: mestradodireito@unimar.br ou no endereço postal:

UNIMAR, Secretaria do Programa de Mestrado em Direito
Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001
Campus Universitário - Bloco II
17525-902 – MARÍLIA – SP.

5. Todos os trabalhos serão analisados por dois avaliadores externos *ad hoc* com o sistema *double-blind-peer-review*, assim como pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos com as respectivas sugestões.

6. A Revista reserva-se o direito de não publicar trabalhos enviados.

