

ARGUMENTUM

ESTADO, DEMOCRACIA ECONÔMICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DE DIREITO

12

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM
ESTADO, DEMOCRACIA ECONÔMICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2011// Volume 12 – Publicação Anual

ARGUMENTUM– ESTADO, DEMOCRACIA ECONÔMICA E POLÍTICAS PÚBLICAS -
Revista de Direito – Universidade de Marília.

Volume 12 – Marília: UNIMAR, 2011.

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

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Profª Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Profª Drª Suely Fadul Villibor Flory

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Profª Drª Maria de Fatima Ribeiro

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Profª Drª Francis Marília Pádua Fernandes

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Higino Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – SP – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 2105-4028 – fax: (0xx14) 3433-8691

ARGUMENTUM
Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1.Dr. Achim Ernest Rorhmann

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. John Milios

Universidade Politécnica Nacional (Atenas)

5.Dr. Jorge Esquirol

Universidade Internacional da Flórida – USA

6.Drª Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Universidade de Marília

7.Dr. Luiz Edson Fachin

Universidade Federal do Paraná

8.Dr. Luiz Otávio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina

9.Drª Maria de Fátima Ribeiro

Universidade de Marília

10. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Universidade de Marília

Direção da Revista ARGUMENTUM

Profª Drª Maria de Fátima Ribeiro

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 2011 - Volume 12

MARÍLIA – ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

E-mail: mestradodireito@unimar.br

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	
PARTE TEMÁTICA - Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE RECURSOS DE TIMOR LESTE	
<i>Fundamental rights on appeal court constitutional case law in Timor Leste</i>	
Patrícia Penélope Mendes Jerónimo.....	17
DUAS DÉCADAS DE MERCOSUL: VALEU A PENA?	
<i>Mercosur: two decades after, was it worth?</i>	
Elizabeth Accioly	29
DO DIREITO DE LAJE: UMA VISÃO MITIGADA DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À MORADIA	
<i>On fladstone law: a mitigated view from the property right to the housing right</i>	
Márcia Teshima Everton Willian Pona.....	45
EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA	
<i>Implementation of public policies and the shortage of financial resources</i>	
Maria de Fátima Ribeiro	77
FUNÇÃO LEGISLATIVA EXERCIDA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR MEIO DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS	
<i>How the president gets legislative power by editing provisional measures</i>	
André Luiz dos Santos Nakamura.....	103
PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS PARA POLÍTICA TRIBUTÁRIA EXTRAFISCAL VOLTADA À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE	
<i>Constitutional parameters on extra taxing policies for environmental protection</i>	
Neuci Pimenta de Medeiros	117
JUSTIÇA AMBIENTAL NA ERA DO HIPERCONSUMO: UM DESAFIO PARA O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO	
<i>Environmental justice in the age of hyper consumption: a challenge for the state environmental law</i>	
Rogério dos Santos Rammê	137
POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E O ESTATUTO DA CIDADE: O DESENVOLVIMENTO URBANO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO	
<i>Environmental public policies and city ordinance: the urban development in a democratic and legal state</i>	
Nilton Carlos de Almeida Coutinho.....	153
O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E O DEVER FUNDAMENTAL DE SUA UTILIZAÇÃO SUSTENTÁVEL	
<i>The fundamental right to access to drinking water and the fundamental duty of its sustainable use</i>	
Ana Alice de Carli	169

O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESERVA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PELAS AÇÕES AFIRMATIVAS <i>Right to education as a democratic state guarantee: university racial share through affirmative actions</i> César Leandro de Almeida Rabelo Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas	187
FUNÇÕES DO ESTADO NA PERSPECTIVA DOS DEVERES E DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>State functions concerning fundamental rights and duties</i> Eliese Almeida	215
EXTRAFISCALIDADE COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS <i>Extra taxing as a way of public policies Implementation</i> Ricardo Strapasson Torques Salette Oro Boff	237
DOCTRINA	
PARTE GERAL	
DIREITO DE GREVE NO BRASIL E NO CHILE, UM COMPARATIVO NORMATIVO <i>Strike right in Brazil and Chile: a normative comparison</i> Patrícia Fontes Marçal	261
O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: UM ENFOQUE CRÍTICO <i>Contemporary brazilian state model: a critical approach</i> Priscila Sparapani	279
O REVISIONISMO NO CONTEXTO DA PESSOA JURÍDICA <i>Revisionism on corporate body</i> Nelson Borges Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira Fernanda Mesquita Serva.....	301
RESENHA	
DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO, de autoria de Arturo Fernandois Vöhringer Lourival José de Oliveira.....	319
COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA	
ANÁLISE SOBRE O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Débora Maria Ribeiro Neves	325
ENTREVISTA POLÍTICA PÚBLICA NÃO PODE SER DECIDIDA POR TRIBUNAL	337
RELAÇÃO DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2011	343
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	351

APRESENTAÇÃO

A REVISTA ARGUMENTUM, mantendo sua proposta editorial, é publicada anualmente com volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, artigos científicos da área jurídica com a inserção das produções científicas da comunidade jurídica nacional e internacional, de autores convidados, do corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR.

Os quinze artigos que compõem o número 12 da Revista agregam finalidades prioritárias e bem definidas. Tratam da temática que envolve questões relevantes sobre o Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas, que vem sendo destacada nos Grupos e Projetos de Pesquisa do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, estando em sintonia com as discussões contemporâneas em âmbito nacional e internacional, bem como de sua relação com a Área de Concentração sobre Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Com isso, no presente volume temos como objetivo conduzir o leitor à 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.

Destacam-se os artigos das autoras estrangeiras: Profa. Patrícia Penélope Mendes Jerónimo da Universidade do Minho em Portugal, que escreveu sobre “Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional do Tribunal de Recursos”, e a profa. Elizabeth Accioly da Universidade Lusíada de Lisboa e do Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com o artigo intitulado “Duas Décadas de MERCOSUL: valeu a pena?”

Além das temáticas eleitas, cada número está publicando na Parte Geral, também outros artigos que abordam temas relevantes, com a participação de autores diversificados, favorecendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de ideias.

Os artigos recebidos foram submetidos à avaliação de consultores ad hoc pelo sistema *doublé blind peer review*. Referidos consultores integram os quadros docentes de renomadas Instituições de diversos Estados brasileiros.

Constam nesta edição: a) Resenha elaborada pelo Prof. Dr. Lourival José de Oliveira referente ao livro *Derecho Constitucional Económico* de Arturo Fernandois Vöhringer; b) Comentário de Jurisprudência: Análise sobre o sigilo das comunicações

à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apresentado por Débora Maria Ribeiro Neves; c) Entrevista com o Dr. José Joaquim Gomes Canotilho, que destaca que a Política Pública não pode ser decidida por Tribunal.

Foi publicada, também, no presente número a relação das treze dissertações defendidas em 2011, para fins de divulgação digital em atendimento à Portaria da CAPES nº 13 de 15.02.2006. As dissertações estão publicadas na íntegra no site www.unimar.br

Ao final, estão contempladas as Normas para encaminhamentos e seleção de artigos para 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 também às publicações do Núcleo de Pesquisa e demais informações do Programa.

Atendendo aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES e aos indicativos do sistema Qualis para os últimos três anos, a REVISTA ARGUMENTUM foi classificada, em 2011, no estrato B-2, de acordo com os novos padrões exigidos, passando a integrar uma classificação de representatividade no cenário nacional e demonstrando, também, a qualidade das publicações deste periódico. Com o projeto editorial do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, novos investimentos estão sendo alocados para aprimorar ainda mais a Revista, mantendo a qualidade com maior abrangência e estratificação.

A UNIMAR tem mais motivos para comemorar com a avaliação máxima obtida no ENADE do Curso de Graduação em Direito. Em 2009, o Curso obteve nota 4 (ENADE) 5 (IDD) e 5 (CPC). Deve ser salientado que somente três Instituições de nível superior no País alcançaram essa nota máxima, e, entre elas, destaca-se o Curso de Graduação em Direito da UNIMAR. Parabéns aos professores e acadêmicos por mais essa conquista!

Com mais esta publicação, a REVISTA ARGUMENTUM está contribuindo para ampliar os debates sobre a temática proposta e contribuindo para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas além de atender às exigências do Sistema Qualis – CAPES, estabelecido para a área do Direito.

UNIMAR, Marília-SP - Dezembro de 2011.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Diretora da Revista *Argumentum*

Profa. Francis Marília Pádua Fernandes

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

PARTE TEMÁTICA
ESTADO, DEMOCRACIA ECONÔMICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE RECURSOS DE TIMOR LESTE

FUNDAMENTAL RIGHTS ON APPEAL COURT CONSTITUTIONAL
CASE LAW IN TIMOR LESTE

Patrícia Penélope Mendes Jerónimo¹

O reconhecimento e garantia de direitos fundamentais aos indivíduos, correlato necessário do respeito pela dignidade da pessoa humana e característica imprescindível de qualquer Estado de Direito, assume inegável importância na ordem jurídica timorense, como resulta evidente de uma leitura do texto constitucional² e é confirmado pela forma célere com que Timor-Leste subscreveu os mais relevantes instrumentos internacionais dirigidos à tutela dos Direitos Humanos³. A Constituição timorense afirma, logo no n.º 1 do seu artigo 1.º, o respeito pela dignidade da pessoa humana como valor basilar da República, para depois identificar, na alínea b) do artigo 6.º, a garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos como um dos objectivos maiores do Estado

1 Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho – Portugal.

2 A Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL), publicada no *Jornal da República*, série I, n.º 1, de 4 de Junho de 2003.

3 Instrumentos de Direito Internacional cujas normas, por força do artigo 9.º da CRDTL, vigoram na ordem jurídica timorense, sobrepondo-se ao direito interno. O n.º 2 do artigo 9.º consagra o princípio da recepção automática, ainda que condicionada, das normas de Direito Internacional convencional vinculativas do Estado timorense: “As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica interna mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respectivos órgãos competentes e depois de publicadas no jornal oficial”. O n.º 3 do artigo 9.º esclarece os termos da relação entre o Direito Internacional recebido na ordem interna e o próprio direito ordinário interno: “São inválidas todas as normas das leis contrárias às disposições das convenções, tratados e acordos internacionais recebidos na ordem jurídica interna timorense”. Entre os instrumentos de Direito Internacional ratificados por Timor-Leste avultam a *Carta das Nações Unidas* (Resolução do Parlamento Nacional n.º 1/2002, *Jornal da República*, série I, n.º 1, de 4 de Junho de 2003), o *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos* (Resolução n.º 3/2003 de 22 de Julho, *Jornal da República*, série I, n.º 12, de 20 de Agosto de 2003), o *Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (Resolução do PN n.º 8/2003 de 3 de Setembro, *Jornal da República*, série I, n.º 14, de 3 de Setembro de 2003), e a *Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (Resolução do PN n.º 9/2003 de 10 de Setembro, *Jornal da República*, série I, n.º 15, de 10 de Setembro de 2003).

e impor, no artigo 156.º n.º 1, alínea b), os direitos, liberdades e garantias como limites materiais da revisão constitucional.

Nos artigos 16.º a 61.º, a Constituição timorense apresenta o seu catálogo de direitos fundamentais – subdividido em direitos, liberdades e garantias (artigo 29.º e ss.) e direitos económicos, sociais e culturais (artigo 50.º e ss.) –, um amplo elenco, encimado pelos princípios da universalidade e da igualdade, que toca as várias facetas da existência humana, na medida em que protege o indivíduo enquanto *pessoa* (com direito a liberdade, integridade física e espiritual – artigo 30.º, a constituir família – artigo 39.º), enquanto *cidadão* participante no processo político (com direito a votar – artigo 47.º, a formar e participar em partidos políticos – artigo 46.º), e enquanto *trabalhador* (com direito a segurança e higiene no trabalho – artigo 50.º n.º 2, a organizar-se em sindicatos – artigo 52.º). Um elenco que, ademais, não esgota o leque dos direitos possíveis, em virtude da cláusula de abertura contida no artigo 23.º, e deve ser interpretado em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴. Ao longo da presente exposição, interessar-nos-emos pelo modo como este compromisso, veementemente assumido por Timor-Leste, com a protecção dos direitos fundamentais se comunica à jurisprudência do seu mais alto Tribunal.

O Tribunal de Recurso, enquanto “mais alta instância judiciária” de Timor-Leste, exerce, até à entrada em funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, as competências próprias deste tribunal⁵. É ao Supremo Tribunal de Justiça que a Constituição timorense incumbe de administrar justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (artigo 124.º n.º 2), o que significa, de acordo com o artigo 126.º n.º 1: apreciar e declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado (alínea a); verificar previamente a constitucionalidade dos diplomas legislativos e dos referendos (alínea b); verificar a inconstitucionalidade por omissão (alínea c); decidir, em sede de recurso, sobre a desaplicação de normas consideradas inconstitucionais por tribunais de instância (alínea d); verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações e ordenar o seu registo ou extinção, nos termos da Constituição e da lei (alínea e).

A análise que pretendemos desenvolver incide sobre três acórdãos do Tribunal de Recurso proferidos no âmbito das competências definidas pelas

4 Artigo 23.º da CRDTL: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

5 Veja-se o artigo 110.º n.º 1 da lei n.º 8/2002, de 20 de Setembro (“O Tribunal de Recurso exerce as competências próprias do Supremo Tribunal de Justiça até à sua entrada em funcionamento”), em conjugação com o artigo 164.º n.º 2 da CRDTL (“Até à instalação e início de funções do Supremo Tribunal de Justiça todos os poderes atribuídos pela Constituição a este tribunal são exercidos pela Instância Judicial Máxima da organização judiciária existente em Timor-Leste”).

alíneas a) e b) do artigo 126.º. Numa primeira parte, atentaremos nos dois acórdãos (de sentido coincidente) que tiveram como objecto a apreciação da inconstitucionalidade de normas constantes do diploma legislativo que veio a ser a Lei n.º 9/2003, de 15 de Outubro, sobre Imigração e Asilo. Na segunda parte, ocupar-nos-emos do acórdão que apreciou, em sede de fiscalização abstracta preventiva, a constitucionalidade de normas constantes do diploma regulador do exercício da liberdade de reunião e de manifestação. Qualquer deles revelador do enorme zelo com que o Tribunal assume a defesa dos direitos fundamentais contra ataques movidos por via da actuação legislativa.

O primeiro dos acórdãos a pronunciar-se sobre a regulamentação da imigração e asilo – Processo n.º 2/2003 – foi proferido em sede de fiscalização abstracta preventiva, nos termos do artigo 149.º da CRDTL. O Tribunal considerou inconstitucionais as normas do artigo 11.º n.º 1 alíneas a), b), c), f) e g) e a norma do artigo 12.º, por restringirem direitos, liberdades e garantias sem respeito pelas condições impostas pelo artigo 24.º da Constituição. Ao abrigo do artigo 88.º números 2 e 3º da CRDTL, o Parlamento veio, no entanto, a confirmar o diploma, dando origem à Lei n.º 9/2003, de 15 de Outubro⁷.

O segundo acórdão – Processo n.º 3/2003 – foi proferido em sede de fiscalização abstracta sucessiva da Lei n.º 9/2003, a requerimento de um grupo de Deputados do Parlamento Nacional, de acordo com o artigo 150.º, alínea e) da CRDTL. O Tribunal reiterou a primeira decisão declarando, agora com força obrigatória geral (artigo 153.º da CRDTL), a inconstitucionalidade das normas em causa, que, deste modo, desapareceram da ordem jurídica timorense⁸.

Um e outro processos tiveram como objecto um conjunto de restrições à titularidade de direitos por parte de estrangeiros. O artigo 11.º n.º 1 da Lei n.º 9/2003 proíbe ao estrangeiro: ser proprietário da maioria do capital de empresa de comunicação social de carácter generalista e nacional (alínea a); ser proprietário da maioria do capital de empresa nacional de aviação comercial (alínea b); participar na administração ou órgãos sociais de sindicato ou associação profissional, bem como em entidades fiscalizadoras de actividades remuneradas (alínea c); prestar assistência religiosa às Forças de Defesa e Segurança, salvo em caso de absoluta

6 O n.º 2 do artigo 88.º estabelece que, “[s]e o Parlamento Nacional, no prazo de noventa dias, confirmar o voto por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar do dia da sua recepção”. Como o diploma versa sobre direitos, liberdades e garantias, uma das matérias previstas no artigo 95.º, foi necessária a confirmação por uma maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, nos termos do n.º 3 do artigo 88.º.

7 Publicada no *Jornal da República*, série I, n.º 20, de 15 de Outubro de 2003.

8 Segundo o artigo 153.º da CRDTL, “[o]s acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça não são passíveis de recurso e são publicados no jornal oficial, detendo força obrigatória geral, nos processos de fiscalização abstracta e concreta, quando se pronunciem no sentido da inconstitucionalidade”. A decisão foi publicada no *Jornal da República*, série I, n.º 11, de 18 de Maio de 2007.

necessidade e urgência (alínea d); exercer actividades de natureza política ou imiscuir-se, directa ou indirectamente, nos assuntos do Estado (alínea e); organizar ou participar em manifestações, desfiles, comícios e reuniões de natureza política (alínea f); organizar, criar ou manter sociedade ou qualquer entidade de carácter político, ainda que tenha por fim apenas a propaganda e a difusão, exclusivamente entre compatriotas, das ideias, programas ou normas de acção de partidos políticos do país de origem (alínea g); pressionar compatriotas seus ou terceiras pessoas a aderir a ideias, programas ou normas de acção de partidos ou facções políticas de qualquer país (alínea h)⁹. O artigo 12.º autoriza o Ministro do Interior a proibir a realização por estrangeiros de conferências, congressos, manifestações artísticas ou culturais, sempre que estas possam pôr em causa interesses relevantes ou as relações internacionais do Estado.

O Tribunal começou por sublinhar a distinção feita pelo texto constitucional entre direitos fundamentais atribuídos exclusivamente aos cidadãos timorenses e os que são atribuídos a todas as pessoas, parecendo propugnar que se sigam ao pé da letra os termos adoptados pela Constituição. “Do elenco dos direitos fundamentais consagrados na Parte II da Constituição há os que são atribuídos exclusivamente aos cidadãos timorenses e há os que são atribuídos a todas as pessoas, sejam cidadãos timorenses, sejam estrangeiros ou apátridas. A título de exemplo, são direitos fundamentais exclusivos dos cidadãos timorenses os constantes dos artigos 16.º, n.º 1 (Universalidade e igualdade), 20.º (Terceira idade), 21.º (Cidadão portador de deficiência), 22.º (Timorenses no estrangeiro), 46.º (Direito de participação política), 48.º (Direito de petição), 50.º (Direito ao trabalho), 54.º, n.º 4 (Direito à propriedade da terra), 56.º (Segurança e assistência social). São direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas independentemente da cidadania, entre outros, os dos artigos 40.º (Liberdade de expressão e informação), 42.º (Liberdade de reunião e manifestação), 43.º (Liberdade de manifestação), 52.º (Liberdade sindical), 54.º, n.ºs 1 a 3 (Direito de propriedade). A própria Constituição permite sem grande esforço perceber a distinção entre os dois grupos de direitos fundamentais, através da utilização de expressões como ‘o cidadão’, ‘os cidadãos’, ‘todos os cidadãos’, quando se refere aos que são atribuídos apenas a cidadãos nacionais”¹⁰.

9 O n.º 2 do artigo 11.º abre algumas excepções. “As restrições previstas no número anterior não englobam: actividades de carácter estritamente académico (alínea a); assistência técnica estrangeira contratada pelas instituições do Estado (alínea b); actividades de movimentos de libertação reconhecidos pelo Governo, em cumprimento do dever Constitucional de solidariedade (alínea c); programas de assistência acordados bilateral ou multilateralmente visando a capacitação e o reforço das instituições democráticas previstas constitucionalmente e reguladas por lei (alínea d)”.

10 Texto do acórdão no Processo n.º 02/2003, disponível em <http://www.unmiset.org/legal/index-p.htm>, página visitada em 26 de Setembro de 2007. É este o texto que citamos ao longo da presente exposição. O texto do acórdão proferido no Processo n.º 03/2003 é, no tocante aos aspectos focados, muito semelhante.

Esta leitura tem um potencial efeito restritivo da titularidade dos direitos fundamentais que se nos afigura difícil de compatibilizar com o espírito da Constituição, com as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos vigentes na ordem jurídica timorense e com a própria tendência do Tribunal para proteger de forma muito empenhada estes direitos. Há direitos cuja titularidade exclusiva por cidadãos timorenses bem se compreende e decorre claramente do texto constitucional – timorenses no estrangeiro (artigo 22.º), direito a não ser expulso ou extraditado (artigo 35.º, n.º 4), direito de regressar ao país (artigo 44.º n.º 2), direito de participação política e voto (artigos 46.º e 47.º), direito de contribuir para a defesa do país (artigo 49.º), propriedade privada da terra (artigo 54.º n.º 4). Mas será que foi intenção do legislador constituinte privar os idosos e os deficientes de protecção do Estado pelo facto de serem estrangeiros? Será que só os cidadãos devem poder não acatar ou resistir a ordens ilegais ou que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais (artigo 28.º n.º 1)? Será que só os cidadãos poderão aceder aos dados pessoais informatizados que lhes digam respeito (artigo 38.º n.º 1)? Será que só os cidadãos devem ter o direito de trabalhar / poder escolher livremente a profissão (artigo 50.º n.º 1)? Pensamos que não, pelo que discordamos da argumentação do Tribunal neste ponto.

É de notar, no entanto, que o colectivo usa esta abordagem literal para concluir que, onde a Constituição não empregue termos como *o cidadão*, *os cidadãos* ou *todos os cidadãos*, falta a autorização constitucional para restringir esses direitos aos estrangeiros, o que amplia positivamente o âmbito de aplicação daquelas normas. “Através das alíneas a), b), c), f) e g) do artigo 11.º esse Decreto restringe aos estrangeiros direitos fundamentais que a Constituição reconhece a todas as pessoas, sejam cidadãos nacionais, sejam estrangeiros ou apátridas. A Constituição não admite qualquer restrição desses direitos aos não timorenses, pelo que a restrição introduzida por esse diploma não está constitucionalmente autorizada. Através do artigo 12 desse Decreto restringem-se aos estrangeiros direitos fundamentais que a Constituição reconhece a todas as pessoas, sejam cidadãos nacionais, sejam estrangeiros ou apátridas. O legislador pretende justificar essa restrição através da necessidade de salvaguardar ‘interesses relevantes ou as relações internacionais do estado’. Mas também aqui a Constituição não admite qualquer restrição desses direitos aos não timorenses, pelo que a restrição introduzida por esse diploma não está constitucionalmente autorizada, e, em consequência, está violada a norma constitucional do artigo 24.º na parte em que apenas admite restrição de direitos, liberdades e garantias nos ‘casos expressamente previstos na Constituição’”. A intenção é boa, portanto...

Outro aspecto digno de nota no acórdão proferido no Processo n.º 02/2003 é o facto de o Tribunal não explicar os motivos pelos quais considerou não inconstitucionais os preceitos contidos nas alíneas d), e) e h) do artigo 11.º

n.º 1 da Lei n.º 9/2003, tendo-se limitado a afirmar que “[q]uanto às outras disposições legais constantes do Decreto do Parlamento Nacional n.º 15/I/1.^a, nomeadamente as alíneas e) e h) do n.º 1 e o n.º 2, do seu referido artigo 11.º, não se vê que violem a Constituição”. No que respeita às alíneas d) e e), poderá depreender-se da distinção feita pelo Tribunal entre direitos dos timorenses e direitos de todos, que estas normas não se afiguram inconstitucionais porque são conformes com as restrições definidas pela própria CRDTL: d) prestar assistência religiosa às forças de defesa e segurança relaciona-se com o direito ao trabalho (artigo 50.º) e o direito de contribuir para a defesa do país (artigo 49.º), ambos direitos reservados para os cidadãos timorenses; e) exercer actividades de natureza política ou imiscuir-se nos assuntos do Estado relaciona-se com o direito de participação política (artigo 46.º), também um direito reservado aos cidadãos timorenses. A alínea h) proíbe um comportamento – pressionar pessoas a aderir a ideias, programas ou normas de acção de partidos políticos ou facções políticas de qualquer país – que parece estar vedado quer a estrangeiros quer a timorenses, na medida em que este choca com direitos constitucionalmente reconhecidos – a liberdade de expressão (artigo 40.º) e a liberdade de associação (artigo 43.º). Seria preferível que o Tribunal tivesse explicitado as razões pelas quais decidiu pela não inconstitucionalidade destas normas, em lugar de desenvolver apenas a fundamentação relativa aos preceitos considerados inconstitucionais. Como veio a fazer no acórdão proferido no Processo n.º 01/2005, que analisaremos *infra*.

No que respeita ao cerne da decisão, as demais alíneas do artigo 11 n.º 1 e o artigo 12.º foram declaradas inconstitucionais por restringirem, de modo contrário ao artigo 24.º da CRDTL, direitos pertencentes à categoria dos “direitos, liberdades e garantias”. Que direitos são esses? As alíneas a) e b) violam o direito de propriedade privada, consagrado no artigo 54.º n.º 1¹¹, um direito aparentemente tomado como “direito, liberdade e garantia”, apesar de a sua inserção sistemática ser feita no capítulo dos “direitos económicos, sociais e culturais”. A alínea c) colide com a liberdade sindical, reconhecida pelo artigo 52.º¹² (também um “direito, liberdade e garantia” fora do lugar), e com a liberdade de associação, prevista no

11 Artigo 54.º, n.º 1: “Todo o indivíduo tem direito à propriedade privada, podendo transmiti-la em vida e por morte, nos termos da lei”.

12 Artigo 52.º: “O trabalhador tem direito a organizar-se em sindicatos e associações profissionais para defesa dos seus direitos e interesses (n.º 1). A liberdade sindical desdobra-se, nomeadamente, na liberdade de constituição, liberdade de inscrição e liberdade de organização e regulamentação interna (n.º 2). Os sindicatos e as associações sindicais são independentes do Estado e do patronato (n.º 3)”. Nas palavras do Tribunal: “A liberdade de constituição, liberdade de inscrição e liberdade de organização e regulamentação interna dos sindicatos e associações profissionais são postas em causa quando à partida a lei impede os membros dessas organizações de escolherem, caso o queiram, trabalhadores estrangeiros para a respectiva administração ou para os órgãos sociais”.

artigo 43.º n.º 1¹³. A alínea f) prejudica a liberdade de reunião e manifestação, previstas no artigo 42.º¹⁴, e a alínea g) a liberdade de associação do artigo 43.º n.º 1. O artigo 12.º colide com a liberdade de expressão (artigo 40.º números 1 e 2¹⁵) e com a liberdade de reunião e de manifestação (artigo 42.º).

Estas normas restringem (mais do que isso, negam) direitos que integram o tipo dos “direitos liberdades e garantias”, ainda que em causa estejam direitos arrumados no título dos direitos económicos, sociais e culturais (direito de propriedade privada e liberdade sindical). Enquanto lei restritiva de direitos liberdades e garantias, a Lei n.º 9/2003, só será conforme à Constituição se respeitar as condições impostas pelo artigo 24.º, que exige das leis restritivas que estas se destinem a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, que só sejam definidas nos casos expressamente previstos na Constituição, que tenham carácter geral e abstracto, não diminuam a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos dispositivos constitucionais e não tenham efeito retroactivo¹⁶. O Tribunal considera que a Constituição não autoriza as restrições feitas pelas alíneas em causa, o que determina a sua inconstitucionalidade. “No ordenamento jurídico-constitucional timorense o legislador não tem uma autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias. A constituição individualiza expressamente os direitos que podem ser abrangidos por uma lei restritiva. Debruçando-nos sobre os arts. 11.º e 12.º do Decreto do Parlamento Nacional n.º 15/I/1.^a, vemos que as alíneas a), b), c), f) e g) do artigo 11.º bem como o artigo 12.º do Decreto do Parlamento Nacional n.º 15/I/1.^a, violam claramente a Constituição da República Democrática de Timor-Leste”.

Na análise que faz de alínea após alínea, o Tribunal conclui afirmando que estes preceitos “contrariam o princípio constante do n.º 1 do artigo 24.º da Lei Fundamental, na parte e que não admite a restrição dos direitos, liberdades e garantias fora dos casos expressamente previstos na Constituição”. Só em relação às alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 11.º e ao artigo 12.º é que o Tribunal foi além desta fórmula¹⁷, invocando igualmente a violação do n.º 2 do artigo 24.º, onde

13 Artigo 43.º n.º 1: “A todos é garantida a liberdade de associação, desde que não se destine a promover a violência e seja conforme com a lei”.

14 Artigo 42.º: “A todos é garantida a liberdade de reunião pacífica e sem armas, sem necessidade de autorização prévia (n.º 1). A todos é reconhecido o direito de manifestação, nos termos da lei”.

15 Artigo 40.º: “Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão e ao direito de informar e ser informados com isenção (n.º 1). O exercício da liberdade de expressão e de informação não pode ser limitado por qualquer tipo de censura (n.º 2)”.

16 Artigo 24.º: “A restrição dos direitos, liberdades e garantias só pode fazer-se por lei, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e nos casos expressamente previstos na Constituição (n.º 1). As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm, necessariamente, carácter geral e abstracto, não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos dispositivos constitucionais e não podem ter efeito retroactivo (n.º 2)”.

17 Se exceptuarmos a referência introdutória, feita a respeito das alíneas a), b), c), f) e g) do n.º 1 do artigo 11.º, à aparente inexistência de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos a salvaguardar,

se estabelece que as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos dispositivos constitucionais. Compreende-se que assim seja no que respeita ao artigo 12.º, uma vez que este põe em causa direitos que a Constituição permite restringir por via legislativa¹⁸, o direito de manifestação (artigo 42.º n.º 2 da CRDTL) e a liberdade de expressão e informação (artigo 40.º n.º 3 da CRDTL). Já não é tão clara a necessidade de referir o n.º 2 do artigo 24.º na análise das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 11.º, atenta a circunstância de estarmos perante normas violadoras de um direito – o direito à propriedade privada – que a Constituição não permite restringir (salvo tratando-se da propriedade da terra, que é exclusiva dos cidadãos timorenses – artigo 54.º n.º 4). Razões de coerência justificariam, entretanto, que o artigo 24.º n.º 2 fosse invocado igualmente a respeito da alínea f) que, tal como o artigo 12.º, colide com o direito de manifestação, susceptível, como vimos, de restrições por via legislativa.

Por outro lado, o Tribunal invocou uma única vez – a propósito da alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º – a violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 16.º n.º 2¹⁹ e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem que se perceba o porquê desta singularidade. Depois de afirmar que, ao “proibir aos estrangeiros participar em entidades fiscalizadoras de actividades remuneradas, a alínea c) do artigo 11.º do Decreto do Parlamento Nacional n.º 15/I/1.ª, viola o princípio de igualdade consagrado no artigo 16.º, n.º 2, e 23.º da Constituição, bem como o artigo 23.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, o próprio Tribunal acabaria por esquecer este argumento nas suas conclusões. A referência ao n.º 2 do artigo 16.º é interessante, não apenas pelo que indicia do carácter algo errático da argumentação do colectivo, mas porque nos permite aventar a conclusão de que o Tribunal toma aquele elenco de factores discriminatórios proibidos como meramente exemplificativo e faz caber aí a nacionalidade. Poderíamos mesmo defender que, mais do que uma lei restritiva de direitos liberdades e garantias, estamos perante uma lei violadora do princípio da igualdade, na medida em que priva os estrangeiros de direitos que a Constituição atribui a todos. O Tribunal, contudo, não vai por aí.

contra o exigido pelo artigo 24.º n.º 1 da CRDTL. “Por outro lado, não se vê, nem o legislador explica, que existam outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que se visa salvaguardar com essa restrição e que essa restrição seja necessária para o efeito. Há, portanto violação da norma constitucional do artigo 24.º na parte em que apenas admite restrição de direitos, liberdades e garantias nos ‘casos expressamente previstos na Constituição’ e exige ainda que essa restrição se destine a ‘salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’”.

18 Apesar de o Tribunal parecer sustentar que essa autorização constitucional não existe quanto à liberdade de expressão e de reunião pacífica. “O direito à liberdade de expressão não pode ser limitado por qualquer tipo de censura e o direito à liberdade de reunião pacífica e sem armas não carece de autorização prévia. Pelo que falta aqui, à partida, a autorização constitucional para legitimar a restrição desses direitos”.

19 Artigo 16.º n.º 2: “Ninguém pode ser discriminado com base na cor, raça, estado civil, sexo, origem étnica, língua, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental”.

Ao recusar quaisquer restrições de direitos fora dos casos expressamente previstos na Constituição – num claro apego à letra da Lei – e, nos casos em que esta admita restrições, ao ser especialmente exigente na salvaguarda da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos direitos, o Tribunal cumpre com especial zelo o seu papel de guardião da norma constitucional, sendo apenas de lamentar as notadas incoerências e os pesados silêncios que marcam a sua linha argumentativa.

II

O acórdão que decidiu o Processo n.º 01/2005 foi proferido em sede de fiscalização abstracta preventiva de várias normas do diploma regulador do exercício da liberdade de reunião e de manifestação, que veio a ser a Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro²⁰, já “limpa” dos preceitos julgados inconstitucionais pelo Tribunal de Recurso. O Tribunal julgou inconstitucionais os números 3 e 4 do artigo 5.º do Decreto do Parlamento Nacional, por violarem o artigo 24.º n.º 1 da CRDTL, e julgou conformes com a Constituição os números 1 e 2 do artigo 5.º, os artigos 6.º e 7.º e o artigo 15.º n.º 1 e 2 do mesmo diploma.

Na sua argumentação, o Tribunal começou por observar, secundando os argumentos aduzidos pelo Presidente da República no seu requerimento, a importância do princípio da proporcionalidade, um padrão internacional que decorre do princípio do Estado de Direito (artigo 1.º da CRDTL), do regime geral das leis restritivas (artigo 24.º da CRDTL) e do regime específico do estado de excepção (artigo 25.º da CRDTL). E que é, em boa medida, decisivo para a apreciação que o Tribunal faz dos preceitos *sub judice*.

O Tribunal considerou inconstitucional o n.º 3 do artigo 5.º do Decreto – que proibia manifestações que tivessem por finalidade questionar a ordem constitucional, pondo em causa os órgãos e as instituições democraticamente eleitas – por este violar o artigo 24.º n.º 1 da Constituição, mais precisamente o princípio da proporcionalidade aí implícito, sugerido pela insistência do Tribunal no termo *injustificadamente*. “Na sua formulação ampla, o segmento normativo que proíbe as manifestações que ponham em causa a ordem constitucional viola o disposto no artigo 24.º n.º 1, ao restringir injustificadamente o direito de manifestação, nomeadamente quando o direito ou interesse que a ordem constitucional protege não tem o mesmo peso que o direito restringido. Por outro lado, é da natureza da democracia poderem os cidadãos, por meios pacíficos, questionar os órgãos e instituições democraticamente eleitos, tal como consagra o artigo 42.º da Constituição. Ao proibir todas as manifestações que ponham em causa ‘os órgãos e as instituições democraticamente eleitas’, o segmento normativo

20 Publicada no *Jornal da República*, série I, n.º 2, de 8 de Fevereiro de 2006.

em causa limita injustificadamente esse direito, contra o disposto no artigo 24.º n.º 1, da norma fundamental”²¹.

Foi de igual modo considerado inconstitucional o n.º 4 do artigo 5.º do Decreto do Parlamento Nacional, que proibia reuniões ou manifestações que, pelo seu objecto, ofendessem a honra e a consideração devidas aos titulares dos órgãos do poder do Estado. O fundamento voltou a ser a violação do artigo 24.º n.º1 da Constituição, desta feita por a restrição imposta não ser necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos – como o direito à honra e consideração dos titulares dos órgãos de soberania –, já que a protecção desse direito pode conseguir-se eficazmente através de outros meios, nomeadamente por via do Direito Penal. O Tribunal concluiu tratar-se de uma limitação indevida (novo aflorar do princípio da proporcionalidade) ao exercício do direito de reunião e manifestação que não respeita o artigo 24.º n.º 1, acrescentando que “[e]ssa norma retira aos cidadãos o direito de contestar, por meios pacíficos, os titulares dos órgãos de soberania exactamente naqueles casos em que essa contestação mais se justifica”, na medida em que “proíbe, por exemplo, uma manifestação destinada a pedir a demissão do titular de um órgão de soberania que seja manifestamente incompetente ou tenha praticado actos de corrupção, uma vez que a denúncia dessa qualidade ou desses actos atinge sempre a honra e consideração da pessoa a contestar”.

Os números 1 e 2 do artigo 5.º do Decreto²² foram considerados conformes com a Constituição, por o Tribunal entender que a distância mínima de 100 metros, imposta por aqueles preceitos em relação a uma série de recintos públicos, não é desproporcionada, na medida em que não prejudica o efectivo exercício do direito de reunião e manifestação, é necessária para garantir a segurança desses recintos e das pessoas que os ocupam, facilita o trabalho das autoridades e permite aos manifestantes saberem até onde podem ir, proporcionando a todos uma maior certeza e segurança sobre as regras aplicáveis. “A nosso ver a distância de 100 metros imposta no Decreto não é desproporcionada, sobretudo ao ponto de afectar o efectivo exercício do direito de reunião ou manifestação consagrado no artigo 42.º, n.º 1, da Constituição. Pelo contrário, a fixação de uma distância única é a solução que melhor compatibiliza os interesses em presença: o direito à

21 Texto do acórdão disponível em <http://www.unmiset.org/legal/index-p.htm>, página visitada em 26 de Setembro de 2007.

22 Artigo 5.º da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “É proibida a realização de reuniões e manifestações em lugares públicos ou abertos ao público situados a menos de 100 metros dos recintos onde estão sediados os órgãos de soberania, as residências oficiais dos titulares dos órgãos de soberania, as instalações militares e militarizadas, os estabelecimentos prisionais, as sedes das representações diplomáticas e consulares e as sedes dos partidos políticos (n.º 1). É igualmente proibida a realização de manifestações num espaço a menos de 100 metros dos portos, aeroportos, instalações de telecomunicações, centrais de produção de energia eléctrica, depósitos e locais de armazenamento de água, combustível e material inflamável (n.º 2)”.

livre reunião e manifestação, por um lado, e segurança dos titulares dos órgãos de soberania e instalações onde estes estão sediados, das representações diplomáticas e consulares, sedes de partidos políticos e determinadas instalações e serviços de relevo, por outro. O estabelecimento de uma distância mínima razoável, como é o caso, só facilita o trabalho das autoridades que zelam pela segurança, para além de permitir aos próprios manifestantes saber de antemão e sem dificuldade a distância que devem respeitar e preparar-se melhor para a manifestação”.

O artigo 6.º, que ilegaliza quaisquer manifestações entre as 18.30 e as 8.00 horas²³, foi igualmente dito conforme com a Constituição por não afectar o núcleo essencial do direito a manifestar-se, limitando-se a “adequar o seu exercício à prática social vigente de maneira a garantir o direito das pessoas ao sossego e ao repouso durante o período do dia normalmente destinado a esse efeito e a evitar que elas fiquem sobressaltadas numa altura em que estão mais desprevenidas e despreocupadas”. Este preceito apenas proíbe manifestações nocturnas, não proíbe reuniões, o que permite salvaguardar o direito de emitir opinião, que pode sempre ser exercido durante a noite no contexto de reuniões, e é inteiramente compatível com vigílias nocturnas por causas humanitárias, “como tantas que se fizeram no mundo inteiro, em 1999, de solidariedade para com o povo de Timor”.

Na apreciação que fez do artigo 7.º do Decreto, mediante o qual a polícia é autorizada a interromper reuniões ou manifestações que se desviem da sua finalidade inicial pela prática de actos contrários à lei ou que violem as restrições do artigo 5.º²⁴, o Tribunal concluiu tratar-se de uma norma conforme à Constituição, por entender que o “risco de lesão do conteúdo essencial do direito à reunião e manifestação está devidamente controlado”. O preceito – sustentou o Tribunal de Recurso – deve ser interpretado restritivamente, em conjugação com o artigo 147.º da CRDTL²⁵, que confere à polícia o mandato de defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna dos cidadãos. Por outro lado, o diploma oferece várias garantias aos indivíduos: o próprio artigo 7.º impõe a comunicação imediata da interrupção à autoridade civil competente, o artigo 15.º n.º 3 pune como crime de abuso de autoridade e como infracção disciplinar as autoridades que impeçam ou tentem impedir o exercício do direito de reunião

23 Artigo 6.º da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “As manifestações só podem ter lugar entre as 8 e as 18 horas e 30 minutos”.

24 Artigo 7.º da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “As reuniões ou manifestações organizadas em lugares públicos ou abertos ao público podem ser interrompidas por determinação da autoridade policial, que deverá dar imediato conhecimento à autoridade civil competente, se se verificar desvio da sua finalidade inicial pela prática de actos contrários à lei ou que violem as restrições referidas no artigo 5.º da presente lei”.

25 Artigo 147.º da CRDTL: “A polícia defende a legalidade democrática e garante a segurança interna dos cidadãos, sendo rigorosamente apartidária (n.º 1). A prevenção criminal deve fazer-se com respeito pelos direitos humanos (n.º 2). A lei fixa o regime da polícia e demais forças de segurança (n.º 3)”.

e manifestação fora do condicionalismo legal²⁶ e o artigo 16.º permite o recurso aos tribunais da decisão tomada pelas autoridades com violação da lei²⁷.

A respeito do artigo 15.º n.º 2, que criminaliza a conduta dos que se reúnam ou manifestem em violação das normas do Decreto²⁸, o Tribunal afirmou igualmente não existirem vícios de inconstitucionalidade. Notou, em primeiro lugar, que cabe ao Parlamento Nacional, no uso da sua competência legislativa exclusiva, definir quais os comportamentos que devem ser qualificados como crimes e as respectivas penas, sendo sua a opção sobre quais as condutas a criminalizar. Acrescentou que a criminalização é imposta de forma equitativa, já que não só os manifestantes, mas também as autoridades incorrem na prática de crimes (artigo 15.º n.º 1²⁹). “Este artigo criminaliza, não só as condutas dos que se reúnem ou manifestem contra a lei, mas também as das autoridades que impeçam ou tentem impedir o exercício do direito à reunião ou manifestação fora do condicionalismo legal. Ao fazê-lo previne a autoridade policial de se arriscar a conter manifestação ou reunião que não tenha a certeza de ser ilegal e os promotores de manifestação ou reunião de o fazer contra o disposto na lei”. Por último, defendeu uma leitura restritiva do artigo 15.º n.º 2, a ser interpretado em conjunto com o artigo 7.º do Decreto, de modo a que só haja crime de desobediência se os manifestantes persistirem na manifestação depois de intimados pela autoridade policial.

Também com este acórdão o Tribunal de Recurso se revelou zeloso na protecção dos direitos fundamentais, repudiando limitações injustificadas – e anti-democráticas – das liberdades de reunião e de manifestação, ainda que, uma vez mais, tenha desenvolvido parcamente os argumentos no sentido da inconstitucionalidade e da não inconstitucionalidade das normas em causa.

Recebido em 22/10/2010

Aceito para publicação em 22/11/2011

26 Artigo 15.º n.º 3 da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “As autoridades que impeçam ou tentem impedir, fora do condicionalismo legal, o exercício do direito de reunião ou de manifestação incorrem no crime de abuso de autoridade punido pelo artigo 421.º do Código Penal e ficam sujeitas a responsabilidade disciplinar”.

27 Artigo 16.º da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “Da decisão das autoridades, tomada com violação do disposto na presente lei, cabe recurso para os tribunais, a interpor, pelos promotores da reunião ou manifestação, no prazo de cinco dias a contar da data da notificação (n.º 1). Da decisão dos tribunais cabe sempre recurso para o Supremo Tribunal de Justiça”.

28 Artigo 15.º n.º 2 da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “Todos os que se reunirem ou se manifestarem com violação do disposto na presente lei incorrem igualmente no cometimento do crime de desobediência previsto e punido pelo dispositivo legal referido no número anterior”.

29 Artigo 15.º n.º 1 da Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro: “Quem interferir em reunião ou manifestação impedindo ou tentando impedir a sua realização incorre no crime de desobediência previsto e punido pelo artigo 160.º do Código Penal”.

DUAS DÉCADAS DE MERCOSUL: VALEU A PENA?

MERCOSUR: TWO DECADES AFTER, WAS IT WORTH?

Elizabeth Accioly¹

Resumo

Traz-se aqui à reflexão a trajetória da integração sul-americana, após duas décadas de existência. Os avanços e os retrocessos do MERCOSUL. O caminho já percorrido e o caminho a percorrer. A busca pela identidade do bloco regional: mercado comum, união aduaneira ou livre comércio? Alargamento ou aprofundamento? Modelo supranacional ou intergovernamental? Traçamos no presente artigo os cenários para o futuro do MERCOSUL.

Palavras-chave: Blocos regionais. Integração regional. MERCOSUL. União Europeia. Fases de integração económica.

Abstract

We bring the discussion over two decades of economic integration in South America. MERCOSUR advances and setbacks. The progress already made and the need to keep walking the path. The search for an identity of the regional block: common market, customs union or just free trade? Enlargement or deepening? Supranational or intergovernmental governance? This article intends to design the MERCOSUR scenarios.

Key words: Regional blocks. Regional integration. MERCOSUR. European Union. Economic integration phases.

O Mercado Comum do Sul, mais conhecido por MERCOSUL, bloco económico de maior êxito na América do Sul, acaba de completar duas décadas de existência. Pretende o presente trabalho trazer à reflexão a *status quaestio* do MERCOSUL: afinal esta integração tem valido a pena?

Para iniciar, *il faut* trazer à baila a trajetória da Europa unida que, pela evolução e estágio de integração alcançados, tem sido a grande inspiradora de

¹ Professora de Direito Internacional e Direito da União Europeia na Universidade Lusíada de Lisboa, Professora de Integração Latino-Americana no Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professora do Centro de Excelência Jean Monnet da Faculdade de Direito de Lisboa. Doutora em Direito Internacional pela USP. Advogada.

blocos regionais que surgem, nomeadamente, a partir da segunda metade do Século XX. Vassili Christianos, Professor da Universidade de Atenas e ex-advogado geral do Tribunal de Justiça Europeu, compara a construção europeia, que já ultrapassa meio século de existência, com a construção de uma das mais belas catedrais da Europa, a Catedral de Reims, que demorou quase três séculos para ver-se acabada: *fue así con la construcción de la Catedral de Reims: la mayoría de los obreros creía que tallaba piedras, pocos sabían que erguían una catedral*.²

O sucesso dessa arquitectura europeia transformou o velho continente no mais emblemático processo integracionista de que se tem notícia até os dias actuais. Daí não causar estranheza em se verificar o fenómeno da mimese europeia na construção de outros blocos económicos. Mas, se por um lado, uma das vantagens do poder civilizatório é a de seguir por caminhos já trilhados, invocando a máxima de que ninguém nasce num vazio de História, por outro lado convém sempre estar alerta para o fato de que os processos de integração e de construção de blocos económicos não são fenómenos “camaleónicos”. Há que se ter em conta, antes de mais, a indissociável história e geografia daqueles que pretendem associar-se, pois são os povos e as suas circunstâncias que constroem as instituições, e não o contrário.

E na esteira da propagação de blocos económicos, quatro países sul-americanos resolveram unir-se, a começar por uma conjunção de vontades bilaterais, somada posteriormente ao cenário de expectativas comuns: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram, em 26 de março de 1991, o Tratado de Assunção, certidão de nascimento do MERCOSUL.

O MERCOSUL, como o próprio nome denuncia, pretende galgar o estágio de mercado comum, e, neste aspecto, é necessário ter em atenção que tanto uma zona de livre comércio como uma união aduaneira ou um mercado comum não podem prescindir de uma interdependência, sempre guiada pelos limites do possível, levando-se em conta o hermetismo e a delicadeza da opção de um maior ou menor aprofundamento, a depender da cultura política e cultural dos sócios. E, afora o contexto político, há todo um complexo jurídico e constitucional que deve permitir o funcionamento da escolha da fase de construção do bloco regional, se se quiser uma integração fundada em alicerces duradouros.

O MERCOSUL optou pela via intergovernamental para a edificação da união aduaneira, primeiro patamar a alcançar. Para tanto, o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de Dezembro de 1994, criou uma estrutura orgânica muito concisa e com custos reduzidos, com apenas meia centena de funcionários *mercosureños* – os demais são servidores do quadro ministerial de cada Estado-parte. Pese embora tenha sido esse caminho criticado por aqueles que esperavam uma transfusão do

2 In ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia*. 4. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2010, p. 61.

modelo europeu, foi festejado por outros que creem ter sido a escolha acertada para a actual fase de integração a que se propõem alcançar: a união aduaneira.

Trata-se, portanto, de uma proposta programática, vale dizer, de implantação distendida no tempo, não com as imprecisões europeias de um mercado comum *tout court*, com todas as suas sofisticações e aprofundamentos. O MERCOSUL encontra-se na fase de união aduaneira imperfeita, ou seja, entre uma zona de comércio mais ou menos livre e uma união aduaneira ainda com muitas perfurações – uma integração *à la fromage suisse*, por assim dizer. Pretendem os quatro *partners*, após consolidar essa fase, rumar para o mercado comum, com as nuances da realidade política e cultural da América do Sul.

Primeira questão para reflexão: zona de comércio livre, união aduaneira ou mercado comum?

Há duas décadas, o MERCOSUL sobrevive entre uma zona de comércio livre e uma união aduaneira. Ou seja, dois caminhos já trilhados, ainda que com alguns percalços, e por um caminho que está por desbravar: o mercado comum. Qual indicação o MERCOSUL deveria escolher? Porventura o mais prudente seria parar numa estação de serviço, abrir o mapa traçado no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto, e repensar sobre o seu futuro. Talvez permanecer na etapa da união aduaneira, fortalecendo-a, aproveitando a perspectiva da recente aprovação do Código Aduaneiro do MERCOSUL, que, por mais de quinze anos, manteve o trajecto intransitável; ou ainda, pelas crises recorrentes que assolam a comunidade internacional, fosse mais cauteloso optar pelo estágio mais primitivo – a zona de comércio livre.

Se o MERCOSUL escolher o caminho da zona de comércio livre, uma coisa é certa, o fantasma da Área de Livre Comércio Americana – ALCA está adormecido, pelo menos por enquanto. Ora, se esta integração fosse concretizada, com a intenção de criar uma zona de comércio livre entre todo o continente americano, à excepção de Cuba, fragilizaria esta bolha aduaneira.

José Serra, economista, ex-ministro da Saúde e candidato não-eleito à presidência do Brasil, é um dos grandes defensores da zona de comércio livre, e justifica:

quando Ministro da Saúde [no Governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso], tentei firmar com a Índia um acordo comercial para a produção de medicamentos genéricos em troca da venda de aviões e de ônibus brasileiros. Não podia porque tinha de dar compensação à Argentina, ao Uruguai e ao Paraguai, que não tinham assunto com a Índia. E não pudemos fazer. Ficar carregando o Mercosul não faz sentido. Eu sou contra o Mercosul? Não. Só que o Mercosul tinha de ter começado como zona de livre comércio, comércio livre entre os países. Nos últimos oito anos no mundo, houve

100 tratados de livre-comércio. O que é tratado de livre-comércio? Acesso ao mercado. Sabe quantos o Brasil fez? Dos 100? Um. Não podemos fazer tratado fora do Mercosul. O Mercosul é uma barreira para o Brasil fazer acordo, a zona aduaneira, hoje, é uma farsa, que só atrapalha. Temos de mudar para salvar o Mercosul.³

A recente aprovação do Código Aduaneiro do MERCOSUL, em 3 de Agosto de 2010, que esperou mais de uma década por esse momento, foi, sem dúvida, uma grande vitória, mas o MERCOSUL ainda enfrenta muitas barreiras não tarifárias e alguns conflitos económicos pontuais. Desde já é importante ressaltar que os conflitos sempre são salutares quando há integração - isso significa que há vida no bloco -, e o seu reflexo encontra-se estampado, com alguma regularidade, nas primeiras páginas dos jornais, e atende pelo título de “guerras comerciais”, na maioria das vezes com dois protagonistas recorrentes - o Brasil e a Argentina. Dentre estas, a guerra dos calçados, a guerra da linha branca de electrodomésticos, a guerra dos pneus, a guerra das bicicletas entre tantas outras.

Por óbvio, o MERCOSUL, com o Código Aduaneiro, segue com mais músculos em busca da consolidação da união aduaneira, que, é bom que se diga, já é uma ambiciosa modalidade de acordo comercial, pois exige de seus membros não só o compromisso de abolir todas as barreiras internas ao comércio, mas a de adoptar uma pauta aduaneira comum em relação a Estados terceiros, para além de uma política comercial comum, passos que só se alcançam após muitos anos de árduos esforços e muita vontade política. Exemplo disso foi a consolidação dessa etapa de integração pela então Comunidade Económica Europeia, que, nascida em 1957, alcançou a união aduaneira onze anos mais tarde, em 1968.

Porém, se o MERCOSUL pretender rumar para o mercado comum, deve ter em mente que este caminho não se percorre em poucos anos, como previu imaturamente o Tratado de Assunção⁴. Lembre-se que a Europa comunitária

³ Serra faz críticas ao Mercosul. *Correio Braziliense*, 20.04.2010

⁴ ARTIGO 1º: Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de Dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL).

Este Mercado comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e factores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adopção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros económico, comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconómicas e sectoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de outras que se acordem

demorou mais de trinta e cinco anos para o alcançar, quando, em 1 de Janeiro de 1993, abriram-se as fronteiras para o tão esperado mercado interno, que ainda carece de alguns ajustes pontuais quanto à livre prestação de serviços, a livre circulação de capitais, e mais recentemente a uma das mais caras liberdades, esteio de toda a construção comunitária: a livre circulação de pessoas, com alguns Estados a tentar levantar barreiras e restrições ao Espaço Schengen.

A segunda questão: aprofundamento ou alargamento?

Parte da desaceleração do MERCOSUL pode estar relacionada ao seu inchaço sem planeamento. Hoje, o MERCOSUL está composto por quatro sócios e meio⁵, porque a Venezuela está na iminência de ingressar como sócio pleno, faltando apenas a aprovação da República do Paraguai, onde a questão está sobrestada no Senado paraguaio. Para além desses sócios, há mais cinco Estados associados à zona de livre comércio, vindos da Comunidade Andina de Nações: a Colômbia, o Equador, o Peru a Bolívia e o Chile - este último já fez parte da CAN, quando essa atendia pelo nome de Pacto Andino, tendo se retirado no início dos anos 70 do Século XX.

Essa questão é importante pelas assimetrias dos Estados mais pequenos que necessitam de atenção e ajuda financeira para galgarem o patamar dos demais, e ainda pelas dificuldades acrescidas pelo fato de esse bloco económico contar com dez Estados: cinco deles ingressando tão-somente na fase de comércio livre, quatro sócios atrelados a uma pauta aduaneira comum, por conta da exigência imposta pela união aduaneira, e um sócio pleno em processo de adesão.

No que diz respeito ao ingresso da Venezuela, com o inusitado *status* de “sócio pleno em processo de adesão”, é de todo oportuno alertar que tal categoria deu-se à revelia do Tratado de Assunção, que não a prevê: a Venezuela, após a assinatura do Protocolo de Adesão, em 4 de Julho de 2006, tornou-se membro pleno em processo de adesão. Esse *status* permite aos representantes daquele país participar de todas as reuniões, inclusive de negociações de acordo comerciais, com direito a voz, mas sem direito a voto.

Sem embargo, o ingresso de qualquer membro como sócio pleno do MERCOSUL, pela complexidade, pelas implicações institucionais e pelas negociações de acordos comerciais com outros Estados, deve ser, inicialmente, objecto de uma análise isenta e objectiva, deixando-se de parte considerações de ordem política ou ideológica. Antes de se aprovar o ingresso como membro pleno, há necessariamente uma etapa prévia, justamente para dar prazo ao país

—, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

5 A Venezuela já participa como sócio pleno em processo de adesão do MERCOSUL, dependendo apenas da chancela parlamentar paraguaia para tornar-se membro efectivo.

candidato adequar-se às exigências do bloco regional, para, posteriormente, ser ou não admitido como sócio efectivo do bloco económico.

O artigo 4º do Protocolo de Adesão da Venezuela ao MERCOSUL prevê:

no mais tardar em quatro anos contados a partir da data da entrada em vigência do presente instrumento, a República Bolivariana da Venezuela adoptará a Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) e a Tarifa Externa Comum (TEC). Para esse fim, o Grupo de Trabalho criado no Artigo 11 deste Protocolo estabelecerá o cronograma de adopção da TEC contemplando as eventuais excepções à mesma, de acordo com as normas pertinentes do MERCOSUL.

É a redacção do art. 11º do referido Protocolo:

A fim de desenvolver as tarefas previstas no presente Protocolo, cria-se um Grupo de Trabalho, integrado por representantes das Partes. O Grupo de Trabalho deverá realizar sua primeira reunião dentro de trinta (30) dias contados a partir da data de subscrição do presente Protocolo, e concluir tais tarefas no mais tardar em um prazo de cento e oitenta (180) dias, a partir da realização da referida reunião.

Ora bem, o cronograma para a adopção do conjunto de normas do MERCOSUL e para a adopção da pauta aduaneira comum, por parte da Venezuela, não foi ainda apresentado. E, à conta dessa pendência, há um impasse da parte do Senado paraguaio, que insiste em ver os prazos para as negociações técnicas cumpridos, para além de vozes daquela Casa legislativa, de maioria oposicionista, levantarem-se contra essa adesão, lançando mão da “cláusula democrática” do MERCOSUL, constante no Protocolo de Ushuaia, que adiante veremos. Daí se concluir que a chancela paraguaia para permitir o ingresso da Venezuela como membro efectivo deste Clube é uma questão mais técnica do que política.

Um dos pontos fulcrais para o êxito de todo esse processo passa por dar a devida atenção aos sócios mais desfavorecidos, que se sentem cada vez mais marginalizados. Segundo o Embaixador Rubens Ricupero:

O nosso clube está dando a impressão dos grandes times de São Paulo e do Rio de Janeiro hoje na zona de rebaixamento. A Argentina e o Uruguai brigam nos tribunais por causa de fábricas de papel, o Brasil auto limita as vendas ao mercado argentino apenas para ver seu lugar ocupado por chineses, o Paraguai e o Uruguai ameaçam aderir à Alca, o Uruguai assina acordo de investimento pelo qual concede aos EUA tratamento que os sócios ainda não possuem, o

presidente Tabaré Vázquez, declara que, mais do que a solução, o Mercosul é que é o problema.

Mais adiante conclui que:

o sensato seria o Mercosul fazer uma autocrítica, empreender esforço objectivo para tentar satisfazer aos menores, aperfeiçoar e aprofundar suas instituições de solução de litígios, melhorar e fortalecer o secretariado e sua incipiente institucionalização, completar a integração nas áreas de serviços e investimentos. Exigiria imaginação criadora e paciência, daria trabalho, mas seria o caminho da competência e do profissionalismo. Em vez disso, prefere-se a fuga para a frente, ampliar na superfície em lugar de adensar em profundidade, diluir e dissolver em retórica em vez de consolidar de modo efectivo e operacional⁶.

Na esteira das críticas do Embaixador Rubens Ricupero, deve-se destacar um sopro de lucidez entre os Estados-membros do MERCOSUL, com a criação do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul – FOCEM, em 2006, destinado a financiar programas para promover a convergência estrutural; desenvolver a competitividade; promover a coesão social, em particular das economias menores e das regiões menos desenvolvidas, e apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração. A intenção é dar uma injeção de ânimo àqueles Estados, na tentativa de reduzir as chamadas “assimetrias” do processo de integração, e abrir novas oportunidades de crescimento para os sócios menores.

A questão é saber se haverá vontade política dos sócios de maior peso para levar o FOCEM adiante, que depende do grau de investimento que os Estados estariam dispostos a realizar⁷. E aqui o ponto central é o de investir nos Estados vizinhos quando os próprios Estados ainda não conseguiram resolver internamente ingentes problemas de base, como a educação, a pobreza e a desigualdade social.

Para além do FOCEM, também foi criado um programa de substituição de importações, com o objectivo de comprar mais da região, sempre que for possível. A partir de programas como esses, surgem soluções, ainda que parcas, às assimetrias das economias entre os sócios. Nunca é demais destacar que a

6 “Metamorfose”. Artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo* – Brasil, em 23/07/2006.

7 Os fundos do FOCEM são entregues em 70% pelo Brasil, seguido da Argentina, com 28%, o Uruguai com 2% e o Paraguai com 1% restante. Na hora da adjudicação, esta equação se inverte, sendo o Paraguai o principal beneficiado com projetos a serem financiados por 48% do total do Fundo, seguido pelo Uruguai com 32%.

economia brasileira é cem vezes maior do que a do Paraguai, a terceira menor da América do Sul, só ultrapassando a Guiana e o Suriname.

Outra iniciativa, desta vez liderada pelo Presidente Hugo Chávez, foi a criação, em dezembro de 2007, do Banco do Sul, para fazer frente aos órgãos multilaterais de crédito, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial.

O novo Banco tem por intenção financiar a execução de projectos de infraestrutura nos países latino-americanos, especialmente os que promovam o desenvolvimento social da região; financiar projectos para a integração geopolítica do Sul, nomeadamente quanto à infraestrutura física terrestre, aérea e marítima; a rede de abastecimento alimentar; a rede do sistema integral de saúde; o sistema educativo para a transformação; e as conexões de oleodutos e gasodutos energéticos.

A intenção é diminuir a dependência que créditos tomados junto a essas instituições acarretariam, trazendo mais força à região. O Banco está sediado em Caracas, capital venezuelana, e tem a função de ser apenas um banco de desenvolvimento, sem o comprometimento de socorrer Estados com problemas em seus balanços de pagamento. Num primeiro momento, o Brasil opôs-se ao Banco do Sul pelo fato de ser a directoria do banco estruturada para que cada país tenha direito a um voto. O Brasil propôs que o poder decisório junto ao Banco do Sul fosse proporcional ao volume de capital aportado por cada Estado em suas reservas. Porém, ficou decidido que esse aporte financeiro inicial será dividido entre os Estados⁸, permanecendo o direito de cada país ter apenas um voto nas decisões do Banco. Como capital inicial para o funcionamento do Banco que deveria iniciar funções em 2009, foi estabelecido o valor de dez bilhões de dólares.

A ata de fundação do Banco do Sul foi assinada em 10 de dezembro de 2007. Resta-nos aguardar para ver se essa iniciativa corresponderá às expectativas, que, para já, não são tão promissoras, haja vista a falta de entusiasmo de alguns Estados sul-americanos, nomeadamente o Brasil, conforme notícia divulgada na revista *The Economist*, de 13/12/07:

Such technocrats are exactly the people Brazil insists should staff the bank – if it must be staffed at all. Brazilian diplomats have been unusually frank in revealing their lack of enthusiasm for the new institution. They fear it may give soft, politically driven loans that go unpaid. Brazil already has its own well-endowed development bank, the BNDES, whose

8 Na prática, Brasil, Venezuela e Argentina vão participar com US\$ 2,9 bilhões. Equador e Uruguai com US\$ 400 milhões, e Paraguai e Bolívia com US\$ 100 milhões cada. No entanto, cada país ainda depende de aprovação de seus parlamentos para a liberação destes recursos.

lending of 62.5 billion reais (\$37 billion) in the 12 months to September was 50% greater than that of the World Bank in the same period.

The Brazilians have gone along with the project only because they feel they cannot remain outside any new South American institution, especially one with money. But they have worked to limit the bank's remit and to slow its creation.

Mr Chávez can count on the vote of Bolivia and maybe that of Ecuador on the bank's board. But other members are likely to side with Brazil – and so will Chile, Colombia and Peru if they join. So expect a modest outfit that mainly finances cross-border infrastructure. The World Bank and the Inter-American Development Bank (not to speak of the Andean Development Corporation) do that already. But competition is a fine thing – even if it is not what Mr Chávez had in mind” (The Bank of the South – Bolivarian finance. Dec 13th 2007).

Felisa Miceli, ex-ministra de Economia da Argentina e responsável pelo Centro de Estudos e Monitoramento de Políticas Públicas da Universidade das Mães da Praça de Maio, adverte:

Passaram-se seis anos desde que foram assinados os primeiros acordos para o Banco do Sul e, apesar de já ter a sua ata fundacional, a sua capital e sua sede definidas e a colocação em funcionamento do Conselho de Administração, ele ainda não consegue ser uma realidade.

Mais adiante, alerta para um dos grandes problemas que os Estados mais desenvolvidos enfrentam: o fato de, eles próprios, não terem ainda feito os deveres de casa:

A proposta do Banco do Sul fixa como objectivos a soberania alimentar, energética e de saúde, como áreas prioritárias para financiar e sobre as quais pretende construir um novo modelo de desenvolvimento. A América Latina deve assumir um duplo desafio de integração, entre países desiguais, mas também atendendo as assimetrias internas. O conflito de países como a Argentina, que, pelo MERCOSUL, deve atender as assimetrias com o Paraguai e o Uruguai, mas, quando o propõe, recebe a reclamação das províncias do Norte da Argentina com situações sociais semelhantes às dos países vizinhos⁹.

⁹ *A Crise será Prolongada*, por Raúl Dellatorre, in Periódico *Página 12*, de 26-11-2010 (Reportagem publicada por ocasião do “Seminário Projecto Banco do Sul”, realizado em 25.11.2010, em Assunção-Paraguai)

Daí que, diante desse contexto, seja muito difícil acomodar os viajantes nesta carrinha que segue a Dez, uns na dianteira, numa integração mais profunda, outros à reboque, a participar da primeira fase de integração, e ainda um deles sem um assento definido.

Terceira questão: intergovernabilidade ou supranacionalidade?

O MERCOSUL hoje é um bloco intergovernamental. Não seguiu, para já, o exemplo da UE, mas há Estados, como a Argentina e o Paraguai, com algum apelo à supranacionalidade, mecanismo já previsto nas suas respectivas cartas constitucionais. Todavia, encontra resistência por parte do Brasil, gigante pela própria natureza, que não consegue encontrar fórmula razoável para pôr em prática o modelo supranacional, o qual exige uma maioria qualificada ou ponderada, matemática extremamente complicada e criada para resolver a equação do velho continente, e que não pode ser transportada tão-somente pelo mimetismo.

É bom que se diga que já germinam algumas sementes supranacionais dentro do MERCOSUL, como o recém-criado Parlamento do MERCOSUL, com a previsão de parlamentares eleitos pelo voto directo; como o Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias, de 2002, que criou uma nova instância jurisdicional com carácter permanente, designado de Tribunal Permanente de Revisão, TPR, com sede em Assunção. Há, portanto, uma bifurcação nesta estrada a indicar caminhos distintos: poder supranacional ou poder intergovernamental?

A Ministra Ellen Gracie, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao abrir o 5º Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL, em Novembro de 2007, lamentou a ausência da supranacionalidade, relacionando-a com a lentidão desta integração regional:

Este Fórum tem por objectivo superar uma lacuna sentida desde os primeiros momentos que se seguiram à assinatura do Tratado de Assunção. Plasmado pelos Poderes Executivos, ratificado pelos Poderes Legislativos, o Tratado, como as normas posteriores – mesmo as que cuidaram da solução de controvérsias –, não contou, para sua redacção, com a consultoria, mesmo que informal, dos Poderes Judiciários nacionais, como seria desejável. Tal fato, somado à ausência de uma instância supranacional uniformizadora da interpretação desses textos legais, leva em boa parte ao resultado de modesta integração que temos logrado, passados todos esses anos.¹⁰

Convém destacar que, em razão da escolha intergovernamental, o bloco regional só pode ser regido pelo Direito Internacional Público clássico, e tudo

10 Discurso proferido pela Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, na abertura do “5º Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL”, em 08/11/07.

In <http://www.stf.gov.br/bicentenario/publicacao/verPublicacao.asp?numero=245000>

o que extrapolar esse entendimento é considerado MERCOSUL imaginário, expressão utilizada pelo Prof. Doutor Jorge Fontoura, actual presidente do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), para o distinguir do MERCOSUL real:

Infelizmente temos assistido o imaginário caminhar muito mais rapidamente, sem os limites necessários ditados pelos fatos e pelas coisas. Não estamos preparados para o regime das “altas autoridades”, que decidem acima da autoridade do Estado, do efeito directo, da aplicação imediata das normas supranacionais, da inferioridade hierárquica do ordenamento jurídico nacional e de toda a sofisticada concepção comunitário-europeia.

Mais adiante justifica o seu posicionamento:

Todos os países que compõem o Mercosul são repúblicas presidencialistas ciosas de seus presidencialismos ferrenhos, com presidentes da república quase imperiais; ao contrário, todos os Estados que hoje compõem a União Europeia conformam regimes parlamentares, com todas as consequências que isso concerne. E ‘pour cause’, todos os países da América Latina são profundamente vinculados ao conceito de soberania, porque a história nos ensinou assim¹¹.

Talvez pelas razões acima expostas, o caminho intergovernamental tenha sido o mais acertado para se alcançar a união aduaneira. Para além disso, este foi o único caminho possível devido aos entraves constitucionais para se acatar a supranacionalidade, nomeadamente por parte do Brasil e do Uruguai.

O MERCOSUL, é bom que se frise, mesmo pela via intergovernamental, conseguiu significativos avanços, e, talvez, a leveza da sua estrutura orgânica, inerente aos modelos intergovernamentais, tenha sido uma das responsáveis pelas suas conquistas. Nessas duas décadas de caminhada, o MERCOSUL levou os países signatários a ocupar um lugar de destaque na cena internacional, nomeadamente o Brasil, que vive o eterno dilema de ser considerado um país rico entre os pobres, e um país pobre entre os ricos. É curioso constatar que, apesar de todo o discurso de abertura comercial e dos avanços da sua economia, o Brasil participa no comércio mundial, paradoxalmente, com pouco mais de 1%.

Aldo Fornazieri, Diretor Académico da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP), em recente artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, faz o recorte do Brasil no comércio mundial, nas duas últimas décadas:

11 “A Revisão Institucional do MERCOSUL – Ouro Preto II”. In: *Revista de Estudos Europeus*, Ano I, n. 1. Coimbra: Ed. Almedina, 2006, p. 294.

tomando como recorte apenas os últimos 20 anos, quando se iniciou a abertura económica e comercial brasileira, cabe perguntar: o Brasil tem uma estratégia de expansão comercial? A resposta, *stricto sensu*, é não. Durante o governo Lula, o Brasil, certamente, ganhou mais peso e relevância internacionais. Isso, contudo, se deveu mais à exportação de um activismo político-diplomático e à diplomacia presidencial, o que foi muito importante, do que a uma coerente, objectiva e realista política comercial. Mas se fazer uso do protagonismo de um estadista carismático é um instrumento expansionista válido, a força e a grandeza de uma nação perante as outras precisam se fundar na evidência interna e externa de seu poderio. O fato é que, no que tange ao comércio, o Brasil tem pouco peso, estando sua participação global em torno de 1% apenas. Nesses termos, sabendo que existe um grau de autonomia entre política comercial e política externa, pode-se estabelecer que, se um dos objectivos centrais do Brasil no mundo globalizado deve ser sua expansão comercial, a política externa deve estar a serviço desse objectivo, e não o contrário - a subordinação da política comercial à política externa. A ausência de uma estratégia de expansão comercial pode ser percebida em outro lugar: a precária infraestrutura e os custos portuários e de logística. Não existem no País plataformas logísticas modernas de exportação. A própria legislação é, em vários casos, um entrave às exportações. O Brasil não patrocinou tratados de livre-comércio, bilaterais ou multilaterais, nos últimos 20 anos. Chama a atenção também a forma pouco prática como o nosso país vem tocando suas relações com a América do Sul e a América Latina. O Mercosul é um ente que se vem arrastando ao longo dos anos, com poucos avanços¹².

No presente momento encontramos um “MERCOSUL apático” – entenda-se aqui apatia como falta de energia. Quiçá a debilidade das relações entre sócios e associados, somada à falta de coordenação das políticas externas e ao excesso retórico de chavões ideológicos, possa justificar o parco entusiasmo.

Por isso, torna-se necessário conjugar esforços, para além de impor medidas que deem confiança ao mercado e aos investidores, nunca olvidando da segurança jurídica e da transparência nas decisões políticas, para que o MERCOSUL possa dissipar as brumas que pairam naquela região.

Ora bem, para que o MERCOSUL saia do estado de letargia, convém fazer uma reflexão do que já se alcançou e do que está por alcançar, para, em seguida, traçar novos rumos.

12 “O Brasil e o Comércio Internacional”. In: *O Estado de S. Paulo*, edição de 16/01/2011.

E, para tanto, é de se chamar uma vez mais o astrolábio da integração, com os seus acertados passos: quando a UE viu-se encurralada, após o *Não* francês e holandês, no primeiro semestre de 2005, aquando do referendo para aprovação do Tratado Constitucional naqueles dois Estados, do alto da sua experiência, acumulada nessas seis décadas de caminhada, a Senhora Europa anunciou ao mundo, que tinha os olhos postos naquele continente:

– Vamos fazer uma pausa para reflexão.

Dois anos mais tarde, os Vinte e Sete conseguiram ultrapassar o impasse que lhe custou três anos de paralisação institucional e política, ao assinarem no Claustro do Mosteiro dos Jerónimos, no dia 13 de Dezembro de 2007, o Tratado Reformador, baptizado de Tratado de Lisboa, que entrou em vigor no dia 1 de Dezembro de 2009, após alguns acidentes de percurso, como o referendo negativo irlandês e a resistência checa e polaca para a sua ratificação.

Mas, diante desse admirável mundo novo que os Estados ousaram construir, há que se buscar acertos, consertos e concertos. O importante é não deixar que o desânimo vença a esperança de se construir um mundo mais solidário e justo, centrado, sobretudo, na união, na paz e no bem-estar de todos os cidadãos, destinatários de todo o projecto.

Há muitos quilómetros a serem percorridos, muitas rotundas e bifurcações aparecerão nesse percurso, muitas paragens nas estações de serviço para analisar o mapa e decidir, talvez, por novos rumos. Mas, independentemente dessa viagem um pouco acidentada, nada incomum quando se quer chegar a destinos desconhecidos, o MERCOSUL já é um caminho sem volta. Seja pela via da intergovernabilidade, ou pela via da supranacionalidade, esta última a depender do ritmo da viagem e, nomeadamente, da ousadia dos passageiros, o importante é seguir em frente.

Uma última questão: será possível alcançar os objectivos traçados a Doze, com a recente criação da UNASUL, se, a completar duas décadas de integração, o MERCOSUL ainda não atingiu as suas metas a Quatro?

No dia 23 de Maio de 2008, os Estados sul-americanos decidiram dar um passo em frente ao criarem a UNASUL, chamando para si os dois únicos Estados que estavam à margem da integração na América do Sul: a Guiana e o Suriname¹³.

O objectivo da UNASUL está previsto no art. 2.º:

13 O Uruguai depositou, em 9 de Fevereiro de 2011, o instrumento de ratificação do Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) perante o Governo do Equador, depositário do documento. Argentina, Bolívia, Chile, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela haviam ratificado o documento anteriormente. Cumpriu-se, assim, o requisito de nove ratificações para a entrada em vigor do Tratado, que se efectivou em 11 de março de 2011, trinta dias após a nona ratificação, conforme previsto no instrumento.

A União de Nações Sul-americanas tem como objectivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, económico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconómica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.

A UNASUL, numa primeira leitura, pretende ser apenas um foro de debates políticos. No entanto, o seu artigo 3º elenca uma extensa lista com objectivos específicos, dentre os quais: alcançar a integração financeira mediante a adopção de mecanismos compatíveis com as políticas económicas e fiscais dos Estados-membros; a integração industrial e produtiva, com especial atenção às pequenas e médias empresas, cooperativas, redes e outras formas de organização produtiva; a consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado-membro residentes em qualquer outro Estado-membro, com o objectivo de alcançar uma cidadania sul-americana; a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas; entre outros.

O artigo 4º cria a estrutura orgânica, composta pelo Conselho de Chefes de Estado e de Governo; pelo Conselho de Ministros das Relações Exteriores; pelo Conselho de Delegados; e pela Secretaria-geral, com sede em Quito, no Equador. Também será criado um Parlamento Sul-Americano, com sede em Cochabamba, na Bolívia. A presidência pro-tempore será exercida sucessivamente pelos Estados-membros por períodos anuais.

Segundo o seu artigo 12º, toda a normativa da UNASUL será adoptada por consenso. As Decisões do Conselho de Chefes de Estado e de Governo, as Resoluções do Conselho de Ministros das Relações Exteriores e as Disposições do Conselho de Delegados poderão ser adoptadas estando presentes ao menos três quartos dos Estados-membros. Essa normativa derivada será obrigatória para os Estados-membros uma vez que tenham sido incorporados no ordenamento jurídico de cada um deles, de acordo com seus respectivos procedimentos internos. Ou seja, depende da internalização dos Doze para que depois entre em vigor.

Daí já se vislumbrar, a contar com a experiência do MERCOSUL, os entraves que surgirão quanto à questão da incorporação da normativa UNASUL. Uma das grandes questões discutidas actualmente no seio do MERCOSUL é justamente a demora na internalização da sua normativa derivada.

Pese embora a retórica dos Doze, ao assinarem esse novo Tratado, as condições objectivas, que dominam o noticiário internacional quase diariamente, denunciam a incompatibilidade de alguns Estados nesse projecto, com posições aparentemente irreconciliáveis. A nosso ver, a criação de um organismo regional dessa amplitude deveria servir como corolário da consolidação do MERCOSUL e da Comunidade Andina de Nações.

“He arado en el mar” – teria dito Simón Bolívar no Congresso Pan-americano realizado em 1826 no Panamá, quando viu o seu sonho de integração americana esfacelado. O então Presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, aquando da criação da UNASUL, invocou ter a América do Sul finalmente conseguido realizar o sonho de Bolívar que, com o nascimento do bloco continental, ganha algum contorno de realidade, unindo toda a América do Sul, nomeadamente no que tange a questões políticas. Assim, a América do Sul passará a desenvolver instrumentos para poder falar a uma só voz. Oxalá assim seja!

É de se trazer à lembrança que o embrião da integração sul-americana deve-se à aproximação entre o Brasil e a Argentina, em meados da década de 80 do Século XX. A semente germinou e hoje alastra-se por todo o continente. É de se destacar, por derradeiro, um dos grandes benefícios da proliferação dessa semente integradora, algo muito caro para qualquer Estado, termómetro da seriedade, do respeito aos direitos humanos e do seu fortalecimento na cena internacional: a democracia.

Em 24 de Julho de 1998, foi assinado o Protocolo de Ushuaia, por todos os Estados-parte do MERCOSUL, que prevê, no seu art. 1º: “A plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados-partes do presente Protocolo”. Este artigo tem sido invocado pelo Senado paraguaio como obstáculo à entrada da Venezuela no Mercosul.

Ainda com relação à democracia, que por vezes denota laivos de instabilidade naquela região, foi muito festejada a assinatura da Declaração de Buenos Aires, de 1 de Outubro de 2010, pelos sócios sul-americanos. Essa Declaração vinculou ao Tratado Constitutivo da UNASUL o Protocolo Adicional referente à cláusula democrática no recém-criado bloco continental.

A integração sul-americana carece ainda de um GPS para garantir, com a sua precisão milimétrica, um caminho seguro. Porém, deve-se enaltecer a trajectória dessa viagem, que teve início com apenas dois passageiros, e que hoje segue a Doze, numa estrada com alguns obstáculos, marchas e contramarchas, muitas paradas nas estações de serviços, mas que, sem sombra de dúvidas, tem valido a pena.

Fernando Pessoa traduziu o sofrimento, as agruras e as conquistas daqueles que partiram à descoberta de novos horizontes, a navegar pelo “mar português”,

redesenhando o mapa-múndi, ainda que tenha custado as lágrimas de tantas mães, a oração de tantos filhos e a espera infinita de tantas noivas. A aventura *mercosulina*, a redefinir o mapa daquele continente, outrora um deserto de ideais, habitado por vizinhos invizinhos, seguirá valendo a pena, se a alma daquele continente não for pequena.

Recebido em 10/12/2011

Aceito para publicação em 12/12/2011

DO DIREITO DE LAJE: UMA VISÃO MITIGADA DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À MORADIA

ON FLADSTONE LAW: A MITIGATED VIEW FROM THE
PROPERTY RIGTH TO THE HOUSING RIGHT

Márcia Teshima¹
Everton Willian Pona²

Sumário

1. Introdução. 2. Os objetivos de desenvolvimento do milênio (ODM). 3. A origem dos assentamentos precários. 4. O direito à moradia no Brasil. 5. A mitigação do direito de propriedade. 6. O direito de superfície: a nova perspectiva “Direito de Laje” como instrumento de concretização de sustentabilidade ambiental e do direito fundamental à moradia. 6.1. O direito de superfície. 6.2. O direito de laje: a realização da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia; 7. Considerações finais. Referências.

Summary

Introduction. 2. Millennium Development Objectives (ODM). 3. The origin of poor settlements. 4. The right to housing in Brazil. 5. The mitigated right to property. 6. The right to surface: the new perspective “flagstone law” as a tool for environmental sustainability accomplishment and Fundamental law to housing. 6.1 Right to surface. 6.2. Right to roof: accomplishment of property social Function and fundamental right to housing. 7. Finals remarks. References.

Resumo

O presente artigo foca o reconhecimento do direito de laje como instrumento para realização da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia. Ele, portanto, apresenta os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas, incluindo a garantia do desenvolvimento sustentável por meio da melhoria das condições habitacionais de milhões de pessoas; aborda as causas de surgimentos dos assentamentos irregulares; enfatiza o direito fundamental à moradia e considera a questão relativa à mitigação do direito de propriedade com a compulsória observância de sua função social prevista constitucionalmente. Por fim, aponta o direito de laje como instrumento de realização da função social da propriedade e do

1 Mestre em Direito Negocial pela UEL. Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires. Professora Assistente da Universidade Estadual de Londrina. Advogada.

2 Graduando em Direito da Universidade Estadual de Londrina.

direito de superfície. O direito de laje é uma manifestação, ainda informal, desenvolvida no âmbito das favelas, que implica significativas consequências jurídicas, bem como vasta gama de possibilidades para promoção do desenvolvimento urbano, reorganização e redistribuição do solo e espaço urbanos e promoção do direito à moradia.

Palavras-chave: Objetivos de desenvolvimento do milênio. Assentamentos irregulares. Direito à moradia. Função social da propriedade. Direito de superfície. Direito de laje.

Abstract

This paper focuses on the recognition of the law of flagstone as a tool for the enactment of the social function of property and the fundamental right to housing. It therefore presents the United Nations Millenium Development Goals, including the guarantee to sustainable development by means of improvement of housing conditions of millions of inhabitants. The paper also refers to the causes of the emergence of irregular housing settlements; it emphasises the fundamental right to housing and considers the issue concerning the mitigation of the property right by the compulsory observation of its social function as constitutionally ruled. Finally, it indicates the Flagstone law as an instrument for the enactment of both the social function of property and the Surface right. The Flagstone law still is an informal slum manifestation which implies significant legal consequences and a plethora of possibilities to foster urban development, reorganisation and redistribution of land and urban spaces, and the right to housing.

Key words: Millenium goals. Irregular housing settlements. Housing right. Social function of property. Surface right. Flagstone law.

1 Introdução

Houve um tempo em que o direito de propriedade era absoluto e que não se admitia qualquer intervenção ou limitação de seu exercício. A liberdade do proprietário era plena.

Hoje, a propriedade há de cumprir sua função social, e cumprimento dessa função está associado ao seu adequado aproveitamento, seja de solo rural seja do solo urbano.

Em se tratando de ocupação do solo urbano, constata-se que a distribuição não se deu de forma equânime, e muitos dos mais desprovidos de recursos financeiros quedaram relegados às margens e periferias das cidades que se ergueram imponentes ao longo da história do país.

O presente estudo analisa a situação desses indivíduos relegados a construir suas vidas (e suas casas) de forma marginal aos centros urbanos, integrando-lhes o espaço, mas, vezes tantas, desenvolvendo centros de atividades e de organizações completamente distintas e mesmo independentes.

As condições nas quais vivem, em muitos dos casos, dignas não podem ser chamadas e, diante de tais constatações, este estudo parte da análise de objetivos traçados como sendo de desenvolvimento do milênio, dentre os quais a garantia do desenvolvimento sustentável, de que é nuance a melhoria das condições degradadas de vida da população que habita tais bairros.

Com o objetivo de proporcionar informação ampla, demonstram-se as causas de surgimento de assentamentos precários ou irregulares e aborde a questão do direito fundamental à moradia, constitucionalmente assegurado.

Aborda-se, ainda, a questão atinente à mitigação do direito de propriedade, por meio do condicionamento ao cumprimento de sua função social, sendo que instrumento eficaz para assegurar a observância do ditame constitucional é o direito de superfície, tratado também no estudo, cujas linhas dirigem-se, ao final, à necessidade de reconhecimento de uma nuance, segundo dizem alguns, do direito de superfície, nascido da informalidade da vida nas periferias, mas cuja força social conclama posicionamento do direito, chamado de direito de sobrelevação ou de laje.

2 Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)

Sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), em setembro de 2000, realizou-se a Assembleia do Milênio, que contou com a participação de 191 delegações, então representadas por chefes de Estado e de Governo. Como resultado dos debates ocorridos na assembleia, apresenta-se a aprovação da Declaração do Milênio, na qual se reconhece que o mundo já possui a tecnologia e o conhecimento para resolver a maioria dos problemas enfrentados pelos países pobres. Na ocasião, ainda, estabeleceram-se objetivos para o desenvolvimento e a erradicação da pobreza no mundo, a serem implementados pela comunidade internacional até 2015, eis que mensuráveis e temporalmente delimitados.

Assim, oito grandes objetivos foram estabelecidos, a saber: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) atingir o ensino básico universal, 3) promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres, 4) reduzir a mortalidade infantil, 5) melhorar a saúde materna, 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças, 7) garantir a sustentabilidade ambiental e 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.³

Dentre esses oito objetivos e, mais especificamente, o de garantir a sustentabilidade ambiental, há uma subdivisão de metas que vai desde o desenvolvimento e erradicação da pobreza, redução da perda da diversidade biológica, redução da proporção da população sem acesso permanente e sustentável

3 Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>>. Acesso em: 7 jul 2010.

à água potável segura e esgotamento sanitário, até à melhoria significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de habitantes de bairros degradados. E, para essa última, reduzir a proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários.⁴

A preocupação do ser humano com o meio ambiente não é dos dias atuais. Progressivamente, a preservação do meio ambiente e a garantia do desenvolvimento econômico chamado sustentável encontram espaço nas agendas internacionais e assumem ponto nas pautas de discussão de inúmeros Estados e organismos de âmbito supranacional.

O estudo do ambiente ganhou amplitude mundial e passou a ser devidamente reconhecido a partir do momento em que a degradação ambiental atingiu índices alarmantes e verificou-se que a conservação de um ambiente sadia está intimamente ligada à preservação da própria espécie humana⁵.

A partir de 1972, com a Conferência de Estocolmo, a questão ambiental e particularmente o que tange ao desenvolvimento sustentável (uma tentativa de conciliar a preservação do meio ambiente e o progresso econômico-industrial das nações), ganha relevo, sendo discutida em diversos momentos, tais como na Conferência do Rio de Janeiro (1992) e a Conferência de Johannesburgo (2002), sem esquecer de mencionar a assinatura do Protocolo de Kyoto, em vigor a partir de 2005⁶.

Cientes da necessidade de conciliação entre o progresso e a preservação ambiental, as Nações Unidas reafirmaram seus objetivos para o milênio (já mencionados) e, como não poderia ser diferente, dentre eles insculpiram a garantia da sustentabilidade, elegendo como meta a melhoria das condições habitacionais de muitos indivíduos relegados a bairros marginais, sem condições mínimas de saneamento que garantam respeito à dignidade.

Por que a redução da proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários é tão importante?

A redução da proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários diz respeito não apenas aos propósitos maiores de desenvolvimento e erradicação da pobreza no mundo, estabelecidos pela ONU, mas, principalmente, porque os assentamentos precários envolvem questões relativas a crescimento demográfico sobre os recursos naturais, tais como poluição da água, uso inadequado do solo e poluição atmosférica, além do fato de que existe uma

4 Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>>. Acesso em: 7 jul 2010.

5 GUERRA, Sidney. Desenvolvimento sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU. In: GOMES, Eduardo Biachi; BULZICO, Bettina (Org.). *Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia*. Ijuí: Ed. Unijui, 2010, p. 71.

6 GUERRA, Sérgio. Op. cit., passim.

limitação da capacidade do meio ambiente de satisfazer às necessidades presentes e futuras, impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social.⁷

O fato de a natureza ter um limite, uma capacidade de carga, se evidencia a cada dia diante das provas de degradação que sofrem os ecossistemas e a qualidade de vida das pessoas⁸. Aqui se considera meio ambiente o conjunto das condições naturais, sociais e culturais em que vive a pessoa e que são suscetíveis de influenciar sua existência. Portanto, neste trabalho, afasta-se a ideia antropocêntrica de que o homem tudo pode e a natureza está aí para servi-lo. Então, até que se descubra possibilidade de vida em outro planeta, esta terra, assim como a mãe natureza, é que nos mantém, inexoravelmente, presos e totalmente dependentes dela e de outros seres vivos.

Concretizar as metas traçadas como objetivos do milênio, mormente aquela atinente à sustentabilidade do desenvolvimento e melhorias das condições de habitação de muitos requer, antes, a compreensão das causas que provocaram o surgimento das situações que hoje se pretende combater (a ocupação e aglomeração humana sem planejamento em condições que coloquem em risco o meio ambiente e, por consequência, a qualidade da vida humana), de modo que a reflexão jurídica possa encontrar soluções viáveis e efetivas.

3 A origem dos assentamentos precários

Ao longo da história, observa-se que as migrações, em geral, estão associadas a fatores econômicos. No Brasil, essas migrações não foram diferentes e, desde o tempo da colonização pelos europeus, podem ser verificadas. O ciclo da cana-de-açúcar na região Nordeste para o ciclo do ouro, em Minas Gerais, provocou um enorme deslocamento de pessoas em direção ao novo centro econômico do país. A região da Amazônia chamou atenção da população com o ciclo da borracha. O ciclo do café e, posteriormente, o processo de industrialização, tornariam a região Sudeste o grande polo de atração de migrantes, que saíam de sua região de origem em busca de empregos ou melhores salários.

7 GUERRA, Sidney. Op. cit., p. 80.

8 BORDENAVE, Sofia. In: "Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América", presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington, D.C, el 16 de octubre del año 2002. Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Disponível em: <<http://www.cedha.org.ar>>. Acesso em: 11 maio 2010.

A despeito de atualmente a tendência ser a de um fluxo negativo de migração, partindo dos grandes aglomerados urbanos⁹ em direção ao interior¹⁰ dos Estados, observa-se que o crescimento populacional, principalmente das grandes cidades como São Paulo e Rio de Janeiro (onde o problema habitacional expressou-se de forma mais contundente com a formação de complexos de favelas que ocupam grande parte de ambas as cidades), está associado ao processo de urbanização e desenvolvimento econômico (ao tardar, pela industrialização) do país¹¹.

O Brasil sofreu um processo de transformação (urbanização) de forma acentuada a partir dos anos de 1940 até 1970, sendo que, a partir dessa década, o crescimento das cidades acentuou-se vertiginosamente e pode-se dizer que a industrialização da Região Sudeste foi a mola propulsora do crescimento populacional urbano, caracterizador de um processo denominado “metropolização”¹².

A busca por melhores oportunidades e pelas perspectivas de um emprego urbano que possibilitassem a melhoria do padrão de vida, com assistência médico-hospitalar, educação e emprego, acentuou o êxodo rural. No campo, a miséria e a pobreza eram agravadas pela falta de infraestrutura, pela concentração de terras nas mãos dos latifundiários¹³ e pela mecanização das atividades agrárias¹⁴. Além

9 Atualmente, nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, já se registra maior saída de população das metrópoles em direção às cidades médias do interior do que em direção às metrópoles, embora essas continuem tendo crescimento populacional total positivo. A principal causa desse movimento é o fato de as metrópoles atualmente não apresentarem taxas de crescimento econômico tão significativas, com infraestrutura de transportes geralmente problemática, acompanhando uma relativa precariedade no atendimento de praticamente todos os serviços públicos, com índices de desemprego e criminalidade mais elevados do que a média das demais cidades. Já as cidades do interior do país, além de estar passando por um período de crescimento econômico, oferecem melhor qualidade de vida à população (BRITO, Fausto. O deslocamento da população brasileira para as metrópoles. *Estud.av.*, São Paulo, v. 20, n. 57, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000200017&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr 2010).

10 Observa-se o mesmo processo nas migrações interestaduais, ou seja, das metrópoles nacionais rumo ao Estado de origem dos migrantes.

11 “Para muitos povos, as condições naturais [...] exercem um papel condicionante de sua distribuição pelo espaço. Todavia, a partir do momento em que uma população desenvolve suas forças produtivas, o papel dos fatores naturais como determinantes de sua distribuição na superfície da Terra tende a diminuir” (ADAS, Melhem. *Panorama geográfico do Brasil: contradições, impasses e desafios socioespaciais*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1998, p. 512).

12 Ibidem, p. 520.

13 “A estrutura fundiária antidemocrática – em que os latifúndios improdutivos não permitem a fixação do homem à terra e os minifúndios, por sua vez, não são suficientes para atender às necessidades mínimas de uma família (em vista da exiguidade da extensão da propriedade rural e/ou do baixo nível técnico empregado ou, ainda, da dificuldade de comercialização da produção). Ibidem.

14 “As próprias transformações modernizantes do país, nos últimos quarenta ou cinquenta anos, orquestradas pelo avanço do capitalismo na cidade e no campo aprofundaram ainda mais o caráter de mercadoria que já possuía a terra; o trabalhador rural foi expulso do campo, e a agricultura de produtos alimentares foi substituída pela moderna agricultura comercial de exportação”. Ibidem. Loc. cit.

disso, o acesso a serviços e ao comércio nas áreas urbanas tornou-se o principal fator de atração para as grandes cidades.

Porém, o sonho de prosperidade não seria tão simples de ser realizado. Entre os anos 1940 e 1990, as cidades não apresentavam ofertas de emprego compatíveis às procuras, tampouco a economia urbana crescia na mesma velocidade em que ocorriam as migrações. Como consequência, crescia o desemprego e sub-emprego no setor de serviços, com aumento do número de trabalhadores informais, vendedores ambulantes e trabalhadores que vivem de fazer “bicos”. Associado à falta de investimentos e ao reduzido planejamento do Estado na ampliação da infraestrutura urbana, isto contribuiu para a formação de um cinturão marginal nas cidades, ou seja, o surgimento de novas favelas,¹⁵ palafitas¹⁶ e invasões urbanas.¹⁷ Dessa forma, os problemas habitacionais se intensificaram quantitativa e qualitativamente, pois grande parte das camadas populares passou a viver em condições bastante precárias¹⁸.

As mudanças no meio ambiente são diretas no cenário local, premeditadas no sentido da implantação mas imprevistas a respeito da alterações nos fluxos de energia e no meio ambiente. Se a urbanização diretamente cria ambientes que são avaliados como positivos para a saúde e ao bem-estar das pessoas, ao mesmo tempo gera efeitos que podem promover a desestabilização do ecossistema¹⁹.

15 Favela (português-brasileiro), bairro de lata (português-europeu) ou musseque (português-angolano), tal como definido pela agência das Nações Unidas UN-HABITAT, é uma área degradada de uma determinada cidade, caracterizada por moradias precárias, falta de infraestrutura e sem regularização fundiária. De acordo com dados da ONU, cerca de um bilhão de pessoas vivem em favelas no mundo. Essas regiões urbanas possuem baixa qualidade de vida, infraestrutura precária e seus moradores possuem limitado poder aquisitivo, áreas com edificações inadequadas, muitas vezes apertadas aos morros onde é difícil construir edifícios estáveis e com os materiais tradicionais. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Favela>>. Acesso em: 11 maio 2010.

16 Chamam-se genericamente palafitas, sistemas construtivos usados em edificações localizadas em regiões alagadiças cuja função é evitar que as casas sejam arrastadas pela correnteza dos rios. As palafitas são comuns em todos os continentes sendo que em áreas tropicais e equatoriais de alto índice pluviométrico é maior. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Palafita>>. Acesso em: 11 maio 2010.

17 Denomina-se invasão, a ação empreendida pela população menos favorecida economicamente, vítima principal do crescimento urbano desordenado, que se aglomeram em moradias populares no próprio centro, muitas delas habitações coletivas, nos subúrbios, vales, várzeas, mangues, escarpas de montanhas e morros, sem qualquer infraestrutura.

18 SOUZA, João Carlos de. Ocupações de áreas urbanas em São Paulo. Trajetórias de vida: linguagens e representações. *Revista Brasileira História*, São Paulo, v. 18, n. 35, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr. 2010.

19 SOUZA, Maria Adélia A. et al. *Natureza e sociedade de hoje: uma leitura geográfica*. São Paulo: Hucitec/Ampur, 1994, p. 133.

A ocupação sem planejamento decorrente das imigrações causa impacto direto e imediato no meio ambiente, provocando mudanças paisagísticas, climáticas, hidrológicas, hidrogeológicas, morfológicas e biogeográficas²⁰.

Assim, as migrações têm sido alvo de análise, não apenas como resultantes de eventuais desequilíbrios econômicos, sociais ou demográficos, mas, especialmente, como elementos da organização espacial de uma sociedade, uma vez que migração pode ser definida como mobilidade espacial da população.

O desmedido crescimento das cidades, fruto do processo de urbanização seguido de perto da industrialização da sociedade brasileira, associado aos movimentos migratórios internos que atraíram os indivíduos para as metrópoles (vindos do campo ou de cidades menores), nas quais esperavam encontrar situações outras de vida que lhes permitisse o desenvolvimento e fortuna (por poucos ou quase nenhum alcançada), culminou, em razão da impossibilidade de oferta de empregos a todos e de espaço amplo destinado à moradia, na favelização e marginalização de muitos migrantes.

Relegados à margem da sociedade, literalmente à margem das cidades erigiram verdadeiros conglomerados populacionais irregulares, invadiram terrenos, construíram barracos, ocuparam os morros na tentativa de encontrar um lugar para chamar de “lar”, submetendo-se, vezes tantas, a viver em condições de miséria extrema.

As transformações nas cidades, de cunho ambiental, político, social e econômico são inegáveis, e, portanto, a preocupação dos Estados e dos organismos internacionais anteriormente explicitada está efetivamente justificada.

No âmbito nacional, a questão ganha relevância em razão da positivação, pela Carta Constitucional de 1988, e aqueles dentre os direitos fundamentais, dentre aqueles nominados fundamentais sociais, do direito à moradia. Portanto, a leitura da situação deve revestir-se de olhar constitucional, pensando-se sempre no respeito à dignidade da pessoa humana.

4 O direito à moradia no Brasil

Quando se trata de direitos fundamentais, muitas são as denominações a eles atribuídas, tais como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”²¹.

A expressão direitos fundamentais (do homem), aponta a doutrina, é a mais adequada para correta definição do termo, já que

20 Ibidem, p. 133-137.

21 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no ‘nível de direito positivo’, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas²².

A existência hoje, de direitos fundamentais positivados na maioria das Cartas Constitucionais ao redor de toda a extensão mundial é resultado de um processo histórico de incorporação do movimento internacional de valorização e respeito do ser humano, expressado, no âmbito supranacional, pela edição de três magnos instrumentos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 e os pactos internacionais que a completam (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16 de dezembro de 1966).

Tal declaração reflete o resultado de um processo histórico iniciado há muito tempo, com as declarações inglesas de direitos, como a Carta Magna, por exemplo, passando pelas declarações resultantes das Revoluções Americana e Francesa.

As constituições contemporâneas preocuparam-se, então, em positivar os direitos humanos internacionalmente afirmados e reconhecidos, significando “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”, exatamente porque, “sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”²³, e os direitos humanos positivados, foram chamados direitos fundamentais.

A doutrina constitucionalista, ao tratar do tema, escrevendo acerca do desenvolvimento histórico, costuma dividir a positivação dos direitos fundamentais em diferentes dimensões ou gerações²⁴.

A primeira das dimensões (ou gerações) corresponde aos direitos de liberdade que constituem verdadeiro limite à atuação estatal, traduzindo-se como direitos de resistência ou oposição diante do Estado²⁵.

E se os direitos de primeira geração impõem uma abstenção ao Estado, os de segunda dimensão exigem atuação positiva à sua efetivação. Se há apego à conceituação, diz-se que “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam

22 Ibidem, p. 178.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

24 A esse respeito: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008; SILVA, José Afonso da. Op. Cit..

25 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 563-564.

melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”²⁶. Estão, desse modo, diretamente associados à noção de igualdade e efetivamente apresentam-se como condições materiais da realização de uma igualdade real, proporcionando, assim, o exercício efetivo da liberdade²⁷.

Esses direitos impõem ao Estado uma atuação prestacional voltada à satisfação das necessidades da sociedade. Por meio deles, buscava-se tornar os homens, já livres, iguais. Não seria suficiente que o ordenamento jurídico declarasse que todos são iguais perante a lei. Para que houvesse efetiva igualdade o Estado deveria assegurar, a todas as pessoas, iguais oportunidades de acesso aos bens e valores fundamentais a uma existência digna, construindo uma sociedade, sob essa perspectiva, mais justa²⁸.

Direitos prestacionais referem-se ao direito do particular de obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). Se o particular tiver meios financeiros suficientes, ele poderá obter a satisfação das suas próprias pretensões prestacionais através do comércio privado. Em outras palavras, os direitos sociais estariam condicionados, enquanto alcance, a uma gama de pessoas não dotadas de meios financeiros capazes de realizar as pretensões de conteúdo mínimo existencial, tanto que se acredita pressuporem os direitos sociais um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas e sociais, não podem desfrutar desses direitos.²⁹

Para Canotilho, os direitos sociais teriam o sentido de apontar para uma dimensão da democracia econômica e social; seria a tendência de igualar todos os cidadãos, no que é pertinente às prestações sociais, assegurando igual dignidade social. Portanto, não se restringem a questões de ordem previdenciária e de assistência social, mas, abrangem também, um conjunto de tarefas conformadoras, que, além de garantirem a dignidade social, contribuiriam com uma igualdade real entre os indivíduos³⁰.

São direitos sociais, segundo o art. 6º, da Constituição da República, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância.

26 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 286.

27 Ibidem, p. 287.

28 Para aprofundamento a respeito das gerações dos direitos fundamentais, recomenda-se a obra de Paulo Bonavides, já que as demais dimensões não serão abordadas por não se relacionarem diretamente com o tema do estudo realizado.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., passim.

30 Ibidem, p. 348.

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais, como direito constitucional, por força da Emenda Constitucional 26, de 10 de fevereiro de 2001, que alterou a redação do citado artigo³¹.

Assim, ampliaram-se o rol dos direitos sociais na estrutura jurídica constitucional e, via de consequência, o vértice dos direitos e garantias fundamentais na normativa legal.

Aplicando o pensamento mencionado (de que os direitos de primeira geração seriam negativos e os de segunda, por sua vez, exigiriam a atuação positiva do Estado) ao direito à moradia, tomando-o como direito negativo, seria compreensível obstaculizar uma penhora, em execução de dívida, quando o imóvel fosse considerado bem de família, e positivo quando o Estado executa políticas públicas no sentido de assegurar o acesso à moradia aos seus cidadãos.

Também, partindo da ideia dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e à privacidade e de ser a casa asilo inviolável, não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto assim que o art. 23, X [da Constituição] estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos³².

Ao que parece a consagração do direito à moradia como direito fundamental é a formulação de categorias fundamentais de existência, em sede constitucional, para garantir, do ponto de vista normativo, condições mínimas materiais àqueles que, por condições diversas (ou por faltas delas) não estão possibilitados de produzirem, por si, tais elementos materiais, mínimos.

A positivação do direito à moradia como direito constitucional e, mais que isso, como direito fundamental social, exige do Estado, portanto, postura de contínua atividade e preocupação em proporcionar a todos os cidadãos a chance de desfrutarem de um lar, uma morada em condições que assegurem o efetivo respeito ao princípio eleito como fundamento da República, qual seja, a dignidade humana.

Em resumo, trata-se de direito que necessita, ativamente, da atuação do Estado para implementá-lo, quer dizer, para executá-lo concretamente, pois a mera estruturação normativa não induz a qualquer solução e, no caso do direito de moradia, a complexidade e a dificuldade de execução surgem, de modo particular, com grandes percalços.

31 A redação anterior à emenda n. 26/2000: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

32 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 839.

Tais percalços são facilmente observados no espaço urbano, através da ocupação irregular, especificamente, em áreas ocupadas por população de baixa renda, o que aqui denominamos *favelas*.

O reconhecimento do direito de laje, por exemplo, representa, desse modo, adiantado passo a caminho de concretização do direito social à moradia, apresentando-se como alternativa à ocupação irregular das grandes cidades que, em tantas ocasiões, coloca os indivíduos em situações de patente violação à dignidade humana.

5 A mitigação do direito de propriedade

Costuma-se afirmar que o direito civil encontra sustentáculo em base tríplice. Foi construído pela doutrina em torno de três importantes institutos existentes desde o surgimento desse direito chamado privado. Tendo se dado nos idos do direito romano, foi revisitado posteriormente por glosadores a adaptado às necessidades da civilização ocidental, culminando no direito civil hoje conhecido.

Família, contrato e propriedade. Eis os três pilares naturalmente privados a darem as cores e os contornos do direito civil enquanto regulamentador da vida e dos interesses dos indivíduos em suas inter-relações.

Por muito tempo a consciência jurídica tratou quase de forma santificada os institutos, valorizando o individualismo e a liberdade ampla e irrestrita, sem qualquer ingerência do Estado nas relações interprivadas.

Mudanças nesse posicionamento ocorreram em decorrência do fenômeno de repersonalização do direito. A convergência das atenções jurídicas ao ser humano, mormente depois das atrocidades da II Guerra Mundial, levou os braços do direito público a alcançarem o campo do direito privado, impondo uma releitura de suas concepções fundamentais como contrato e propriedade. Incorporou-se a quase todas as constituições ao redor do mundo cláusula de garantia da dignidade da pessoa humana, reafirmada em inúmeros tratados internacionais.

Antes, entretanto, de pensar-se na propriedade como realinhada segundo os contornos do direito público, funcionalizada, é mister conhecer sua origem e evolução, os caminhos trilhados pelo instituto até suas atuais nuances e relativizações, como o direito de superfície e o também o chamado direito de laje.

“A história da propriedade é decorrência direta da organização política”.³³ Assim, tem-se que antes de Roma, nos primórdios da civilização, as formas

33 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 151.

primeiras de propriedade eram marcadas pela feição comunitária.³⁴ Somente falava-se em propriedade de coisas móveis, objetos de uso pessoal. O solo pertencia a toda comunidade. Não se concebe a utilização individual e exclusiva e homem não estava preso ao solo devido ao caráter nômade dos povos de então.³⁵

Já em Roma, a ideia de propriedade era preponderantemente individualista. “A propriedade privada ligava-se à própria religião e esta, por sua vez, à família, com o culto dos antepassados, dos deuses dos Lares”³⁶.

A sequência histórica demonstra que na Idade Média, a propriedade passa a ser sinônimo de poder, em decorrência da organização feudal instalada³⁷. Os indivíduos (vassalos) serviam ao senhor e não eram senhores da terra, apesar de a ela estarem vinculados.

No Brasil, a realidade mais próxima de tal regime instalou-se com o sistema de capitanias hereditárias, mas sustentou-se no país, como demonstra a história pátria.

Essa noção de propriedade subsistiu até o século XVIII, quando com a Revolução Francesa recepciona-se o ideal romano. Posteriormente, o Código de Napoleão desenha concepção individualista desse direito, estabelecendo, no art. 544, que “a propriedade é o direito de dispor e gozar das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”³⁸.

Nos séculos XVIII e XIX, o direito de propriedade era um direito natural e individual, como previa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo que tal direito de propriedade era reconhecido como assegurado pelo ordenamento jurídico. Caracterizava-se, ainda, pelo caráter de exclusividade, perpetuidade e pouca limitação³⁹.

34 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4 p. 105.

35 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 152; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 105.

36 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 153. Em Roma “a propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas: 1º) propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2º) propriedade individual sobre os bens de uso particular suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; 3º) propriedade dos meios de trabalho e de produção; 4º) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 106).

37 “Inicialmente, os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive militares. Com o tempo a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina. Havia distinção entre os fundos nobres e os do povo, que, por sua vez, deveria contribuir onerosamente em favor daqueles, sendo que os mais humildes eram despojados de suas terras” (Ibidem, loc. cit.)

38 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 153.

39 SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Noções sobre a propriedade e função social. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138.

O pensamento individualista acerca do direito de propriedade predominou durante muitos anos, mas sucumbiu diante das transformações sociais ocorridas no século XIX, com destaque para o processo de mudança dos meios de produção e organização do trabalho conhecido como Revolução Industrial.

Desenvolveu-se uma doutrina relativa ao direito de propriedade que buscava nessa um aspecto social, funcional. Por isso, passou-se a mencionar que toda propriedade deveria, para realizar-se plenamente o direito, cumprir sua função social, o que demonstra nada menos do que a derrocada do modelo individualista de concepção dos institutos do direito privado e incorporação da tendência publicista, valorizando o corpo social, a pacificação e estabilização da sociedade, por vezes, em detrimento dos interesses meramente individuais.

O Estado Social (ou Democrático de Direito) não reconhece simplesmente a propriedade privada. Ele a cria e a configura quanto ao seu alcance (não é necessariamente absoluta), quando aos seus titulares (não é necessariamente exclusiva) e quanto à sua duração no tempo (não é necessariamente perpétua). É somente nos termos com que ele (ordenamento jurídico) a cria e configura (pela lei), é que lhe confere garantia constitucional⁴⁰.

Nessa perspectiva, a Constituição da República, no art. 5º, XXII, assevera que é garantido o direito à propriedade. Ou seja, estabelece como direito fundamental dos indivíduos o direito à propriedade (privada). Mas, no inciso subsequente (XXIII) estabelece, de plano, os caminhos a serem trilhados quando do exercício desse direito subjetivo, ao especificar que a propriedade atenderá a sua função social.

Não satisfeito com essa previsão, o legislador constituinte originário fez constar, no art. 170 da Carta Magna, quando tratou dos princípios gerais da ordem econômica, a prevalência da propriedade privada e observância da função social da propriedade (incisos II e III, respectivamente).

Não quis o legislador definir o conceito e a abrangência da expressão “função social”. Entretanto, em passagem outra, no art. 182, §2º, também da Constituição da República, diz-se que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

No tocante à propriedade rural, o art. 186 da Norma Vértice estabelece o cumprimento da função social quando atenda ao aproveitamento racional e adequado; quando haja utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; quando sejam observadas as leis que regulam as

40 Ibidem, p. 139.

relações de trabalho e a exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Posteriormente à Constituição da República, o Estatuto da Cidade, Lei nº. 10.257 de 10 de Julho de 2001, trouxe normas, segundo mencionado no parágrafo único, do art. 1º, de ordem pública e interesse social. Estas regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Em momento outro, o Código Civil, tratando da propriedade, estabeleceu, no art. 1.228, §1º, após afirmar no caput do dispositivo legal que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, assim como o direito de reavê-la de quem a possua ou detenha injustamente, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e patrimônio histórico, artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Além disso, no §2º também do art. 1.228, o Código Civil veda ao proprietário a prática de atos que não tragam a esse qualquer comodidade ou utilidade e sejam animados com a intenção de prejudicar outrem.

Assim, aponta a doutrina para a ligação da função social da propriedade não só com a produtividade do bem, mas também com os reclamos da justiça social e afirma estar atrelada ao exercício e não ao próprio direito de propriedade. “Deve haver, portanto, uso efetivo e socialmente adequado do bem sobre o qual recai a propriedade. Busca-se equilibrar o direito de propriedade como uma satisfação, e sua função social, que visa atender ao interesse público e ao cumprimento de deveres para com a sociedade”⁴¹.

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos do proprietário, mas a noção de função, no sentido em que é empregado [...] significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do ‘dominus’; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo e essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica⁴².

41 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 108.

42 COMPARATO, Fabio Konder. Função social dos bens de produção. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35.

Observa-se, desse modo, a preocupação do legislador em preservar a propriedade privada como regra (já que a experiência de coletivização, tal como na ex-URSS, demonstrou a impossibilidade de afastar a natural e primitiva vontade do homem de possuir) mas, paralelamente à preservação desse direito (subjetivo, individual), atentou-se para garantir a estabilidade social, o equilíbrio das relações entre os proprietário e não proprietário, condicionando a propriedade ao cumprimento de uma função, a qual tem caráter social, pois voltada aos interesses de toda a coletividade.

Em se tratando de ocupação do espaço urbano, é importante falar em função social da propriedade porque

O modo dominante de aquisição da propriedade imobiliária não foi, como reza o Código, por escritura passada e registrada em cartório. Muito menos por contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação. Quantitativamente falando, o modo dominante de aquisição da propriedade imobiliária foi através de invasões urbanas. É o que os fatos demonstram⁴³.

Em razão de tal constatação mostra-se imperativo pensar em instrumentos legislativos destinados a efetivamente realizar a previsão constitucional de observância, no exercício do direito de propriedade, à função social prevista.

Na legislação pátria, a existência de previsão expressa de direito real denominado direito de superfície (e, informalmente direito de laje), demonstra o caminho, quiçá, a solução de (alguns) problemas da ocupação irregular do espaço urbano.

6 O direito de superfície: a nova perspectiva “direito de laje” como instrumento de concretização de sustentabilidade ambiental e do direito fundamental à moradia

6.1 Direito de superfície

Assentou-se, em linhas anteriores, ser a garantia da sustentabilidade preocupação universal tratada como um dos chamados objetivos do milênio.

Demonstrou-se, também, que buscar sustentabilidade ambiental requer atenção não somente para o meio ambiente natural, mas para aquele transformado pelo homem, principalmente as cidades, mormente porque uma das preocupações dos objetivos traçados para o milênio é justamente proporcionar moradia adequada

43 GALVAO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7.

a milhões de indivíduos que vivem de forma irregular, em assentamentos sem infraestrutura ou saneamento básico.

Restou caracterizado, anteriormente, o caráter fundamental do direito de moradia, assim considerado pela Constituição da República, bem como traçaram-se comentários acerca da relativização do direito de propriedade diante das transformações sociais, muitas advindas ao longo dos anos, impondo-se, hoje, a observância, no exercício do direito antes absoluto, de uma função social.

Nesse aspecto, então, encontram-se os diferentes pontos abordados pelo presente escrito: o objetivo de sustentabilidade ambiental, com a redução do número de pessoa que vivem em habitações de forma irregulares; a situação brasileira de inúmeras ocupações e assentamentos irregulares, especialmente verificados nas grandes metrópoles, centro de atração demográfica até poucos anos atrás; a inobservância do direito fundamental social de moradia (relacionando-se também, nesse ponto, com a dignidade humana); a mitigação do direito de propriedade através dos anos de evolução legislativa e do pensamento jurídico e a necessidade de efetivarem-se os ditames constitucionais relacionados com a fundamentalidade do direito à moradia, propriedade privada e função social da propriedade.

Exsurge, nesse contexto, o recente, porém não novo, direito de superfície. Diz-se recente, pois, há pouco tempo, foi reconhecido de forma positiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas não novo, já que sua raiz está fincada em tempos outros, romanos ainda.

Relatam os escritos que o instituto surgiu no período conhecido como “Romano Helênico” e originou-se dos arrendamentos em longo prazo, admitindo-se, já naquela época, a coexistência separada da propriedade do solo da propriedade da construção, por mais que o período fosse temporário.⁴⁴ Outros, a seu turno, mencionam que o surgimento decorreu da necessidade prática de se permitir a construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Consagrou-se como direito real em coisa alheia na época clássica⁴⁵.

[...] en el régimen del Derecho Civil Romano no parecía haber lugar para el derecho real de superficie porque el ‘ius civile’ lo impedirá [...] manteniéndose (éste) dentro del esquema de los derechos personales

44 MACIEL, Alex Fabiano do Nascimento; CARVALHO, Carlos Alberto Rodrigues; CARVALHO, Gilzine Gama de. *Direito de superfície: sua função social*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9491/9057>>. Acesso em: 20 jul 2010.

45 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 390-391. “O direito de superfície, no Direito Romano, tinha por finalidade atribuir a alguém (superficiário) amplos poderes sobre edifício construído em solo alheio. O superficiário tinha sobre o edifício poderes inerentes à propriedade. Apenas não era seu proprietário porque vigorava regra segundo a qual ‘a superfície acedo ao solo’ (‘superficies solo cedit’), ‘pela qual tudo que é construído sobre o solo pertence ao proprietário deste’. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 345.

[...] pera ante algunas situaciones de notoria injusticia, derivadas de lo que hoy podríamos llamar el ejercicio abusivo de los derechos de los propietarios del suelo, en el derecho pretoriano se concedió a quines habían construido en suelo ajeno una acción y un interdicto [...]. La superficie como derecho real entre los romanos comienza a desarrollarse por obra del pretor que brindó a su titular un remedio [...] que excede al esquema de las relaciones contratuales del propietario. Pera a diferencia de los sistemas modernos, no se considera en Roma al superficiario como propietario, ni la superficie como propiedad [...]»⁴⁶.

A origem do direito de superfície em Roma está associada à diversas transformações de ordem política e social a partir do século IV a.C. , além de estar relacionada com a rápida urbanização, decorrentes do abandono das terras rurais, as demandas da militarização, comércio e serviços⁴⁷.

Pode-se afirmar, assim, que o desenvolvimento do direito de superfície estava associado, de certo modo, à necessidade de organização das cidades que estavam em clara fase de crescimento.

No período histórico chamado Idade Média, podia-se verificar a existência do direito de superfície, já que a propriedade do solo era mantida nas mãos dos reis, os quais concediam, a seu arbítrio, aos membros da nobreza (por meio de concessão denominada senhorio), o controle da propriedade de determinadas terras, o que era atribuído em conjunto com o poder de governar a determinados servos. Tratava-se do sistema de suserania e vassalagem.

Diz-se que o desenvolvimento do direito de superfície, nesse período histórico, deu-se em decorrência da influência de pensadores germânicos, valorizando mais o trabalho do construtor do que a propriedade do solo⁴⁸.

Assim o foi até os idos do Século XVIII, com a Revolução Francesa revoltando-se contra as consequências que o antigo regime trazia, como a escravidão dos servos e inúmeros abusos cometidos pelos senhores feudais, de modo que o Código de Napoleão não contemplou expressamente o direito de superfície, porque o considerava como uma forma de sufocação da propriedade imobiliária⁴⁹.

No Brasil-Colônia estiveram em vigor, permanecendo mesmo depois da proclamação da independência, quando ainda vigoraram por algum tempo, as

46 NOVELLO, Vanessa A. apud PÉREZ, Rómulo. Derecho de superficie y dimension social de la propiedad del suelo. Un instrumento para la implementación de políticas públicas activas de desarrollo urbano ambiental. XXII Jornada de investigación: Urbe y territorio. IV Encuentro Regional de Investigación y II Seminario Red Mercociudades: festión urbana, p. 2.

47 PÉREZ, Rómulo. Op. cit., p. 2.

48 Ibidem, p. 3.

49 Ibidem, p. 3.

Ordenações Filipinas. Até 1864, podia-se falar em direito de superfície, quando foi extinto pela Lei nº. 1.237, de 24 de setembro⁵⁰.

Em substituição às Ordenações Filipinas, adveio o Código Civil de 1916, pensado por Clóvis Beviláqua, no qual não se verificou referência ao direito de superfície.

Contudo, em 28 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei nº 271 instituiu como direito real resolúvel a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, para fins de urbanização, industrialização, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social, materializado por instrumento público ou particular ou, ainda, por termo administrativo, passíveis de inscrição no Cartório de Registro de Imóveis e transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Estava, nesse diploma legal, a porta para a reintrodução do direito de superfície no ordenamento brasileiro.⁵¹

Mesmo antes do advento do Estatuto da Cidade, havia aqueles que defendiam a previsão do direito de superfície, com a finalidade de “[...] favorecer a construção de edifícios sobre terrenos pertencentes à pessoa privada que, de um lado, não pretende aliená-lo e, de outro, não quer ou não tem a possibilidade econômica de construir nele e nem deseja utilizá-lo de outro modo”.⁵²

Com o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001, o direito de superfície retornou oficialmente ao ordenamento jurídico brasileiro, previsto nos arts. 21 a 24, lembrado, ainda, pelo Código Civil de 2002, nos arts. 1.369 a 1.377.

O conceito construído pela doutrina aponta o direito de superfície como aquele que *uma persona tiene sobre construcciones, arboles y plantas adheridas a um suelo ajeno*⁵³. A doutrina nacional, lançando mão de um conceito, afirma ser o direito de superfície

O direito real pelo qual o proprietário concede, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir, ou plantar em seu terreno urbano ou rural,

50 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, passim.

51 “O retorno do direito de superfície à ordem pública constituída é o resultado das lutas e conquistas dos movimentos sociais e setoriais pelo reconhecimento de seu direito à moradia e por instrumentos que proporcionem o acesso à moradia digna, e não a um benefício dado aleatoriamente pelo poder legislador”. (CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *O direito de superfície sob nova perspectiva*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 51, 31 mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458>. Acesso em 27 jul 2010.)

52 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 368.

53 TOBÉNAS, José Carlos. *Derecho Civil Español, Común y Local*. Derechos de cosas. Los derechos reales restringidos. 10. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965, t. 2, v. 2, p. 302-303.

mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis⁵⁴.

Trata-se, portanto, de direito real, um direito de propriedade de construções e plantações erigidas sobre um terreno cuja propriedade pertence a outro que não o dono das construções e/ou plantações, e representa rompimento com o romano brocardo *superficies solo cedit*.

As definições anteriores permitem o reconhecimento de duas relações jurídicas: uma de direito real sobre coisa alheia (o direito de superfície propriamente dito) e uma propriedade superficiária. Há, em verdade, uma relação básica que confere um direito real sobre o solo alheio que faculta a construção, plantação ou a manutenção do que fora construído e uma relação complementar que outorga a propriedade do que foi construído ou plantado com independência da propriedade do solo⁵⁵.

Nesse caso (quando tratar-se do direito de superfície), não haverá acessão ao solo do que nele foi edificado ou plantado, como geral. As construções e plantações que existem sobre ou debaixo do solo são consideradas autônomas em relação a esse.

Pode ser instituído, segundo a legislação pátria, em relação à terreno urbano ou rural. No que interessa ao presente estudo, destina-se atenção aquele relacionado com terreno urbano (previsto no Estatuto da Cidade).

A referência a terreno, entretanto, não quer dizer que tal direito apenas possa constituir sobre área não edificada. Ocorre que se inclui no conceito jurídico de superfície, a partir da tradição romanista, tudo o que é edificado sobre o solo⁵⁶.

Afirma-se que a superfície foi introduzida novamente no ordenamento jurídico brasileiro em substituição à enfiteuse, e que a substituição foi deveras vantajosa, em razão de sua grande utilidade econômica e social, “por não ter o inconveniente da perpetuidade e por diminuir a crise habitacional, por incentivar a agricultura, por possibilitar a reforma agrária e por fazer com que a terra, no meio urbano, inclusive, possa ser fonte de trabalho e produção”.⁵⁷

54 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 452.

55 SILVA-RUIZ, Pedro F. *El derecho de superficie en Puerto Rico y Argentina*. Disponível em: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-de-superficie-en-puerto-rico-y>>. Acesso em: 20 jul 2010.

56 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 21. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114.

57 DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p. 458.

Pode ser que a importância do instituto não tenha ficado suficiente clara até o momento, pelo que a doutrina destaca seu valor prático, “muito particularmente como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo, nos grandes centros populacionais, onde a carência habitacional alimenta, em boa parte dos que neles vivem, uma das angústias do seu cotidiano”⁵⁸.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o direito de superfície é amplo e pode ter destinações diversas (abrangendo a propriedade urbana ou rural, para construções ou mesmo plantações), a legislação argentina (país no qual também é previsto) apresenta restrição à abrangência do direito real de superfície.

No país platino, o direito real de superfície encontra amparo na Lei nº 25.509, de 11 de dezembro de 2001, a qual é responsável pela instituição do mencionado direito, e pelo art. 2.503 do Código Civil, incorporando a previsão legislativa anterior. De acordo com o disposto na legislação e lembrado pela doutrina, no direito argentino somente pode constituir-se em imóveis rurais, destinando-se específica e unicamente para florestamento ou silvicultura⁵⁹. Deve-se mencionar ainda a limitação temporal legalmente estabelecida em 50 (cinquenta) anos, de modo que o excedente, nos termos do art. 6º, da mencionada lei, não será considerado válido.

Representa limitação ao exercício do direito de propriedade tendo em vista a ordem social estabelecida e com vistas ao reflorestamento e desenvolvimento ambiental. Entretanto, há severas críticas a essa lei e à instituição de um direito real de superfície florestal, afirmando, sobretudo, que a medida legislativa transmuta-se em *diluvio de palabras que pretende justificar una virtual invasión de los países del llamado Primer Mundo sobre los del Tercero, para apoderarse de sus riquezas forestales y silvícolas*⁶⁰.

Em defesa do direito real de superfície naquele país, pode-se destacar a afirmação de que

58 GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais*. 2.ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993, p. 423. Considerações quanto às vantagens econômicas do direito de superfície são traçadas por Rómulo Pérez (Op. cit., p. 6-7), destacando-se a redução do investimento e do valor da obra (em razão da desnecessidade de se adquirir o terreno); a atratividade para construções não permanentes, mas de médio ou longo prazo; responde às necessidades de planificar a área urbana para fazer frente ao problemas da descontrolada expansão e, sobretudo, a promoção da vivência social e da expansão urbana controlada, possibilitando planos de redistribuição do solo urbano.

59 GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. *R. CEJ*. Brasília, n. 25, jan/ jun 2004, p. 43.

60 ITURRASPE, Juan Bernardo. El derecho real de superficie florestal. Un atentado contra nuestra soberanía. Disponível em: <www.ecoportal.net/content/view/full/21158>. Acesso em: 27 jul 2010. Em relação às críticas traçadas não se aprofundará a análise ora realizada, vez que o objeto de estudo pretendido refere-se ao direito de laje, ligado ao direito de superfície relativo ao solo urbano, fazendo-se, entretanto, referência aos escritos do mencionado autor.

*sin duda, un inmueble urbano o rural sometido al derecho de superficie establece un nuevo modo de producción destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor*⁶¹.

A despeito das críticas ao direito de superfície, é forçoso reconhecer que

para facilitar ou mitigar a sistêmica e endêmica falta de acesso à terra pelas populações pobres – não só do Brasil mas de toda a América Latina – o direito de superfície pode ser um meio de acesso à propriedade de tal modo que do ponto de vista econômico seja um fator de estabilidade, e do ponto de vista jurídico, seja o poder de fato transformado em poder jurídico⁶².

Assim, observa-se que o reconhecimento da possibilidade de considerar-se *de per se* dois direitos de propriedade sobre um mesmo imóvel, um relativo à titularidade do domínio do solo e outro sobre as plantações ou construções nele existentes, em relativização da regra *superficie solo cedit*, está em consonância com as preocupações de melhor aproveitamento do solo, sobretudo urbano.

De se destacar também, que o caráter mutante do direito, posto que regulamentador das relações sociais (as quais também apresentam-se em movimento perene) influenciou a noção e aplicação mesmo do direito de superfície.

Fala-se já em um direito de sobrelevação, o direito sobre a superfície acima de determinadas construções, popularmente conhecida como laje. É o chamado “direito de laje”, abordado no item subsequente.

6.2 Direito de laje: a realização da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia

Afirmou-se, em linhas anteriores, que o direito de superfície pode ser considerado verdadeiro instrumento contra a exclusão social, principalmente no que tange ao adequado aproveitamento do espaço urbano. Pode, se efetivamente empregado e realizado, acrescer forças contra o problema que enfrentam milhões de pessoas no Brasil – e na América Latina –, as quais não conhecem moradia verdadeira que possam chamar de lar e, com isso, colaborar para o cumprimento do objetivo do milênio traçado pela Organização das Nações Unidas.

61 GHERSI, Carlos A. Op. cit. p. 44.

62 VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; PACANARO, Renato Franco. Função social da propriedade e direito de superfície. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28362.pdf>>. Acesso em: 27 jul 2010.

O Brasil padece do problema ocupacional desde longa data, especialmente em grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro. A abolição da escratura, a proclamação da República e a chegada de imigrantes acarretaram, em momento posterior, o aumento de desempregados. Devido à impossibilidade do mercado de trabalho absorver toda a mão de obra proveniente das fazendas e da imigração e também à falta de casas, a população menos favorecida aglomerou-se nos subúrbios, em moradias pequenas, nas periferias, vales, várzeas, mangues, escarpas de montanhas e morros, de modo que as primeiras favelas já tinha se formado nas últimas décadas do século XIX⁶³. Além da formação das favelas, deve-se destacar a existência das moradias coletivas de nominadas cortiços, para onde rumavam os de baixa renda sem ter onde morar.

Desde então,

A população favelada cresceu enormemente durante os anos de 1920, desencadeando um aumento generalizado das ocupações de terrenos, o que multiplicou as remoções em cumprimento a ordens judiciais de reintegração de posse. Apesar da violência das remoções os morros voltavam a ser ocupados⁶⁴.

A preocupação com as ocupações irregulares agigantou-se de tal forma que a Prefeitura do Rio de Janeiro editou o Decreto nº. 6.000, de 01 de julho de 1937, o qual, definindo o significado do termo “favela”, proibiu sua formação (art. 349, caput), a construção de novas habitações nas já existentes (§1º), ordenava às Prefeituras a adoção de providências para impedir a formação de favelas ou a ampliação das já existentes (§2º), estabelecia como sanção ao descumprimento de tais determinações a demolição (§3º), dentre outras providências⁶⁵.

O referido decreto efetivamente relegou ao plano marginal as favelas, caracterizando de forma incontestada a ausência de regulamentação por parte do poder público e dando os contornos da definição jurídica da situação, a ilegalidade⁶⁶.

63 CORREA, Claudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 22 de novembro de 2008, p. 998-999. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf>. Acesso em 27 jul 2010. “O processo de favelização na sociedade brasileira teve origem em vários fenômenos sociais, que atingiram seu auge principalmente a partir da segunda metade do século XX, em razão do processo migratório, da explosão demográfica, do desemprego, de uma legislação excessivamente rigorosa, no que se refere ao parcelamento do solo urbano, e da omissão do Estado na implementação de políticas públicas adequadas e suficientes para prover a demanda por habitação adequada” (CARBONARI, Silvia Regina de Assumpção. Op. cit.).

64 GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os urbanistas: *Revista de Antropologia Urbana*. Ano 4, vol. 4, n. 5, fev/2007, p.

65 CORREA, Cláudia Franco. Op. cit., p. 1000-1001.

66 Ibidem, p. 1001.

No seio dessa ilegalidade, a favela se desenvolve e cresce cada vez mais embalada por um ciclo vicioso: informalmente, os indivíduos assentam-se em locais não permitidos, sem condições de habitabilidade e por isso acabam distantes da formalização pelo sistema imobiliário; devido às rígidas normas do sistema oficial, as pessoas, na maioria pobres, não podem pagar para formalizar a edificação de sua habitação e, portanto, recorrem à informalidade, a agrupamentos irregulares, onde compram, edificam, destroem sem qualquer ingerência estatal e assim, dia após dia, o cenário dinâmico das favelas transforma-se⁶⁷.

Desenvolve-se, em verdade, um sistema não oficial, avesso à legalidade e que é respeitado pelos moradores, que resolvem entre si os problemas advindos, já que não podem buscar socorro no Poder Judiciário, por mais que não se refiram ao direito de moradia. Há quem diga que “não estão totalmente errados nesse aspecto, pois o Estado não lhes proporciona infraestrutura básica, para que tenham uma vida digna, justamente por estarem em desacordo com o sistema oficial”⁶⁸.

Reflexo da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais, sobretudo em relação ao direito fundamental à moradia, “a autonomia das relações sociais existentes nas favelas faz com que nasça nelas um direito não oficial, capaz de criar figuras e negócios inexistentes no sistema formal, mas plenamente aceitos e respeitados”⁶⁹.

Exemplo evidente do afirmado é o direito de sobrelevação, conhecido como direito de laje.

Diz-se que a sobrelevação é “a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária”.⁷⁰

A doutrina estrangeira, comentando sobre o direito de superfície em Porto Rico, dá o exemplo do caso *Lozada Ocasio v. Registrador*:

*[...] los esposos Lozada son dueños de un solar urbano y de una casa terrera en concreto armado y bloques enclavados en dicho solar. Pactaron y consintieron con los esposos Contreras, previo el pago de quinientos dólares, con el propósito de que edificasen sobre la referida residencia terrera una casa, que en efecto es una segunda planta, para fines de vivienda, por valor de diez mil dólares. El pacto consta en escritura pública; en dicho documento los Lozada consintieron en que la aludida segunda planta (segundo piso) fuese inscrita en el Registro de la Propriedade a nombre de sus dueños, los Contreras*⁷¹.

67 CARBONARI, Sivia Regina de Assumpção. Op. cit.

68 CARBONARI, Sivia Regina de Assumpção. Op. cit.

69 Ibidem.

70 LIRA, Ricardo Pereira. O novo Código Civil, estatuto da cidade, direito de superfície. Número especial 2004. *Anais dos Seminários EMERJ* - Debate o novo Código Civil, parte II, jul 2002/ abr 2003, p. 151.

71 SILVA-RUIZ, Pedro F. Op. cit., p. 09-10.

A referida escritura pública foi apresentada a registro, sendo que o responsável pelo cartório de registro de imóveis da localidade recusou-se a realizar o ato, “*por tratarse de una propiedad por pisos, es decir, propiedad horizontal*” a qual não cumpria com os requisitos da Lei Especial de Propriedade Horizontal⁷².

O caso foi levado ao Judiciário e o Tribunal Supremo reconheceu como legítima a oposição do registrador, tratando-se efetivamente de propriedade horizontal, de condomínio pró-indiviso, que se confrontava com as disposições do Código Civil em relação à acessão em torno de bens imóveis. Contudo, ressaltou:

*[...] luego de ponderar el problema a la luz de nuestro derecho civil y de las mejores corrientes contemporáneas de pensamiento sobre el mismo, creemos [dice el Tribunal] que hay una cuarta solución más justa. Constituye este caso un de esos en que los tribunales tenemos que encarar uno de los muchos intrincados problemas que plantea, en su riqueza inagotable, la difícil pero enaltecedora tarea de aplicar el Derecho a la vida real*⁷³.

Assim afirmando, o Tribunal Supremo decidiu que o casal Contreras tinham adquirido um direito real de superfície. Ao edificarem sobre a casa dos Lozada, adquiriram um direito de propriedade sobre a casa (ao segundo piso), que ali construíram. Por essa razão, ordenou o registro no cartório de imóveis.

A decisão comentada efetivamente reconhece, no âmbito do direito de superfície, o direito de sobreelevação, o direito de laje, ou seja, como direito autônomo a possibilidade de utilizar-se de construção já acabada para elevar o segundo piso, edificando ali moradia.

Em Porto Rico, tal como no Brasil, não há regulamentação específica do direito de laje. Naquele país, tal como destacou o tribunal, correto estava o registrador ao denegar o pedido de registro, já que afrontava o ordenamento positivo.

Mas a decisão tratou de adequar o direito civil à realidade da vida das pessoas, às rápidas transformações da sociedade.

No Brasil, a situação não é de todo diversa; ao contrário, apresenta semelhança muitas.

O direito de laje, “em razão do pluralismo jurídico que nasce nas favelas, fundado no afastamento desses agrupamentos humanos do sistema jurídico oficial, nas quais vigora um outro direito, criado pelas normas existentes em cada comunidade específica”⁷⁴ é prática socialmente aceita e amplamente difundida.

72 Ibidem., p. 10.

73 Ibidem, p. 10-11.

74 CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. Op. cit.,

Sem reconhecimento oficial, para essas comunidades “o direito de laje refere-se ao poder de disposição que o proprietário da construção tem sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção e que [...] lhe pertence por direito.”⁷⁵.

Pesquisa jurídica realizada nos moldes da Antropologia demonstrou as vicissitudes da vida em uma favela e destacou o tratamento destinado ao direito de laje. Constatou envolver inúmeros aspectos contratuais, seja pela compra de laje já existente como pela aquisição do espaço aéreo (venda da laje ainda sem a construção da própria casa) e a existência de um mercado imobiliário paralelo especificamente voltado para conceder acesso à moradia à pessoas desprovidas de recursos financeiros que lhe permitissem a compra de imóveis na região central ou mesmo em bairros da classe média. Destacou que o modo de construção determina e condiciona diferenças de classes sociais no interior da comunidade, entre os moradores das lajes e os da superfície. Surpreendeu ao apontar a existência de “registro” próprios das aquisições de lajes, a cargo da associação de moradores⁷⁶.

Como apontado alhures, o direito positivo brasileiro não reconhece a legalidade de tais negociações, a despeito de serem socialmente aceitas e amplamente utilizadas.

A defesa poderia ser realizada sob a bandeira do direito de superfície. Tratar-se-ia de aplicação analógicas das disposições do Código Civil e do Estatuto da Cidade, apresentando-se também como direito real sobre coisa alheia, desdobramento do direito de propriedade.

O argumento contrário ao reconhecimento dessa espécie de direito assevera que:

O direito de superfície não seria aplicado ao “direito de laje”, pois o respectivo “direito” só pode ser abrigado no âmbito do sistema legal brasileiro, quando há o direito de propriedade, o que não ocorre nos casos de compra e venda de “lajes”. Ainda mais que, na grande maioria das vezes, ou a construção sobre a laje foi edificada em terreno invadido e é objeto de posse, ou foi construída amparada em ato de concessão ou de autorização celebrada pelo poder público [...]. Nesse caso, a edificação estaria construída sobre terras que são patrimônio do município, ou seja, seria edificada sobre um bem público⁷⁷.

75 Ibidem.

76 CORREA, Claudia Franco. Op. cit., p. 1007-1010.

77 Ibidem, p. 1009.

No direito estrangeiro, tem-se como exemplo a Suíça, Itália e Portugal. Encontram-se países nos quais é permitido ao construtor vender o prédio e reservar o espaço aéreo para posterior construção⁷⁸.

Retornando à questão da suposta ilegalidade do direito de laje no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a ausência de previsão legal expressa nesse sentido não pode ser utilizada como argumento para impedir a realização do direito de moradia.

É de todo sabido que, em relação às transformações sociais, o direito caminha a lentos passos. Não corresponde à demandas provenientes das relações interpessoais em tempo real, e requer alguma espera para que as questões sejam regulamentadas. Com o direito de laje não acontece de forma diferente. É criação social recente que traz consigo consequências jurídicas ainda inesperadas.

Se nas relações privadas a liberdade é a regra, permitindo-se tudo aquilo não expressamente proibido (art. 5º, II, CF), a ausência de previsão legal para o direito de laje não pode tingi-lo com a pecha da ilegalidade.

O princípio *superfície solo cedit* encontrou relativização quando se admitiu o direito de superfície no rol dos direitos reais. Invocá-lo para impedir o reconhecimento do direito de laje parece, agora, contrasenso. A relutância advém da forma como surgiu esse direito, na informalidade, como consequência da insuficiência do próprio Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais. A inexistência de moradias compeliu os indivíduos às margens da cidade, criando as favelas, que lá permanecem esquecidas.

Não se reconhece o direito de laje, pois, como apontado, muitas dessas “propriedades” edificam-se em outras já construídas em terrenos irregularmente ocupados ou mesmo em terras públicas. Passam despercebidas aos olhos dos poderes estatais as possibilidades de soluções aos problemas de ocupação do espaço urbano com a regulamentação de tal instituto.

Poderia o poder público conceder de forma regular o direito de superfície, com objetivos de assentamento de pessoas, de ordenação do crescimento das cidades e de fornecimento de moradias. Os agraciados com o direito de superfície poderiam, desde que de forma organizada e regulamentada, negociarem a sua “laje”, o que incentivaria um mercado imobiliário já existente de modo informal, trazendo para a legalidade. A construção civil tem a muito a ganhar e mesmo empregos podem ser gerados.

Mas, acima de todos os benefícios de ordem econômica, a regulamentação e implementação do direito já vivo nas comunidades das periferias das grandes cidades representaria a desobstrução das veias estatais no sentido de dar cumprimento e efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e afirmados internacionalmente por meio de tratados,

78 ASCENÇÃO, José Oliveira. Op. cit., p. 526.

protocolos tantos e convenções diversas. Seria importante passo dado pelo país no cumprimento do objetivo assumido perante a comunidade internacional de garantia de sustentabilidade e melhoria das condições de habitação de milhões de indivíduos.

Opor-se ao direito de laje é cortejar um positivismo exacerbado que não coaduna com os atuais tempos em que o juiz, na aplicação da lei, deve buscar os fins sociais a que a lei se destina, bem como o atendimento do bem comum, tal como predisposto no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A exigência constitucional do cumprimento, pelo exercício do direito de propriedade, de uma função social e a previsão do direito fundamental de moradia realizam-se na adoção do direito de laje, vez que permite aos poucos agraciados de recursos financeiros adquirirem habitação que lhes garanta o mínimo de respeito à sua dignidade enquanto indivíduos e cidadãos.

Regularmentar-se-ia a propriedade urbana em prol de objetivos coletivos e sociais e rumar-se-ia à construção de cidades sustentáveis, estando presente, é claro, vontade política a desobstruir a visão que hoje permite a perpetuação do descaso, a propagação da miséria e o vilipêndio a direitos.

7 Considerações finais

A exposição realizada no presente trabalho demonstra e deixa claro que dentre os objetivos de desenvolvimento do milênio, traçados pelas Nações Unidas, mais especificamente no que tange ao de garantir a sustentabilidade ambiental, há uma subdivisão de metas que vai desde o desenvolvimento, erradicação da pobreza, redução da perda da diversidade biológica, redução da proporção da população sem acesso permanente e sustentável à água potável segura e a esgotamento sanitário, até a melhoria significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de habitantes de bairros degradados. Para atingir essa última meta, é necessário reduzir a proporção da população urbana vivendo em assentamentos precários.

Concretizar as metas traçadas como objetivos do milênio, mormente aquela atinente à sustentabilidade do desenvolvimento e a melhorias das condições de habitação de muitos requer, antes, a compreensão das causas que provocaram o surgimento das situações que hoje se pretende combater (a ocupação e aglomeração humana sem planejamento em condições que coloquem em risco o meio ambiente e, por consequência, a qualidade da vida humana), de modo que a reflexão jurídica possa encontrar soluções viáveis e efetivas.

O desmedido crescimento das cidades, fruto do processo de urbanização seguido de perto da industrialização da sociedade brasileira e associado aos movimentos migratórios internos que atraíram os indivíduos às metrópoles (vindos do campo ou de cidades menores), culminou, em razão da impossibilidade de

oferta de empregos a todos e de espaço amplo destinado à moradia, na favelização e marginalização de muitos migrantes.

As situações em que se instalaram os novos indivíduos, ao redor das cidades, aglomerando-se em construções irregulares e sem infraestrutura, com pouca ou quase nenhuma atenção do Estado, violam, em verdade, o constitucional direito à moradia, tratado como direito fundamental social que, em resumo, apresenta-se como direito que necessita, ativamente, da atuação do Estado para implementá-lo, quer dizer, para executá-lo concretamente, pois a mera estruturação normativa não induz a qualquer solução e, no caso do direito de moradia, a complexidade e a dificuldade de execução surgem, de modo particular, com grandes percalços. Tais percalços são facilmente observados no espaço urbano, especificamente, em áreas irregularmente ocupadas por população de baixa renda.

Atentando-se para o fato que, dentre outros problemas, o exercício indiscriminado e ilimitado do direito de propriedade, no espaço urbano, acarreta problemas relacionados à ocupação das áreas destinadas às cidades e associação à questão de assentamento habitacional, procurou-se mitigar o direito de propriedade, condicionando-o ao cumprimento de uma função social.

No meio ambiente urbano, o direito de superfície revela-se como instrumento normativo hábil a garantir a observância da função social prevista constitucionalmente. Trata-se de direito real, um direito de propriedade de construções e plantações erigidas sob um terreno cuja propriedade pertence a outro que não o dono das construções e/ou plantações, e representa rompimento com o romano brocardo *superficies solo cedit*.

Reconhece-se a existência de duas relações jurídicas: uma de direito real sobre coisa alheia (o direito de superfície propriamente dito) e uma propriedade superficiária. Há, em verdade, uma relação básica que confere um direito real sobre o solo alheio, que faculta a construção, plantação ou manutenção do que fora construído e uma relação complementar que outorga a propriedade do que foi construído ou plantado com independência da propriedade do solo.

A despeito da iniciativa do legislador, no seio da ilegalidade/infomalidade, as favelas se desenvolvem e crescem embaladas por um ciclo vicioso: informalmente os indivíduos assentam-se em locais não permitidos, sem condições de habitabilidade e por isso acabam distantes da formalização pelo sistema imobiliário; devido às rígidas normas do sistema oficial, as pessoas, na maioria pobres, não podem pagar para formalizar a edificação de sua habitação e, portanto, recorrem à informalidade, a agrupamentos irregulares, onde compram, edificam, destroem sem qualquer intervenção estatal e assim, dia após dia, o cenário dinâmico das favelas transforma-se.

Desenvolveu-se, em verdade, um sistema não oficial, avesso à legalidade, que é respeitado pelos moradores, que resolvem entre si os problemas advindos, já

que não podem buscar socorro no Poder Judiciário, por mais que não se refiram ao direito de moradia. Há quem diga que não estão totalmente errados nesse aspecto, pois o Estado não lhes proporciona infraestrutura básica, para que tenham uma vida digna, justamente por estarem em desacordo com o sistema oficial.

Reflexo da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais, sobretudo em relação ao direito fundamental à moradia, a autonomia das relações sociais existentes nas favelas faz com que nasça nelas um direito não oficial, capaz de criar figuras e negócios inexistentes no sistema formal, mas plenamente aceitos e respeitados, como o direito de laje, que se apresenta, frise-se, de modo informal, mas socialmente aceito como a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária.

Sem reconhecimento pelo ordenamento jurídico positivo, o direito de laje segue fundamentando inúmeros negócios realizados em tais comunidades e os Poderes Públicos, inertes em regulamentar a matéria, deixam de proporcionar à comunidade benefícios de ordem econômica e dar cumprimento e efetividade aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e afirmados internacionalmente por meio de tratados muitos, protocolos tantos e convenções diversas. Seria importante passo dado pelo país no cumprimento do objetivo assumido perante a comunidade internacional de garantia de sustentabilidade e melhoria das condições de habitação de milhões de indivíduos.

Em verdade, a oposição ao reconhecimento do direito de laje é e continuará sendo veemente. Mas é preciso ter em mente que, diferentemente de institutos jurídicos pensados de forma abstrata por juristas, debatidos nos bancos da academia e aplicados por magistrados às vezes alheios à realidade do caso concreto, o direito de laje nasce da ótica do jurisdicionado, do cidadão, da prática social, da efetiva realidade das grandes cidades.

O direito não pode ficar alheio e permitir que pensamentos por demais positivistas impeçam a realização de um direito fundamental, estatuído na Constituição da República, cuja força normativa sobrepõe-se a qualquer ausência de previsão legal infraconstitucional. Assim, fornecendo e garantindo o direito à moradia está-se, também, garantindo-se o respeito à dignidade humana.

Referências

ASCENÇÃO, José Oliveira. *Direito reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ADAS, Melhem. *Panorama geográfico do Brasil: contradições, impasses e desafios socioespaciais*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1998.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 21. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORDENAVE, Sofia. Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington, D.C, el 16 de octubre del año 2002. Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Disponível em: <<http://www.cedha.org.ar>>. Acesso em: 11 maio 2010.

BRITO, Fausto. O deslocamento da população brasileira para as metrópoles. *Estud.av.*, São Paulo, v. 20, n. 57, Aug. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000200017&Ing=en&nrm+iso>. Acesso em: 22 abr. 2010).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O direito de superfície sob nova perspectiva. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 51, 31 mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458>. Acesso em 27 jul 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social dos bens de produção. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORREA, Claudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 22 de novembro de 2008, p. 998-999. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf>. Acesso em: 27 jul 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4 p. 105

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008;

GALVAO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. *R. CEJ*. Brasília, n. 25, jan/ jun 2004, p. 43.

GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíadas, 1993.

GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os Urbanistas. *Revista de Antropologia Urbana*. Ano 4, vol. 4, n. 5, fev/2007.

GUERRA, Sidney. Desenvolvimento sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU. In: GOMES, Eduardo Biachi; BULZICO, Bettina (Org.). *Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia*. Ijuí: Ed. Unijui, 2010.

ITURRASPE, Juan Bernardo. *El derecho real de superficie florestal*. Un atentado contra nuestra soberanía. Disponível em: <www.ecoportal.net/content/view/full/21158>. Acesso em: 27 jul 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIRA, Ricardo Pereira. O novo Código Civil, estatuto da cidade, direito de superfície. Número especial 2004. *Anais dos Seminários EMERJ* - Debate o novo Código Civil, parte II, jul 2002/abr 2003.

MACIEL, Alex Fabiano do Nascimento; CARVALHO, Carlos Alberto Rodrigues; CARVALHO, Gilzinete Gama de. Direito de superfície: sua função social. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9491/9057>>. Acesso em: 20 de jul 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

PÉREZ, Rómulo. Derecho de superficie y dimension social de la propiedad del suelo. Un instrumento para la implementación de políticas públicas activas de desarrollo urbano ambiental. *XXII Jornada de investigación: Urbe y territorio. IV Encuentro Regional de Investigación y II Seminario Red Mercociudades: festión urbana*.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Noções sobre a propriedade e função social. in: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

SILVA-RUIZ, Pedro F. *El derecho de superficie em Puerto Rico y Argentina*. Disponível em: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-de-superficie-en-puerto-rico-y>>. Acesso em: 20 jul 2010.

SOUZA, João Carlos de. Ocupações de Áreas Urbanas em São Paulo. Trajetórias de vida: linguagens e representações. *Revista Brasileira História*, São Paulo, v. 18, n. 35, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100016-&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr 2010.

SOUZA, Maria Adélia A. et ell. *Natureza e sociedade de hoje: uma leitura geográfica*. São Paulo: Hucitec/Ampur, 1994, p. 133.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, passim.

TOBENAS, José Carlos. *Derecho civil español, común y floral*. Derechos de cosas. Los derechos reales restringidos. 10. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965, t. 2, v. 2, p. 302-303.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; PACANARO, Renato Franco. Função social da propriedade e direito de superfície. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28362.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 151.

Recebido em 25/10/2010

Aceito para publicação em 23/02/2011

EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES AND THE SHORTAGE
OF FINANCIAL RESOURCES

Maria de Fátima Ribeiro¹

Sumário

1. Introdução. 2. O orçamento público: questões relevantes. 3. Orçamento participativo, audiências públicas e os indicativos legais. 4. Políticas públicas: Uma questão orçamentária. 5. Efetivação das Políticas Públicas e a escassez de recursos financeiros. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction; 2. Public budget: relevant issues; 3. Participative budget, public hearing session and writing laws; 4. Public policies: a budgetary matter; 5. Public policies establishing and the shortage of financial resources; 6. Finals remarks. References.

Resumo

O orçamento é o principal instrumento de realização de políticas públicas. Assim, a finalidade do Estado, ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é a de realizar os objetivos fundamentais da Constituição Federal. Dentre esses objetivos, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, cujo limite de partida será sempre o mínimo existencial, que ao mesmo tempo, vem delimitado em linhas gerais pelos princípios constitucionais e pelos direitos e garantias individuais e coletivos. Será avaliada a necessidade da atuação do Poder Judiciário, garantindo a aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, e, ao mesmo tempo, promovendo a efetivação dos direitos fundamentais através de decisões judiciais. Havendo necessidade dessa atuação, é de se verificar quais os parâmetros de controle a serem observados e como operacionalizá-los, de modo a obter uma efetividade dos direitos que exigem a prestação de serviço ou de atendimento público, sem perder de vista os contornos constitucionais. A realização do mínimo existencial não pode depender de uma discricionariedade dos Poderes

1 Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP, Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília – SP. Advogada e Vice-Presidente do Instituto de Direito Tributário de Londrina – PR.

Executivo e Legislativo, comprometendo recursos financeiros para atender algumas áreas em detrimento de outras mais essenciais.

Palavras-chave: Orçamento público. Políticas públicas. Recursos financeiros.

Abstract

Budget is the main instrument to implement public policies. Thus, the purpose of State by obtaining resources, and then spend them in the form of works, provision of services, or any other public policy, is to achieve the fundamental objectives of the Federal Constitution. Among these objectives, we highlight the human dignity, whose departure limit will always be the existential minimum that, at the same time encloses the principles of the Constitution and the individual and collective rights and guarantees. We will evaluate the necessity of court acting, ensuring the applicability of the principle of separation of powers, and, at the same time, promoting the implementation of fundamental rights through judicial decisions. If there is need for such action, which is likely to be control parameters to be observed and how to optimize them in order to obtain an effectiveness of rights that require the provision of service or public service, without losing sight of the constitutional contours. The completion of the existential minimum cannot be made subject to the discretion of the Executive and legislative branches, committing financial resources to address some areas at the expense of other more essential.

Key words: Public Budget. Public policies. Financial resources.

1 Introdução

O debate em torno da efetividade das políticas públicas que visam garantir os direitos fundamentais preconizados pela Carta Constitucional ainda demanda discussões doutrinárias e, principalmente, a apreciação desses direitos pelo Poder Judiciário, que frequentemente é provocado para manifestar-se sobre a liberação de recursos públicos. Com isso, é necessário verificar a possibilidade de aplicar os dispositivos constitucionais pertinentes, com vistas às ações do Estado, deliberadamente em políticas públicas, considerando a costumeira escassez de recursos.

O Estado moderno necessita, cada vez mais, de recursos financeiros para atender às necessidades coletivas. Tais despesas integram o orçamento público. O orçamento não é um mero documento contábil e administrativo. Ele deve considerar o interesse da sociedade. Assim sendo, o orçamento deve refletir um plano de ação governamental. Diversas são as diretrizes, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais para orientar a realização e execução do orçamento público.

A destinação e os valores que serão utilizados para a implementação dos serviços públicos, dependem de decisão política quando da elaboração do

orçamento público. Nesse contexto há que se falar no desenvolvimento de políticas públicas, antes, porém, a sua inclusão no orçamento. É o Estado que elege quais despesas pretende realizar e suas respectivas prioridades. Há, então, o controle quanto aos gastos públicos que o Estado deve realizar nos termos da legislação aplicável, sob pena de nulidade da despesa realizada.

A Constituição Federal de 1988 é considerada como uma das Cartas mais avançadas em matéria de proteção dos direitos fundamentais. Então, a questão que se apresenta é a de saber quais as prioridades a serem adotadas no momento da definição e da execução dos gastos públicos. Posteriormente, poderá ser avaliada a necessidade da atuação do Poder Judiciário, garantido a aplicabilidade do princípio da separação dos poderes e, ao mesmo tempo, promovendo a efetivação dos direitos fundamentais através de decisões judiciais. Havendo necessidade dessa atuação, é de se verificar quais os parâmetros de controle a serem observados e como operacionaliza-los, de modo a obter-se uma efetividade dos direitos que exigem a prestação de serviço ou de atendimento público, sem perder de vista os contornos constitucionais.

Devem ser considerados também os objetivos e os valores fundamentais da República, estatuídos no art. 3º da Constituição Federal, bem como os limites constitucionais que são representados pelos valores, objetivos fundamentais da República e programas trazidos pelo texto constitucional, conforme estão demonstrados: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Todos estes objetivos fundamentais devem ser observados pelo Poder Público, notadamente pela edição de normas e demais comandos para o seu atendimento por meio do planejamento e, conseqüentemente, nos orçamentos de cada ente político da Federação.

Ao comentar sobre as limitações aos gastos públicos, Scaff² pontifica que esses também podem ser materiais, pois o uso de recursos públicos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição sejam alcançados. Scaff³, citando Roberto Alexy, destacou: “é imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer sua liberdade real.” Assim, os gastos públicos não permitem que o legislador e, muito menos, o administrador, realizem gastos de acordo com suas

2 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: HERINGER, Astrid et al. (Org.) *Direito e Justiça: reflexões jurídicas. Temas de Direito Econômico e Tributário*. . Ed. Uri, Ano 5, nº 8, junho/2006, p. 152.

3 Id. Ibidem.

livres consciências, de forma desvinculada aos objetivos estatuídos no Artigo 3º da Constituição Federal.

Para a implementação dos direitos fundamentais, é de se verificar a questão orçamentária, em que medida há disponibilidade de recursos públicos para custear os direitos sociais. Com a distribuição das competências a Constituição Federal estabelece quais são as fontes de receita da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios bem como a repartição da receita entre os respectivos entes políticos da Federação. O próprio legislador constitucional indicou algumas situações (com finalidades específicas) cuja receita deverá estar vinculada e comprometida, devendo o gestor público se ater a elas, sob pena de improbidade administrativa.

2 O orçamento público: questões relevantes

Integram o orçamento da administração pública todas as previsões de receitas quanto as despesas que serão realizadas, conforme dispõe a Lei 4.320/64 que estatui as Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

As receitas públicas correspondem aos ingressos, procedentes da arrecadação de tributos ou de outras fontes e são destinadas à satisfação das necessidades públicas, mantidas pelo Estado. Para Aliomar Baleeiro⁴, a receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo⁵.

A Despesa Pública, por sua vez, é o “conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos.”⁶ Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias. Sob pena de crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI da Constituição Federal, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, inciso II.

Na Constituição Federal, o orçamento está previsto no art. 165, assim disposto: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. O Parágrafo 1º ressalta

4 BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, pág. 110.

5 Parágrafos 5º, 6º e 9º do art. 165, arts. 167 e 169 e incisos V a IX do art. 52. As despesas públicas devem ser legalmente autorizadas pelo Congresso Nacional, quando da aprovação da lei orçamentária, conforme depreende o texto constitucional.

6 BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, pág. 73.

que a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Já a lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, como está disposto no parágrafo 2º do referido Artigo.

O parágrafo 4º, consequentemente, estabelece que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição Federal serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

A lei orçamentária anual, como determina o parágrafo 5º do art. 165 da Constituição Federal, compreenderá:

- I - O orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- II - O orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- III - O orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (§ 6º do art. 165 da Constituição Federal).

Os orçamentos previstos no § 5º, I e II do art. 165 da Carta Constitucional, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional. Referido destaque é relevante para analisar esse conteúdo juntamente com o artigo 3º, bem como com o artigo 170 da Constituição Federal que estabelece os objetivos fundamentais da República e os princípios e fundamentos da ordem econômica. Com isso, a Constituição Federal oferece todas as diretrizes para a elaboração, execução e controle do orçamento do Governo Federal. De igual modo, tais parâmetros são estabelecidos nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios.

Aliomar Baleeiro conceitua orçamento como “o ato pelo qual o Poder legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor,

as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei⁷.

Já José Afonso da Silva destaca que o

orçamento é o processo, é o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro⁸.

Dessa forma, o orçamento deverá prever as políticas públicas constituídas com a finalidade de atender os ditames constitucionais.

O art. 2º da Lei 4.320/64 estabelece que a Lei do Orçamento deverá conter a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade. O Art. 3º destaca que a Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lê. O Art. 4º enaltece que referida lei compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles, se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.

O orçamento é o principal instrumento de realização de políticas públicas. Assim, a finalidade do Estado, ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é a de realizar os objetivos fundamentais da Constituição Federal. Dentre estes objetivos, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, cujo limite de partida será sempre o mínimo existencial e, que, ao mesmo tempo, vem delimitado em linhas gerais pelos princípios constitucionais e pelos direitos e garantias individuais e coletivos.⁹

É no orçamento-programa que o Governo¹⁰ estabelece sua política com previsões de despesas e respectivas receitas. Tem-se, então, que a função de traçar as políticas públicas é de iniciativa do Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo na elaboração orçamentária, para posterior aprovação pelo Congresso Nacional, em se tratando do orçamento federal.

7 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 411.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 703.

9 LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 177.

10 Cf. o inc XXIII do art. 84 da Constituição Federal: *Compete privativamente ao Presidente da República: enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamentos previstos nesta Constituição*.

A Constituição Federal incluiu o orçamento público como importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político. Destacou, para tanto, a necessidade de aprovação de três leis, sendo: a Lei do Plano Plurianual (PPA) nos termos do art. 165, § 4º, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) como dita o art. 166, § 4º e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA.

Deve ser demonstrado pela Administração Pública que os objetivos constitucionalmente estabelecidos (artigo 3º) foram previstos no planejamento orçamentário, pois a Constituição cuidou de direcionar a conduta do legislador e do administrador, impondo diretrizes a serem necessariamente cumpridas. Portanto, a discricionariedade da Administração indica o modo como irá concretizar os objetivos da República, não devendo ser confundido com ampla liberdade, conforme enfatiza Piscitelli¹¹:

Seja na produção e fornecimento de bens e serviços públicos, seja atuando nas clássicas funções tendentes a promover o crescimento, a redistribuição e a estabilização, o Estado é o agente fundamental que, por meio de diferentes políticas, pode interferir decisivamente na atividade econômica de qualquer país.

Acrescenta, que por tais razões é que a função orçamentária e financeira da Administração Pública é tão importante. Em países em que já se adquiriu a consciência política de sua relevância em todas as atividades governamentais, os cidadãos e as instituições participam mais ativamente do processo de alocação e utilização dos recursos públicos.

Ao tratar da Lei Orçamentária anual, confirma o autor¹² que essa lei, com base nas estimativas e autorização para a obtenção de receitas, fixa, até o encerramento da sessão legislativa, os gastos para o exercício seguinte. Esse é o calendário previsto, tudo dentro de uma perspectiva de planejamento a médio prazo, com planos plurianual nacionais, regionais e setoriais. E que o planejamento é uma forma de a sociedade, por meio de seus representantes e instituições, aferir suas potencialidades e limitações, coordenando seus recursos e esforços para realizar, por intermédio das estruturas do Estado, as ações necessárias ao atingimento dos objetivos nacionais. Portanto, é irrecusável a tarefa de identificar

11 PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2.004, p. 18-20.

12 PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2.004, p. 18-20.

e avaliar a direção e o papel do Estado, a gestão dos recursos e a destinação final do gasto público.

É preciso conquistar o orçamento, torná-lo, de fato e de direito, o que ele deveria ser, é o que assegura Gustavo Amaral¹³, ao salientar que é o momento máximo da cidadania, em que as escolhas públicas são feitas e controladas. A experiência brasileira, contudo, é antiorçamentária, não apenas pela hipertrofia do Executivo, mas pela própria desconfiança quanto ao orçamento. Destaca que a realidade brasileira é a de progressiva vinculação de recursos para os mais variados fins. Há, portanto, um longo caminho a percorrer. Ele depende, contudo, que não se tenha como “direito fundamental incontrastável com questões menores” como as finanças públicas e o fornecimento de todo e qualquer medicamento¹⁴.

E, nesse contexto, destaca-se que o orçamento é o palco no qual devem estar explicitadas as políticas públicas de um Estado, em um determinado momento. E, nele, o Estado, conjuntamente as funções Executiva e Legislativa devem se fazer presente, via processo orçamentário, desde a elaboração do plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias, e com a lei orçamentária anual.

O Poder Judiciário deve, exercer seu papel constitucional de julgamento das políticas públicas no sentido de implementação gradual dos direitos fundamentais à prestação e de garantia da dignidade humana, alcançando o bem da vida àqueles que lhe socorrerem¹⁵. Esta é uma questão polêmica que requer cuidadosa análise.

Embora, sejam objeto de apreciação no item 4 e 5, serão, desde já, traçadas considerações a respeito da atuação do Poder Judiciário, quando da liberação de recursos financeiros para atender interesses individuais ou coletivos. Vem a calhar, então, a posição de Régis Oliveira¹⁶ quando escreve que:

13 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In Sarlet, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102.

14 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* Obra cit. p. 102. Não se quer dizer que a partir de um patamar monetário o direito mude, mas que necessidades e possibilidades devem ser ponderadas e que essa ponderação deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária, segundo os autores.

15 PISCITELLI, Ruy Magalhães. A Dignidade da Pessoa e os Limites a ela impostos pela reserva do possível. In: http://www1.tjrs.jus.br/institu/c_estudos/doutrina/Dignidade_da_pessoa.doc (acesso em: 19/12/2010). Destaca o autor: “Mas, para isso, no dia a dia dos foros, deveriam os Magistrados atentar para a execução orçamentária e a reserva do possível, ponderando a garantia ao mínimo existencial, desde que com previsão orçamentária, com as necessidades ilimitadas de toda a coletividade, conforme opções feitas previamente naquela peça, que deveria ser a mais importante garantia cidadã de concreção de direitos. Lícito ao Magistrado, em acaso não havendo dotação e execução orçamentária, aí sim, a provisão por ato jurisdicional da efetivação do direito fundamental ora buscado. A não ser assim, pensamos que o Judiciário não só estaria assumindo a tarefa do legislador e do administrador (o que não deve ocorrer), mas perdendo sua imparcialidade para julgamento de eventual política pública.”

16 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 404.

descabe ao Judiciário, decisão de tal quilate. No entanto, se o fizer, determinando, por exemplo, a construção de moradias, creches, etc., e transitada em julgado a decisão, coisa não cabe ao Prefeito que cumprir a ordem. Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. Esclarecerá à autoridade judicial a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão com trânsito em julgado, diante da falta de previsão orçamentária, e obrigar-se-á a incluir na futura lei orçamentária recursos para o cumprimento da decisão¹⁷.

Há doutrinadores¹⁸ que defendem a posição de que, diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais, cabe ao Estado efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades. Tais escolhas consistem na definição de políticas públicas, cuja implementação depende de previsão e execução orçamentária. E que as escolhas realizadas pelo Estado devem ser pautadas pela Constituição Federal, documento que estabelece os objetivos fundamentais que deverão ser satisfeitos pela autoridade estatal.

A título de complementação serão incluídas algumas notas sobre a participação popular na discussão, aprovação e execução do orçamento participativo e de audiências públicas que envolvam interesses relacionados à destinação de recursos financeiros para aprovação e implementação de políticas públicas.

3 Orçamento participativo, audiências públicas e os indicativos legais

A iniciativa na elaboração do orçamento é do Poder Executivo e é encaminhada ao Poder Legislativo, por previsão constitucional, como já explicitado anteriormente. No entanto, o inciso XII do artigo 29 da Constituição Federal prevê a cooperação de associações representativas no planejamento municipal,¹⁹ o que possibilita a participação da sociedade direta ou indiretamente na discussão da alocação de recursos para atender às finalidades pertinentes.

17 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 404.

18 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 18. Acrescenta o autor que a vinculação dos gastos públicos aos objetivos constitucionais é lógica.

19 De igual modo também prevê a Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 48), e a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade: art. 2º, II e 4º, III, alínea f, e arts. 43 a 45.)

A democracia participativa, para ser exercida, necessita contar com uma sociedade civil organizada, cobrando de seus governantes uma postura que se coadune com os interesses desta sociedade, entre outras circunstâncias.

Nesse sentido ressalta Fernando Borges Mânica:

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais. Neste cenário, a Constituição de 1988 alçou o orçamento público a importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político²⁰.

A elaboração do orçamento participativo destina-se ao exercício de cidadania ativa, possibilitando aos cidadãos a participação nas decisões políticas, especialmente no processo de elaboração e execução do orçamento do município, visando à efetivação de políticas públicas.

Embora não conste expressamente do texto constitucional de 1988 a participação da comunidade na realização do orçamento, é possível verificar esse instituto, a exemplo do art. 48, parágrafo único da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que assevera:

São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Referida Lei também destaca que a transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos. Assim, há previsão legal para que a sociedade possa participar da discussão orçamentária, como plano da respectiva sociedade de receitas e despesas.

O art. 4º, §3º e art. 44 da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em especial esse último artigo que impõe a discussão do orçamento como pressuposto obrigatório para aprovação do projeto pelas câmaras municipais, merecem ser

20 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. p. 3.

destacados. Estabelece o art. 44 que, no âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei, incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Escreve Sergio Assoni Filho²¹ que o controle social do orçamento público no âmbito local aproxima as decisões governamentais do genuíno anseio popular, tornando a ação estatal mais efetiva e à medida do cidadão individualmente considerado, prestando-se também ao seguinte:

a) propicia maior eficiência na alocação de recursos; b) assegura maior efetividade no planejamento econômico; c) ensina a hierarquização de prioridades; d) obsta o arbítrio governamental, mediante um controle da execução orçamentária mais profícuo; e) promove a democratização do poder, conferindo visibilidade ao processo de tomada de decisões políticas; f) favorece a continuidade administrativa; g) educa para a cidadania, contendo um forte caráter pedagógico.

Pode-se, então, afirmar que existem diversos dispositivos legais que possibilitam a participação popular na elaboração e aprovação do orçamento e destinação de verbas públicas entre outras participações que envolvem interesses da sociedade, conforme apontado. Embora de maneira ainda pouco expressiva, deve ser considerada uma breve evolução neste sentido, para a inclusão de políticas públicas no orçamento no âmbito municipal.

4 Políticas públicas: uma questão orçamentária

A Constituição Federal de 1988 elegeu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, dispondo no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Por isso, esses direitos também estão sujeitos ao que determina o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Aplicabilidade imediata não significa, contudo, que o Estado está obrigado a prestar e a garantir os direitos de forma absoluta. Nesse sentido é possível, portanto, ver uma possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível, uma vez que não há como negar fatores como escassez de recursos ou mesmo disponibilidade de verbas orçamentárias²².

21 ASSONI FILHO, Sérgio. Democracia e controle social do orçamento público. In: *Juris Síntese*, n. 55, set./out. 2005, p. 5.

22 KELBERT, Fabiana Okchstein e SARLET, Ingo Wolfgang (orientador). *A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*. Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, PUCRS III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2008, p. 2.

Referidos direitos reclamam, quanto a sua efetivação, um mínimo de concretização. Isso significa que a reserva do possível não pode ser usada para justificar nenhuma concretização. Isso equivale a lesar o direito social em questão²³. Portanto, deve ser verificado qual o mínimo de conteúdo que pode ser exigido do Estado quando da realização dos direitos sociais, considerando a impossibilidade de realização plena.

Canotilho²⁴ destaca a questão financeira para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal, sendo que a realização desses está atrelada à capacidade financeira do Estado, apresentando a reserva do possível como:

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedora de direitos sociais.

Ao escrever sobre a reserva do possível, Fernando Scaff²⁵ apresenta que, como

o Estado não cria recursos, mas apenas gerência os que recebe da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que gerência, seja através de arrecadação própria ou de empréstimos obtidos junto ao mercado. Destaca, ainda, que quem estabelece para o Estado estas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade através de seu ordenamento jurídico²⁶.

A reserva do financeiramente possível pode ser entendida como a realização dos direitos sociais condicionada à disponibilidade e ao volume de recursos suscetíveis, para que não se inviabilize todo o sistema, localizada no

23 Id. Ibidem.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 107.

25 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: HERINGER, Astrid et al. (Org.) *Direito e Justiça: reflexões jurídicas. Temas de Direito Econômico e Tributário*. . Ed. Uri, Ano 5, nº 8, junho/2006, p. 147.

26 Ib.Idem.

campo discricionário das decisões oriundas das políticas de governo e das atividades legislativas, as quais estão sintetizadas no orçamento público. Ou, como apresenta Mariana Filchtner Figueiredo²⁷, ao comentar sobre o sistema de saúde:

A reserva do financeiramente possível pode ser assim interpretada como objeção à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais a prestações materiais, consistente no respeito às decisões orçamentárias estabelecidas pelo legislador democrático, na ponderação concreta entre a escassez dos recursos financeiros disponíveis e o dever de otimizar a concretização dos direitos fundamentais.

Como todos os direitos custam dinheiro, a reserva do possível só pode ser invocada para aquelas situações que extrapolem o mínimo existencial e que se refiram aos indivíduos que possuam meios de obter por si sós a prestação pretendida. No que parece ser desatenção sobre o uso da reserva do possível, costuma-se dizer que “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos²⁸” De fato, elementos que devem ser considerados no embate entre os direitos a prestações e a escassez de recursos são os ditames econômicos nacionais²⁹.

Neste sentido, é comum a confusão entre reserva do possível e reserva orçamentária, pela qual se entende que certos direitos, notadamente os direitos sociais, estão sujeitos à dotação orçamentária, isto é, à disponibilidade financeira ou material.³⁰ A realização do mínimo existencial não pode depender de uma discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, comprometendo recursos financeiros para atender algumas áreas em detrimento de outras mais essenciais.

A reserva do possível não deve ser observada somente sob o prisma econômico, mas, também, pelo fato de que mesmo as leis orçamentárias têm um grau jurídico-normativo³¹.

27 FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Direito fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78.

28 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

29 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Essencial: Paradigmas para uma Definição. Trabalho publicado nos *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em Brasília-DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3.734.

30 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 135.

31 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. Trabalho publicado nos *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em Brasília-DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3.734.

No que se refere à jurisprudência, pode-se verificar uma linha de transição. Após o entendimento segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário intervir na definição de quaisquer políticas públicas, por óbice decorrente do princípio da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, algumas decisões passaram conceber tal intervenção, nos casos em que se discutisse a efetivação de direitos fundamentais. Passou-se a admitir, assim, a prevalência absoluta dos direitos fundamentais. Entretanto, em face da limitação de recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais sociais ao mesmo tempo, passou-se a sustentar, como restrição a tal intervenção do Poder Judiciário em caráter absoluto, “a teoria da reserva do possível³².”

5 Efetivação das políticas públicas e a escassez de recursos financeiros

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, destaca, no art. 25, que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Por sua vez, a positivação do direito ao mínimo existencial se dá pela legislação infraconstitucional³³.

Estabelece o artigo 196 da Constituição Federal que é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ao mesmo tempo, o art. 6º afirma que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A Constituição Federal fez distinção entre as prestações de saúde que constituem a proteção do mínimo existencial e das condições necessárias à existência, que são gratuitas, e as que se classificam como direitos sociais e que podem ser custeadas por contribuições. Com isso, inclui as atividades preventivas

32 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 12.

33 Como foi o caso da Lei nº 8.742 de 07.12.93, que ao dispor sobre a organização da assistência social, destaque a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (art. 1º).

em geral, o direito ao atendimento integral e gratuito, afirma Ricardo Lobo Torres³⁴. Por sua vez, a medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos são remunerados, pelos pagamentos das contribuições, ao sistema de seguridade público ou privado. No entanto, deve ser considerada a exceção das situações de atendimento de pessoas que têm o direito ao mínimo de saúde, sem qualquer contraprestação financeira, considerando tratar-se de direitos fundamentais.

Para tanto, política pública deve ser compreendida como um conjunto de atuações do Poder Público e não como ato ou atos isolados. Como esclarece Fábio Konder Comparato³⁵, “é um programa governamental”, não se restringindo às normas ou atos singulares, mas antes consistindo “numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado”. Na sequência, acrescenta que toda política pública, como programa de agir, envolve uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos (pessoais, institucionais e financeiros), tais como leis, regulamentos, contratos e atos administrativos.

Nessa mesma esteira, Cristiane Derani³⁶ afirma que política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes.

Sob o ponto de vista de Canotilho, o destaque da doutrina constitucionalista demarca:

Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais³⁷.

A relação entre as políticas públicas e o orçamento é ponderada por Ricardo Lobo Torres ao destacar que

o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades

34 TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 147-8. Destaca o autor que as campanhas de vacinação, a erradicação das doenças endêmicas e o combate a epidemias são obrigações básicas do Estado.

35 O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 40, p.72-73. A ideia foi exposta em trabalho anterior: Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n.134, abr./jun. 1998.

36 DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito, UFPR*, nº41, 2004, p. 22.

37 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 369.

financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário.³⁸

Por sua vez, o conceito de política pública está relacionado com o orçamento, conforme ressalta Bucci³⁹: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

E prossegue⁴⁰:

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob forma de leis, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

De qualquer forma, a relação entre orçamento público e políticas públicas, é bem estreita como menciona Régis Fernandes de Oliveira:

a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas⁴¹.

As políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados⁴². Frequentemente, para a efetivação dos direitos sociais existe a reserva do possível como limite,

38 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110. v.5

39 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

40 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

41 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

42 Ensina Paulo Bonavides que: “Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros

mas não se tem explorado tal reserva como obrigação de gastar todos os recursos possíveis/disponíveis para implementar os direitos fundamentais. Dá-se realce ao signo “reserva”, mas não ao qualificativo “possível”. Afinal, o que é possível para o Estado Brasileiro em matéria de alocação de recursos para a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais? Será que não há mesmo dinheiro suficiente para investir em políticas públicas atinentes aos direitos sociais? Não, caso se queira resolver tudo de uma hora para outra. Mas sim, quando se projeta uma obrigação de progressiva satisfação desses direitos⁴³.

O Ministro Celso de Melo, no julgamento da ADIn n.º 1458-7 DF, manifestou:

se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

E ainda adiantou:

Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e efetuem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

Explicitou também, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dada um largo passo a frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais”. *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 211.

43 RAMALHO, Paula Afoncina Barros. A revisão judicial das escolhas e da execução orçamentárias como estratégia de efetivação dos Direitos Fundamentais prestacionais. In: *Revista Parahyba Judiciária*. Seção Judiciária da Paraíba – a. 6, v. 7 (Novembro, 2008). João Pessoa, 2008, p. 171.

De igual modo é a manifestação de Burkle⁴⁴:

a omissão do Estado que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O que se tem observado é que o Poder Judiciário tem verificado e exigido, não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência total de recursos. Nesse sentido, é a decisão do Supremo Tribunal Federal:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política⁴⁵.

Na decisão pode ser observado também que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível –

não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁴⁶.

Após estas considerações pode-se questionar: E se o orçamento não prever determinada despesa nem comportar a transferência ou realocação de verbas?

44 BURKLE, Rudi Rigo. *O controle judicial da administração pública face a não observância dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/05rudi.doc>. Acesso em 19.12.2010.

45 Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04)

46 STF, ADPF n. 45, MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, *Diário da Justiça*, Ed. 84, seção I, publicada em 04/05/2004. RTJ – 200-01, p. 191.

Pode o Poder Judiciário determinar que o Gestor Público preste um serviço, ou atue de modo a atender um direito fundamental de forma isolada ou com vistas à execução de políticas públicas?

O grande número de pedidos para atendimento dos direitos sociais poderá provocar um desequilíbrio financeiro, com o comprometimento nas finanças públicas. Daí a “reserva do possível forjar a abstenção de despesas desproporcionais, como é o caso de dispêndio de elevadíssima quantia em prol de um único beneficiário.”⁴⁷. Por isso, deve ser realizada análise cuidadosa sobre esta situação, considerando que, em alguns casos, os possíveis beneficiários dispõem de condições financeiras para pagar tais serviços.

Eduardo Appio, ao tratar do controle judicial das políticas públicas no Brasil, enaltece que:

Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através [sic] do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver. A decisão acerca das prioridades a serem conferidas pelo Estado nesta área é essencialmente uma decisão política e moral, que refoge do âmbito do controle judicial, motivo pelo qual as ações individuais em face do Estado não podem implicar a substituição da atividade administrativa⁴⁸.

Para analisar esta possibilidade de atuação do Poder Judiciário na destinação de recursos, se faz necessário abordar algumas considerações sobre a separação de poderes, que, embora uno, é dividido em três: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Poderes esses, independentes entre si, não podendo um deles sofrer interferência de outro. Muitas vezes, é observada relativa intervenção do Poder Judiciário junto aos demais Poderes, que, por certo, coaduna com o objetivo descrito nesse contexto.

47 NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. *Revista Parahyba Judiciário do Poder Judiciário* – Justiça Federal da Paraíba, João Pessoa, Ano 6, nº 7, novembro/2008, p. 232.

48 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 184. “Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto – como, por exemplo, a aquisição de um medicamento de alto custo pelo sistema público de saúde – implicará a redestinação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso. [...] O argumento de que os direitos que não encontram mecanismos jurídicos de proteção judicial seriam o equivalente a não direitos, desconsidera o espaço destinado ao Poder Executivo pela Constituição de 1988, na medida em que o juiz não tem condições de eleger, de forma discricionária, o conteúdo específico destes direitos. Muito embora aos cidadãos deva ser assegurado o mínimo existencial, especialmente nas áreas de educação e saúde, a capacidade dos governos não é ilimitada, e a universalização depende da execução de um projeto de governo”. Obra cit., p. 187.

Há, todavia, o entendimento segundo o qual, na verdade, no Brasil, não é adotado o mecanismo da separação dos poderes, e sim o do balanceamento dos poderes, pelo qual as funções típicas de cada poder podem, eventualmente, ser exercidas por outro⁴⁹.

A Constituição Federal contempla ampla proteção aos direitos fundamentais, especialmente na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, para alguns doutrinadores, seria possível ao Poder Judiciário intervir na esfera administrativa, quando o Poder Executivo deixar de atender os princípios fundamentais.

Mesmo que o princípio da separação dos poderes não resulte na não interferência do Poder Judiciário na esfera dos direitos sociais, é certo que deverá sempre haver um respeito pelo papel dos demais poderes da República.

O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar “discrecionabilidade legislativa” em “discrecionabilidade judicial”, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade da perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo – é o “Limite do Orçamento” de que falam os economistas, ou a “Reserva do Possível” dos juristas. Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro do outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como “descobrir um santo para cobrir outro.”⁵⁰ (Destaques do texto original).

Nesse mesmo sentido o Prof. Ricardo Lobo Torres, valendo-se de análise do direito americano, ressalta que a ordem para que o Poder Legislativo edite a lei, necessária à apropriação de recursos para a garantia dos direitos humanos, com a consequente reformulação do orçamento, passa a ser vista como compatível com a separação dos poderes e o federalismo⁵¹.

49 Exemplo disso são os poderes Judiciário e Legislativo que exercem, no âmbito interno, a função própria do Administrativo, ou seja, tais poderes possuem uma estrutura administrativa, que implica na emanação de atos administrativos, os quais são por eles emitidos. SILVA, Gustavo Aparecido da. Do controle judicial da administração pública. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 12.dez. 2010.

50 SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 157.

51 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 169.

Referindo-se à reserva do possível⁵², com possível desequilíbrio no orçamento público, envolvendo questões pertinentes ao direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet, ao comentar sobre o tema, cita o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes:

O Ministro Gilmar Mendes também já lembrou, em decisão recente, que existe um dever constitucional de investir recursos e até mesmo limites e pisos, que devem ser investidos na área da Saúde. Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da Saúde. Há provas cabais de Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à Saúde. Alegar reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia. [...] O ônus da demonstração, o ônus da prova da falta de recurso é do Poder Público; o ônus da necessidade do pedido é do particular⁵³.

Há, também, o argumento de que ao administrador é dada certa discricionariedade, segundo a qual lhe é permitido fazer ou deixar de fazer algo em virtude da oportunidade e conveniência. Com isso, pode registrar a possibilidade de o administrador se valer da reserva do possível, pela qual só se faz algo se os recursos o permitirem. Nesse sentido ressalta Gustavo Silva que

engana-se, todavia, quem assim postula. Isso, porque em se tratando de direitos fundamentais, tem-se, na verdade, opções vinculativas que o constituinte legou ao legislador infraconstitucional, isto é, algum direito fundamental só pode sofrer restrição em face de outro direito igualmente fundamental; grosso modo, valendo-se da cláusula da reserva do possível, ao administrador cabe optar por realizar um

52 A reserva do possível constitui em verdade (considerada toda a sua complexidade) espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantias dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direito, quando se cuidar da invocação (desde que respeitados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais) da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do Possível, mínimo existencial e Direito à Saúde: Algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais & Justiça* n. 1 – out/dez 2007, p. 189.

53 Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009. p. 74-81. Ingo Wolfgang Sarlet, na Audiência Pública mencionada ressaltou ser evidente a necessidade da reforma do sistema orçamentário e, quanto à judicialização da saúde, destaca que a solução melhor não é afastar os tribunais do direito à saúde.

entre dois direitos fundamentais, na impossibilidade de realizar os dois, e do modo mais adequado possível⁵⁴.

É também, o entendimento de Germano Schwartz⁵⁵ que pontifica que não há como alegar ausência de verba orçamentária para a consecução da saúde que é um direito de todos e dever do Estado.

Ao comentar sobre o mandando de injunção, o professor Ricardo Lobo Torres destaca que o mesmo deixou de ser instrumento de garantia dos direitos da liberdade e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania que estão interligados para assegurar também os direitos sociais e até os econômicos. Mas, segundo o autor⁵⁶, esses direitos que vivem sob a “reserva do possível”, subordinados à concessão do legislador e à previsão orçamentária, não poderiam ser adjudicados de acordo com normas estabelecidas pelo juiz.

Ainda há controvérsias sobre a efetivação de políticas públicas em determinados casos concretos, por parte da atuação do Poder Judiciário, como destaca Paula Afoncina Barros Ramalho⁵⁷, segundo o qual algumas decisões

principalmente de primeira instância, têm acenado para a possibilidade de revisão judicial das escolhas orçamentárias. Outras a têm negado, com base numa concepção ortodoxa do princípio da separação dos poderes e numa visão potencializadora dos espaços de discricionariedade administrativa. Falta, ainda, uma teorização consistente e um esforço analítico para a fixação de parâmetros de

54 SILVA, Gustavo Aparecido da. Do controle judicial da administração pública. Disponível em <http://www.lfg.com.br> em 12 dez. 2010.

55 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164-5.

56 TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 170. Destaca que poderia o mandado de injunção, desde que restringisse à reforma das instituições administrativas violadoras dos direitos fundamentais, sem ofensa à legalidade orçamentária e tributária, ter extraordinária importância para a garantia e o aperfeiçoamento do mínimo existencial no Brasil. Desta forma, as escolas, os hospitais públicos, asilos, creches, prisões entre outros bem que lucrariam com a fiscalização e a permanente intervenção do Poder Judiciário, através de normas que estabelecessem o padrão mínimo compatível com a dignidade do homem.

57 RAMALHO, Paula Afoncina Barros. A Revisão Judicial das Escolhas e da Execução Orçamentárias como estratégia de efetivação dos Direitos Fundamentais prestacionais. In: *Revista Parahyba Judiciária*. Seção Judiciária da Paraíba – a. 6, v. 7 (Novembro, 2008). João Pessoa, 2008, p. 172. A autora destaca, ainda, que o problema aparece, justamente, quando o órgão democraticamente legitimado permanece inerte, ao não prever, por exemplo, alocação de recursos para a implementação de uma política pública já traçada, ou então quando age em desconformidade com as escolhas prioritárias feitas pela Constituição, ao deixar de desenvolver uma política pública de habitação sob as escusas de falta de dinheiro, ao passo que veicula, na peça orçamentária, uma exponencial rubrica para a propaganda governamental, para a compra de luxuosos veículos para o transporte de autoridades públicas, para a realização frequente de shows, etc. Nestes casos, parece claro que é função do Judiciário corrigir essas distorções, ainda que isso implique assumir uma posição contra majoritária. Mas, ao fazê-lo, não pode basear-se em razões de política. Obra cit., p. 170.

controle judicial, de modo a minorar essas oscilações jurisprudenciais, sempre danosas à segurança jurídica.

Ricardo Augusto Dias da Silva⁵⁸, ao tratar da jurisprudência nacional e da reserva do possível, destacou que:

A jurisprudência nacional, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como referido [...] sobre o *mínimo existencial*, têm pautado majoritariamente seu entendimento pela aplicabilidade e recepção da teoria da *reserva do possível*, fundamentando as decisões não somente pela disponibilidade de recursos, mas também ao argumento das competências constitucionais estabelecidas, do princípio da separação dos Poderes, da reserva da lei orçamentária e ainda do princípio federativo. (Destaques do original)

6 Considerações finais

Cada um dos poderes constituídos deverá exercer o seu papel para implementar os direitos fundamentais, considerando que o orçamento de cada ente da Federação, deve incluir as políticas públicas, conforme previsões legais que as autorizem.

O Estado não pode perder de vista os objetivos fundamentais, traçados no artigo 3º da Constituição Federal. E, para atender a tais objetivos, deve elaborar um planejamento adequado, com um orçamento que lhe permita a viabilização dos direitos sociais, assegurando existência digna a todos.

De igual modo, o Estado não pode alegar escassez de recursos, a fim de justificar sua omissão, se os limites constitucionais não tiverem sido observados. Por isso a reserva do possível não pode ser alegada para justificar o comportamento omissivo do Gestor Público.

Os direitos mínimos garantidos constitucionalmente e as políticas públicas necessárias para sua implementação necessitam de recursos para serem

58 SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 198. Os tribunais superiores têm aplicado a teoria da reserva do possível nas demandas versando sobre direitos sociais, excepcionando apenas as que se referem ao Direito Fundamental à saúde e à educação, momento em que tem aplicado o princípio do mínimo existencial, escreve o autor. Adriana Dragone Silveira demonstra, em sua tese de doutorado, que as ações com pedidos individuais são atendidas com mais facilidade, mas quando requisitam medidas para ampliação do atendimento ou para criação de políticas públicas, o Tribunal de Justiça de São Paulo, não se mostrou coeso para a concessão, tendo em vista a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário na condução de políticas públicas e na questão orçamentária. SILVEIRA, Adriana A. Dragone. *A garantia do direito à educação básica e os desafios de natureza orçamentária*: discussão sobre a Teoria da Reserva do Possível. ANPED/ GT 5. Curitiba, 12 e 13 de agosto de 2010, p. 6.

concretizados. É papel do Estado tanto rever quanto aplicar adequadamente esses recursos arrecadados para atender as necessidades coletivas.

O orçamento é o principal instrumento de realização de políticas públicas, de modo que o controle judicial dessas políticas que viabilizam os direitos sociais que necessitam efetivar determinadas prestações passa, necessariamente, pelo controle da disponibilidade de recursos e da execução orçamentária.

Até que ponto o Poder Judiciário pode exigir do Poder Executivo a disponibilidade de recursos para atender aos interesses da coletividade (necessidades públicas individuais e coletivas), em sede de direitos fundamentais? Não é uma tarefa, fácil devido à subjetividade da situação. Isto porque, se o Poder Judiciário determinar ações para o cumprimento do Estado, que colocam em risco o equilíbrio orçamentário, em detrimento da garantia do atendimento de outros direitos de igual calibre, poderá comprometer outros Programas e Projetos, igualmente prioritários.

Deve ser avaliado que a reserva do possível pode ser requerida e concedida pelo Poder Judiciário para as situações individuais, que se encontrem abaixo do mínimo existencial.

A sociedade deverá continuar participando de forma mais expressiva na elaboração e aprovação dos orçamentos, das audiências públicas e da execução dos mesmos, viabilizando, assim, a adoção de políticas públicas adequadas à realidade e às necessidades coletivas.

De igual modo, por meio das entidades representativas, a sociedade poderá participar ativamente, verificando a execução do orçamento e as respectivas aplicações de recursos financeiros destinados à execução e implementação de políticas públicas.

Referências

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

ASSONI FILHO, Sérgio. Democracia e controle social do orçamento público. *Juris Síntese*, n. 55, set./out. 2005.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. (Atual. Dejalma de Campos.) 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. São Paulo: Polis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURKLE, Rudi Rigo. *O controle judicial da administração pública face a não observância dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/05rudi.doc>. Acesso em: 19 dez. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: ed. Coimbra, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 40.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 41, 2004.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtniner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELBERT, Fabiana Okchstein Kelbert. A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. *III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS*, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 169-186.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. O Controle de Políticas Públicas: Um Desafio à Jurisdição Constitucional. *Revista Parahyba Judiciário do Poder Judiciário – Justiça Federal da Paraíba*, João Pessoa, Ano 6, n. 7, nov./2008, p. 209-247.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Essencial: Paradigmas para uma Definição*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20 a 22 de novembro de 2008, p. 3.722-3.744.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

PISCITELLI, Ruy Magalhães. A Dignidade a Pessoa e os Limites a ela impostos pela Reserva do Possível. Acesso em 19/12/2010. http://www1.tjrs.jus.br/institu/c_estudos/doutrina/Dignidade_da_pessoa.doc

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2.004.

RAMALHO, Paula Afoncina Barros. A Revisão Judicial das Escolhas e da Execução Orçamentárias como estratégia de efetivação dos Direitos Fundamentais prestacionais. In: *Revista Parahyba Judiciária*. Seção Judiciária da Paraíba – a. 6, v. 7 (Novembro, 2008). João Pessoa, 2008, pág. 159-174.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bentti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265-283.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do Possível, mínimo existencial e Direito à Saúde: Algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais & Justiça* n. 1 – out/dez 2007, p.171-213.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-172.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: HERINGER, Astrid et. al. (Orgs.) *Direito e Justiça: reflexões jurídicas. Temas de Direito Econômico e Tributário*. Ed.Uri, Ano 5, nº 8, junho/2006, p. 143-159.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Gustavo Aparecido da. Do controle judicial da administração pública. [http:// www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br) Disponível em 12.12.2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. A Garantia do Direito à Educação Básica e os Desafios de Natureza Orçamentária: Discussão sobre a Teoria da Reserva do Possível. *ANPED/ GT 5*. Curitiba, 12 e 13 de agosto de 2010 (Estado e Políticas Educacionais) Intercâmbio: Federalismo e Políticas educacionais na efetivação do direito à educação no Brasil -Curitiba, 12 e 13 de agosto de 2010.

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

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000. v.5.

Recebido em 08/08/2011

Aceito para publicação em 22/11/2011

FUNÇÃO LEGISLATIVA EXERCIDA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR MEIO DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

HOW THE PRESIDENT GETS LEGISLATIVE POWER BY EDITING PROVISIONAL MEASURES

André Luiz dos Santos Nakamura¹

Sumário

1. Origem da medida provisória. 2. O descontrole na edição de medidas provisórias decorrente das reedições e da ausência de observância dos requisitos para sua edição. 3. Dos requisitos para a edição de uma medida provisória: relevância, urgência e reversibilidade dos efeitos. 4. A emenda 32/2001: a restrição para ampliar. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Origin of provisional measure. 2. The uncontrolled issuing of provisional measures resulting from reissues and lack of requirements compliance for editing. 3. Regarding the requirements for and issue of provisional measures, relevance, urgency and reversibility of effects. 4. Amendment 32/2001: restriction to extend. 5. Final remarks. References.

Resumo

A medida provisória, um instituto importado do direito italiano, destinado a ser somente um expediente extraordinário para casos urgentes, transformou, na prática, o Presidente da República em Legislador, causando grave ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Separação poderes. Medidas provisórias

Abstract

The provisional measure, an institute imported from the Italian law, only for extraordinary urgent cases, turned the President into a Legislator, causing serious harm to the principle of separation of powers.

Key words: Power separation. Provisional measures

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito pela PUC-SP.

1 Origem da medida provisória

A Constituição de 1988 extinguiu o Decreto-lei da ordem constitucional passada e acabou criando um instrumento que serviu para consolidar a concentração da função legisladora nas mãos do Presidente da República, apequenando a função do Poder Legislativo que se tornou um mero homologador das decisões unilaterais e unipessoais tomadas pelo Chefe do Poder Executivo.

A criação das medidas provisórias na ordem jurídica nacional foi fruto da importação de um instituto de outro ordenamento jurídico sem se atentar às diferenças entre a ordem jurídica de origem do instituto e a ordem jurídica que seria implementada no Brasil. As medidas provisórias vieram da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, que previu os *decreti-leggi in casi straordinari di necessità e d'urgenza* (art. 77). Entretanto, a Itália adota o Parlamentarismo e o Brasil o Presidencialismo. A adoção das medidas provisórias em um sistema presidencialista é totalmente inadequada, pois ocasiona uma concentração de poder, incompatível com o princípio da separação dos Poderes, nas mãos do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido é a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

Na Itália, o sistema de governo é o parlamentar. Quando ocorrem crises legislativas, o modo de solucioná-las é dissolver a Câmara dos Deputados ou promover a queda do gabinete. Nesse país, tais crises são desencadeadas pelo impasse entre o Executivo e o Legislativo, motivando rejeições, como aquela que provocou a derrocada de um dos gabinetes do Primeiro-Ministro Fanfani. Daí a medida provisória ajustar-se às conveniências do Parlamentarismo, jamais ao sistema presidencial.²

Assim, importou-se um instituto que se mostrou totalmente inadequado ao nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale a pena transcrever as palavras de Márcia Garcia Corrêa de Azevedo:

As medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde da nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células saudáveis, alterando a estrutura do DNA, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até nome de vírus – *provvedimenti provvisori (com forza di legge)*³.

2 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 983.

3 AZEVEDO, Márcia Garcia Corrêa de. *Prática do processo legislativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 178.

2 O descontrole na edição de medidas provisórias decorrente das reedições e da ausência de observância dos requisitos para sua edição

Contudo, se fosse o instituto da medida provisória corretamente aplicado como previsto originalmente pelo constituinte, não teria sido uma experiência tão ruim. Entretanto, por razões de *governabilidade* e em razão da timidez do Poder Judiciário em analisar com firmeza os pressupostos de sua edição, permitiu-se ao chefe do Poder Executivo legislar sem ter que negociar com o Congresso Nacional, em manifesto prejuízo da democracia. Nesse sentido é a conclusão de Paulo de Barros Carvalho:

A experiência brasileira com esse instituto, ao menos até o advento da falada Emenda n. 30/2001, não foi das mais auspiciosas. De modo indireto, o Chefe do Executivo tolheu, ao meu entender abusivamente, legítimas prerrogativas do Parlamento, que não pôde exercer a faculdade de rejeitar, por omissão, as medidas provisórias que lhe eram encaminhadas. esgotado o tempo de vigência, o Presidente da República reeditava a medida, tantas vezes fossem necessárias para sustar a irremediável perda *ex tunc* de sua eficácia, expediente que comprometia a dinâmica prevista pela Constituição de 1988⁴.

A medida provisória é um ato normativo primário que inova imediatamente a ordem jurídica. Entretanto, não pode ser um substituto para a lei, a qual deve ser editada pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, a doutrina alerta que “as medidas provisórias são, portanto, instrumentos de uso excepcionalíssimo, uma vez que propiciam o afastamento *pro tempore* do princípio da separação dos Poderes⁵”.

Entretanto, a prática, referendada pelo STF⁶, acabou transformando a medida provisória em um instrumento ordinário de legislação pelo Presidente da República. Os requisitos para a sua edição (relevância e urgência) foram totalmente desconsiderados pelo Presidente. O Judiciário, a princípio, se recusava a analisar a

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66.

5 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 982.

6 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925-5. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, CAPUT; 37, CAPUT, E 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Medida cautelar indeferida. (STF - ADI 2150 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2000, DJ 28-04-2000 PP-00071 EMENT VOL-01988-02 PP-00273).

presença dos requisitos de relevância e urgência. Ademais, começou o Executivo a reeditar as medidas provisórias que não eram apreciadas pelo Legislativo, mais uma vez com o beneplácito do STF⁷. Assim, houve um total desvirtuamento do instituto, instaurando-se a figura do Presidente Legislador. Sobre o assunto, assim se pronunciou Manoel Gonçalves Ferreria Filho:

Ao pé da letra, tratava-se de uma legislação provisória, em casos em que a urgência e a relevância se somassem, que, não sendo convertida em lei no curto prazo de trinta dias, perderia eficácia retroativamente. E isto, em princípio, importaria no desfazimento dos atos com base nela praticados, a menos que o Congresso Nacional expressamente dispusesse em contrário [...] Entretanto, a prática deformou o instituto. Realmente, por um lado, o Supremo Tribunal Federal veio a admitir a reprodução, ou reedição, da medida provisória que, não tendo sido convertida em lei no prazo de trinta dias, não fora expressamente rejeitada pelo Legislativo. Isto levou à multiplicação das medidas provisórias que eram convalidadas por subsequentes, passando-se anos até que apreciadas pelo Congresso Nacional. Mesmo porque o Executivo muito apreciou a facilidade em “legislar” que assim adquirira. Para nem falar da possibilidade de, na reedição, alterar a seu bel-prazer o texto primitivo⁸.

Para que seja respeitado o princípio da separação dos Poderes, é necessário que sejam rigorosamente observados os requisitos para a edição das medidas provisórias. A regra é a edição de lei para regulamentar os interesses da nação. A medida provisória somente deve ser editada em caráter excepcional, não podendo o Presidente da República substituir o Poder Legislativo em suas funções, tal como tem acontecido. Somente em situações realmente excepcionalíssimas pode o Presidente adotar medidas provisórias. Nesse sentido é a lição da doutrina:

A justificativa para o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei, é a existência de um *estado de necessidade*, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa⁹.

7 Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIns 295-DF, 1.397-DF, 1.516-RO, 1.610-DF, 1.135-DF. II. - Requisitos de relevância e urgência: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. (RE 217162, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 14/12/1998, DJ 26-02-1999 PP-00017 EMENT VOL-01940-03 PP-00582)

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.238-239.

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 982.

Nem se diga que não faz diferença a edição de medida provisória e a edição de lei. Esta resulta de um processo democrático no qual dois diferentes poderes, antes de sua entrada em vigor, podem debater-lo, aprimorar seu conteúdo, inclusive com a consequente aprimoramento de seu conteúdo; ademais, os debates parlamentares, como são públicos, permitem o conhecimento prévio do conteúdo da lei antes mesmo do início de sua vigência. A medida provisória, ao contrário, nasce de uma vontade única, sem que qualquer pessoa do povo possa tomar conhecimento do seu conteúdo antes de a mesma inovar na ordem jurídica. Conforme o que se disse é a lição de Roque Antonio Carraza:

De fato, a lei ordinária, como vimos, submete-se a um processo de elaboração complexo que exige a coparticipação de, pelo menos, dois Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo). Ademais, antes de ela entrar em vigor e produzir efeitos, seu *conteúdo* é amplamente discutido (e não raro, conhecido pela opinião pública). Isto obviamente não se dá com a medida provisória, que brota de chofre, no silêncio dos gabinetes, da vontade isolada e, por vezes, *imperial* do chefe do Executivo¹⁰.

3 Dos requisitos para a edição de uma medida provisória: relevância, urgência e reversibilidade dos efeitos

Os requisitos explicitamente previstos pela Constituição para a edição de uma medida provisória é que exista relevância e urgência. Trata-se de dois conceitos indeterminados que, contudo, podem ser aferidos quando manifesta sua inocorrência. Nesse sentido nos ensina José Afonso da Silva que “a caracterização da urgência fica muito na dependência do critério subjetivo do Presidente da República, mas, diante da evidência de sua inocorrência, pode ser objeto de apreciação¹¹”. Assim, o Poder Judiciário se recusou, a princípio, a examinar os pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias¹². Na verdade, até mesmo medidas provisórias com manifesta ausência dos pressupostos para sua edição foram aceitas passivamente pelo Poder Judiciário, causando a desenfreada edição de medidas provisórias. Nesse sentido é a crítica da doutrina sobre a omissão do Poder Judiciário:

10 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 292-293.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 533-534.

12 “Por outro lado, em princípio o Supremo Tribunal Federal recusava-se a examinar a ocorrência das condições de relevância e urgência, em que via questões políticas, de apreciação discricionária e subjetiva”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.238.

O Poder Judiciário, de seu turno, nem sempre correspondeu às expectativas dos cientistas do Direito e, por uma série de motivos – entre os quais certamente figura o da *governabilidade* José Afonso da acabou aceitando medidas provisórias que, *venia concessa*, não se encaixavam nos moldes constitucionais¹³.

Os pressupostos da *relevância* e da *urgência* já existiam, sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; nunca foram rigorosamente respeitados. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los, para julgar inconstitucionais medidas provisórias que não atendessem a eles, sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República¹⁴.

Contudo, recentemente, o STF analisou e declarou inconstitucional uma MP que alterava o CPC, introduzindo uma nova modalidade de medida provisória, conforme decisão abaixo:

EMENTA: Ação rescisória: arguição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MP 1.703/98 a MP 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando “a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”: preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. 2. Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de

13 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 273.

14 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 451.

medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados, em particular, de sentença coberta pela coisa julgada. 3. A igualdade das partes é imanente ao “due process of law”; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 4. No caminho da efetivação do due process of law - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático - a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste decênio no Brasil. (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004, DJ 27-02-2004 PP-00019 - Ementvol-02141-02 PP-00408).

Assim, parece que, agora, podemos esperar que o Judiciário exerça algum tipo de controle sobre os pressupostos de edição das medidas provisórias¹⁵. Vamos, então, analisar os pressupostos para a edição da medida provisória.

15 Mais um exemplo de que o Judiciário está tomando uma posição mais rígida na análise dos pressupostos de edição de medidas provisórias é o voto do Ministro Celso de Mello: “A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “caput”). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais”. (ADI 2213 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296).

O primeiro pressuposto seria a *relevância*. Essa é uma relevância maior do que a simples relevância que qualquer interesse público possui. Nesse sentido é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello que nos ensina que “não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é relevante¹⁶”. Assim, a relevância seria a presença de interesse de notória importância, somente presente em casos excepcionais e não relativos ao cotidiano do serviço público e que mereça atendimento pronto, sem poder aguardar, sequer, a tramitação normal do processo legislativo. Nesse sentido colaciono a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

Quando ouvimos a voz *relevância*, o primeiro sinal que nossos órgãos sensoriais captam é *importância*. Portanto, medidas provisórias só podem ser editadas ante situações graves, de notória importância, perante interesses invulgarmente importantes. Não é todo e qualquer assunto que exige a expedição delas. Só se justificam em casos excepcionais, muito graves, que demandem providência imediata, sem a qual o interesse social legítimo pode perecer. Servem para suprir ou amenizar – momentaneamente – situações de enorme risco e gravidade reconhecida¹⁷.

O segundo requisito seria a *urgência*. Sobre esta, o entendimento mais aceito é que somente se pode reputar urgente uma matéria para ser objeto de medida provisória se não for possível aguardar a tramitação de projeto de lei em regime de urgência perante o Congresso Nacional. Nesse sentido é a lição de Roque Antonio Carraza:

Amarrada essa sofismável premissa, podemos dizer, sempre com apoio na Constituição, que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por meio de lei ordinária¹⁸.

Por fim, outro requisito não expressamente previsto na Constituição, decorrente da própria natureza precária da medida provisória, seria a *reversibilidade dos efeitos* dela decorrentes. A medida provisória é um instrumento normativo precário e provisório. Logo, em qualquer situação em que, cessados os efeitos de sua normatividade por sua não conversão, não se possa retornar ao *status quo*

16 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126.

17 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 987.

18 Carraza, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 278.

ante, sem qualquer prejuízo reversível a qualquer pessoa, impossível se apresenta a edição de medida provisória. Apesar de não ser requisito expresso, é amplamente aceito pela doutrina, conforme as palavras de Roquer Antonio Carraza: “Pensamos, outrossim, que a medida provisória só cabe em casos excepcionais, que admitam, se ela for rejeitada, o retorno ao *status quo ante*, sem maiores transtornos ou prejuízos, para quem quer que seja”¹⁹. No mesmo sentido é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Logo, não podem extinguir situações ou relações jurídicas cuja suspensão bastaria para assegurar o benefício ou impedir o malefício que, em caráter emergencial, é necessário obviar de imediato. Assim também, e por igual razão, não podem ser extintos órgãos ou pessoas administrativas, já que supressão é ato de caráter definitivo, excedente, pois, da índole precária inerente a medidas que o próprio texto denomina de provisórias²⁰.

Somente com a fiscalização rígida dos pressupostos para a edição das medidas provisórias pode-se permitir a convivência do instituto com o princípio da separação de poderes, bem como preservar as instituições que garantem a permanência do regime democrático no Brasil, evitando-se que o Poder legiferante fique concentrado somente nas mãos do Presidente da República, transformando o Poder Legislativo em mero apreciador das medidas provisórias encetadas pelo Poder Executivo e ensejando o desvirtuamento das funções de um dos Poderes da República²¹. Nesse sentido é o voto do Ministro Celso de Mello:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se,

19 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 282.

20 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, 2007, p. 127.

21 As palavras de Paulo de Barros Carvalho ilustram bem a questão: “Aquilo que devemos evitar, como singela homenagem à integridade de nossas instituições, é que tais requisitos sejam empregados acriteriosamente, sem vetor de coerência, de modo abusivo e extravagante, como aconteceu com o decreto-lei. São símbolos jurídicos que padecem de anemia semântica, com sentidos difusos, mas não deixam por isso de ter uma significação de base, um *minimum* que nos habilita a desenhar o quadro possível de suas acepções. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64).

ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes”. (ADI 2213 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296).

A função de legislador tem sido exercida, de fato, pelo Presidente da República. De 5/10/1988 até a data de promulgação da Emenda 32/2001 (20/09/2001, foram editadas e reeditadas 6.130 medidas provisórias. Após a Emenda 32, foram editadas 452. Assim, num período de aproximadamente 20 anos, foram editadas 6.582 medidas provisórias²². Isso representa mais de 27 medidas provisórias por mês. Tal fato ocasiona um permanente estado de insegurança, pois proliferam, em montes, instrumentos normativos que alteram o ordenamento jurídico ao bel prazer do detentor do mandato presidencial. Tal fato transforma o Estado brasileiro não em um Estado onde se dá o “governo das leis”; o que há, no Brasil, é o governo do ocupante do cargo de Presidente da República, reduzindo o Poder Legislativo em mero homologador da vontade Presidencial. Nesse sentido é o alerta do deputado e doutrinador Ricardo Fiuza:

[...] o Estado de Direito é, antes de mais nada, uma construção flexível mas estável que atenda às circunstâncias da evolução histórica de cada país, calcado no preceito de que a lei vale para todos igualmente, mas vale sobretudo para o Estado, tanto quanto para o cidadão. Mas quando, a seu talante arbítrio, o Estado pode modificar todas as leis, o Estado de Direito se transforma não no “governo da lei”, que se contrapõe ao “governo dos homens”, mas no governo dos legisladores, e passa a constituir uma aberração da ordem jurídica democrática. Se a isso acrescermos os novos institutos jurídicos criados a partir da Carta discricionária de 1937, com os decretos-

22 Informações extraídas do site: planalto.gov.br e também da obra de Pedro Lenza. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 371-372.

leis promanados do Executivo, restaurados na Carta autoritária de 1967 e recepcionados pela Constituição democrática de 1988, por meio de outro instituto ainda mais arbitrário, que são as medidas provisórias, facilmente somos obrigados a constatar que a lei já não é só a manifestação soberana do Legislativo, com o assentimento indispensável do Executivo, mas a emanção, na maioria das vezes, de uma só vontade, que, acima de todas as conveniências, exprime, enquanto não aprovada, não só o traço característico da insegurança jurídica, mas também do arbítrio, legal sem dúvida, mas ilegítimo, de um só poder do Estado, encarnado na figura tornada onipotente de um só titular²³.

4 Da emenda 32/2001 – a restrição para ampliar

Pode-se argumentar que, com a reforma promovida pela emenda 32/2001, colocou-se um fim ao abuso perpetrado pelo Executivo com o mau uso das medidas provisórias. Entretanto, não é o que efetivamente ocorreu.

Na verdade, todos os pontos ditos como positivos foram falsas conquistas. A tão aludida proibição de reedição não foi conquista conseguida pela Emenda 32. Nunca foi permitida a reedição de medidas provisórias. O que existia era uma prática tolerada pelo Judiciário e pelo Legislativo que foi, agora, regulamentada, permitindo-se somente uma reedição. Ou seja, o que não era permitido o foi agora, somente com algumas restrições. Nesse sentido foi o alerta de Roque Antonio Carraza:

Para tornar mais atraente a “reforma”, o mesmo *constituente derivado* criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos “pretensos obstáculos” porque os obstáculos jurídicos, postos pelo *constituente originário*, eram totais (*v.g.*, a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por *inertia deliberandi* do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, o campo de ação destes atos normativos. Foi uma forma ardilosa de, restringindo, ampliar²⁴.

Contudo, a mais absurda disposição dada pela Emenda 32/2001 é a constante do § 11 do art. 62 da Constituição. Este reza que, caso a medida provisória seja rejeitada e o Congresso Nacional não disciplinar as relações dela

23 FIUZA, Ricardo. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. XXV.

24 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 275

decorrentes, estas conservar-se-ão regidas pela medida provisória rejeitada. Como discorre Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Ocorre, portanto, uma presunção a favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas pela medida provisória... há nisto uma profunda modificação relativamente ao que resultava do texto primitivo. Neste, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário. Ao invés, hoje eles perduram válidos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário. E isto no prazo de sessenta dias mencionado²⁵.

Trata-se do retorno do regime aplicado ao antigo decreto-lei. Os efeitos de uma medida provisória rejeitada serão válidos, *salvo se o Congresso expressamente dispuser em sentido contrário*. Nesse sentido é lição de Alexandre de Moraes e de Pedro Lenza respectivamente:

A inércia do Congresso Nacional no exercício de sua competência acarretará a conversão dos tradicionais efeitos *ex tunc* (retroativos), decorrentes da rejeição de medida provisória, para efeitos *ex nunc* (não retroativos). trata-se, pois, de *envergonhado retorno* aos *efeitos não retroativos* decorrentes da rejeição expressa do antigo Decreto-lei²⁶.

Ora, se a perda dos efeitos é *ex tunc*, como dizer que as relações jurídicas conservar-se-ão regidas pela extinta MP? *Data máxima vênia*. Trata-se de verdadeiro resgate do autoritário decreto-lei, que permitia a sua aprovação por decurso de prazo. Aqui diz-se que a não apreciação (decurso de prazo) implica a perda da eficácia *ex tunc*. Mas inexistindo o decreto legislativo, as relações serão regidas pela extinta medida provisória!²⁷.

Talvez a única reforma introduzida pela Emenda 32/2001 que mereça aplausos foi a inserção do § 5º do art. 62. Segundo tal dispositivo, deve o Congresso Nacional, por meio de cada uma das suas Casas a examinar, previamente, o atendimento dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias. Segundo José Afonso da Silva, “o *juízo prévio de admissibilidade* de discussão do mérito das medidas provisórias não é uma mera faculdade do Congresso Nacional, e tem

25 FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.243

26 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1190.

27 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

que ser expressamente emitido”²⁸. Assim, caso o Congresso cumpra sua função constitucional, pode ser que as medidas provisórias exerçam somente a função originariamente prevista para elas.

5 Considerações finais

A medida provisória foi produto da importação de um instituto que somente se adaptava ao regime parlamentarista. Tal fato, aliado à inércia do Poder Judiciário e do Poder Legislativo em analisar os requisitos de sua edição, bem como a prática flagrantemente inconstitucional de reedição, ocasionou uma concentração do Poder de legislar no Presidente da República. A Emenda 32/2001, ao contrário do que foi propalado por muitos, significou, somente, uma legitimação das práticas flagrantemente inconstitucionais que até então vinham sendo feitas.

Referências

- AZEVEDO, Márcia Garcia Corrêa de. *Prática do processo legislativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIÚZA, Ricardo. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Recebido em 14/04/2011

Aceito para publicação em 08/08/2011

28 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS PARA POLÍTICA TRIBUTÁRIA EXTRAFISCAL VOLTADA À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

CONSTITUTIONAL PARAMETERS ON EXTRA TAXING POLICIES
FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION

Neuci Pimenta de Medeiros¹

Sumário

1. O meio ambiente na Constituição do Brasil. 2. Aspectos da intervenção do Estado na Economia na Constituição Federal. 2.1. Da intervenção direta do Estado na Economia. 2.2. Da intervenção indireta do Estado na Economia. 3. Da política tributária extrafiscal como instrumento de intervenção na Economia 4 . Dos limites constitucionais ao uso de política tributária extrafiscal voltada à proteção do meio ambiente. 5 . Considerações finais. Referências.

Summary

1. Environment in the Brazilian Constitution 2. State intervention on Federal Constitution economy. 2.1. State direct intervention on Economy. 2.2. State indirect intervention on Economy. 3. Extra tax policy as an instrument of economy interference 4. Constitutional limits to the use of extra tax policy towards environmental protection 5. Final remarks. References

Resumo

A preservação do meio ambiente saudável, considerado como direito indispensável à vida da presente e das futuras gerações, exige que o Estado promova políticas públicas capazes de estimular os setores econômicos a desenvolverem suas atividades de forma a não causar danos ambientais. Neste passo, políticas tributárias extrafiscais serão apresentadas aqui como instrumentos por meio dos quais o Estado pode, sem se valer do seu poder de coerção, estimular a Economia a atuar de forma compatível com o direito de todos de viver em ambiente saudável.

Palavras-chave: Constituição. Tributação. Intervenção.

1 Mestre em Direito pela UNIMAR-Marília-SP. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Mato Grosso – FAPEMAT. Gestora Governamental do Estado de Mato Grosso e Advogada.

Abstract

The preservation of a healthy environment, regarded as an indispensable right to life of present and future generations, requires that the State promotes actions that are able to stimulate economic sectors to develop their activities so as not to cause environmental damage. Thus, extra tax policies, will be presented as instruments through which the State may, without coercion, stimulate the economy to act in a compatibly with everyone's right to live in healthy natural environment.

Key words: Constitution. Taxation. Intervention

1 O meio ambiente na Constituição do Brasil

Os Estados democráticos instituídos nos termos e com fundamento em uma Constituição, como é o caso do Brasil, devem buscar nos limites constitucionais os instrumentos necessários para o atendimento dos interesses da sociedade.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, confirmando o interesse da sociedade em manter o meio ambiente do País em condições propícias para uma vida saudável e, também, influenciada por movimentos internacionais, em especial pela Declaração de Estocolmo, – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972 –, enuncia em seu texto que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos e, para tanto, impõe ao Poder Público e à sociedade o dever de preservá-lo. Nesse sentido, dispõe no Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VI, Do Meio Ambiente, Art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações².

A sociedade brasileira, portanto, elegeu a proteção ao meio ambiente como matéria de interesse e de responsabilidade de todos. Assim, os empreendidos econômicos, o Estado e os indivíduos em geral têm direitos e obrigações ligados diretamente à preservação ambiental. Enfim, este comando constitucional dá a dimensão da importância que o meio ambiente ecologicamente equilibrado tem para o povo brasileiro.

O tratamento constitucional dado à preservação do meio ambiente revela, juntamente com outros preceitos contidos no Texto Constitucional, a preocupação

2 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2010.

da sociedade em conjugar o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente, por entender ser este indispensável à qualidade de vida da população. Revela, assim, que a sociedade não deseja o crescimento econômico a qualquer custo. Anseia, sim, que o País se desenvolva de forma equilibrada, de modo que os interesses econômicos não se sobreponham aos demais interesses da sociedade, dentre os quais se destaca o direito à vida humana digna. Essa, por sua vez, não seria possível em um ambiente impróprio à sobrevivência humana. Assim, a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, Art. 1º, III, da Constituição, justifica a inserção de normas constitucionais que afirmam ser o meio ambiente preservado um ideal a ser perseguido por todos. Por conseguinte, a partir da Constituição de 1988, desenvolvimento econômico passa a ser entendido nos moldes pensado por Amartya Sen: “O desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo, com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos.”³

A definição de meio ambiente apresentada por José Afonso da Silva expressa, também, a sua relevância para uma vida saudável:

[...] a interação do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais⁴.

Este autor afirma, ainda, que a Constituição é eminentemente ambientalista, pois assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Tratamento amplo, pois a Constituição não enuncia o meio ambiente apenas como conjunto de recursos naturais [flora, fauna etc.]. Amplia a proteção constitucional, também, para os ambientes artificiais [construídos pelo homem] e culturais [formas de expressão]. Com isso, estabelece limites às relações, econômicas ou não, que, de algum modo, se mostrem prejudiciais ao meio ambiente e, ao mesmo tempo, autoriza o Estado a intervir nessas relações, se necessário à garantia do direito de todos a ambiente ecologicamente equilibrado. O tratamento moderno, por sua vez, fica evidente quando se verifica que, a partir do Texto Constitucional de 1988, o meio ambiente passa a ter status de direito fundamental, uma vez que essencial à vida saudável.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Celso de Mello, fez as seguintes considerações sobre a relevância do meio ambiente no ordenamento jurídico do País:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva,

3 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 1999, p. 29.

4 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995⁵.

Desse modo, o direito à vida, base de todos os direitos, constitui-se no alicerce do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir desse entendimento, o meio ambiente passa a ser percebido, também, como direito coletivo; e sua preservação, como fator para o desenvolvimento. Nesse, deve-se compatibilizar o crescimento econômico com melhores condições de vida para as pessoas.

Sobre o texto constitucional, Eros Roberto Grau assevera:

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo⁶.

Nesse contexto, a partir do tratamento constitucional dado ao meio ambiente como elemento necessário à vida saudável, emergem, também, limites a serem impostos pelo Estado a empreendimentos econômicos, visando

5 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

6 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.251.

à preservação ambiental. Com isto, tem o Estado autorização para intervir na Economia, por meio de suas funções constitucionais de fiscalização, incentivo e planejamento, ora para impor, ora para estimular determinado comportamento do mercado que resulte na proteção ao meio ambiente.

2 Aspectos da intervenção do Estado na economia na Constituição Federal

O Estado, na Constituição Federal de 1988, tem poder/dever de intervir na Economia de modo a garantir que os interesses do mercado não se sobreponham aos da sociedade. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Eros Grau:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na Economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes. (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006⁷.

Desse modo, como agente normativo e regulador das atividades econômicas e no exercício das funções de planejamento, incentivo e de fiscalização, tem o Poder Público condições de implementar políticas públicas, no âmbito

7 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

econômico, que impactem na proteção do meio ambiente. Com isto, pode-se garantir que o interesse da sociedade por viver em um meio ambiente saudável não seja preterido em benefício do crescimento da Economia.

Tais políticas devem garantir que o mercado alcance o seu fim econômico, o lucro, mas, também, que persiga o fim constitucionalmente definido à ordem econômica: “assegurar a todos existência digna”. Os princípios contidos nos incisos do Art. 170 da Constituição servem de diretrizes à atuação do Estado e dos agentes econômicos: dentre eles destaca-se o princípio disposto no inciso VI, “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”⁸.

Ensina José Afonso da Silva: “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”⁹. Complementa o autor que, em decorrência do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, a ordem econômica tem como um dos seus fins assegurar a todos existência digna.

Para Eros Grau, “[...] dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e quando viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.”¹⁰.

Tem-se, portanto, que a proteção do meio ambiente, por se conformar com: (i) os fundamentos da República, em especial o disposto no inciso III do Art. 1º - “a dignidade da pessoa humana”; (ii) o fim da ordem econômica, caput do Art. 170, - assegurar a todos existência digna; (iii) a condição necessária “à sadia qualidade de vida”, Art. 225, todos dispostos na Constituição, impõe ao Estado o dever de desenvolver políticas públicas, no âmbito econômico, que viabilizem o desenvolvimento do País, em harmonia com a preservação ambiental.

Desse modo, para assegurar a todos existência digna, tem o Estado autorização constitucional para intervir na Economia. Tal intervenção possui, dentre outras, a finalidade de garantir o aproveitamento equilibrado dos recursos naturais como insumos à atividade econômica. Com isso, busca-se compatibilizar o exercício da livre iniciativa, também garantida na Constituição Federal, com o gozo dos demais direitos constitucionais.

Sobre a intervenção do Estado na Economia, Fabiano Del Masso, valendo-se de escritos de Alberto Venâncio Filho, assevera:

8 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

9 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

10 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.197.

O que deve interessar e limitar a atuação do Estado [...] é que: “do ponto de vista estritamente jurídico, o que mais importa no exame da intervenção do Estado na ordem econômica [sic] é a conciliação entre as medidas de intervenção e os direitos fundamentais assegurados na Constituição, pois que esta, no mesmo texto em que autoriza a União a intervir no domínio econômico, põe como limite à sua atuação o respeito a esses direitos.”¹¹.

Deste modo, os limites constitucionais à intervenção do Estado no domínio econômico não devem ser analisados apenas como limite à livre iniciativa, mas, também, como garantia à sociedade de que os interesses econômicos não se sobreporão aos demais direitos e garantias definidos na Constituição Federal.

2.1 Da intervenção direta do Estado na economia

A Constituição em seu Art. 173, caput, determina que o Estado só pode explorar diretamente atividades econômicas nos casos em que existir permissão constitucional ou se tal atividade for “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.” O Art. 177 da Constituição elenca, em seus incisos, hipóteses de atividades econômicas que devem ser praticadas, exclusivamente, pelo Estado, especificamente pela União:

Art. 177 - Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; [...].

Tais atividades, portanto, só serão executadas pelo Estado, independentemente da capacidade de empreendimentos privados em desenvolvê-las dentro dos mais altos padrões de qualidade e de cuidados com o meio ambiente. Trata-se de uma exceção constitucional à prática de monopólio no País, concedida à União. Nesses dispositivos da Constituição, Arts. 173 e 177 e incisos, tem-se, de forma expressa, autorização para que o Estado explore atividade econômica.

Sobre autorização constitucional para a atuação direta do Estado na Economia, afirma José Afonso da Silva:

Há duas formas de exploração direta da atividade econômica pelo Estado, no Brasil. Uma é o monopólio [...]. A outra, embora a Constituição não a nomeie, é a necessária, ou seja, quando o exi-

11 DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 27.

gir a segurança nacional ou o interesse coletivo relevante, conforme definido em lei, [...]. Não se trata aqui de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada. Se ocorrerem aquelas exigências, será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de se cogitar de preferência ou de insuficiência da iniciativa privada. E isso não cabe só à União. A expressão ‘exploração direta de atividade econômica pelo Estado’ abrange todas as entidades estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). [...].¹²

No entanto, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, como se pode verificar nos Arts. 173 e 177 e incisos da Constituição, é exceção. Não está o Estado autorizado a imiscuir-se na exploração de atividades próprias de empreendimentos privados da forma que lhe aprouver. Pois a Constituição não poderia, ao mesmo tempo, sob pena de incorrer em contradição, conter fundamentos que, de um lado, autorizassem o Estado a desenvolver atividade econômica de forma irrestrita e, de outro lado, impusesse o sistema capitalista como sistema econômico a ser adotado no País. Nesse sistema, o livre mercado, a livre concorrência e a propriedade privada dos meios de produção apresentam-se como principais fundamentos das relações econômicas e, por esse motivo, são incompatíveis com um sistema econômico no qual o Estado apresenta-se como principal agente econômico, o socialismo.

2.1.1 Da exploração de atividade econômica necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo

O Art. 173 da Constituição dispõe que:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Depreende-se da interpretação literal deste dispositivo que o Estado para explorar atividade econômica sob esses fundamentos terá que definir, por meio de lei, as hipóteses em que a exploração de tais atividades é permitida por se mostrarem necessárias à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Assim, enquanto não existirem leis que regulamentem o disposto no caput do Art. 170, não pode o Estado, sob a justificativa de estar agasalhado no manto

12 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 718.

constitucional, praticar atividades próprias do segmento econômico. Não possui discricionariedade para tanto.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o disposto no art. 173 da Constituição serve de limite à atuação do Estado na Economia. Assevera ele:

[...] modalidade de interferência do Estado no domínio econômico, isto é, de sua atuação empresarial (por si mesmo ou por criatura sua), uma vez que poderia ser danosa para a ‘liberdade de iniciativa’ – que é um dos fundamentos expressos da ordem econômica brasileira, consoante dispõe o art. 170, caput, da Constituição – e perigosa para a ‘livre concorrência’ – que é um dos princípios obrigatórios de nosso sistema (art. 170, IV) –, o art. 173 tratou de balizar estritamente as possibilidades de o Estado atuar como empresário.¹³

Celso Ribeiro Bastos observa que a edição de norma específica que regulamente o caput do Art. 173, descrevendo quais são as atividades econômicas necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, deve ser somada à edição de outras que disponham sobre as pessoas jurídicas de direito público que executarão tais atividades.

O texto Constitucional necessita da regulamentação por via de lei do que seja segurança nacional e relevante interesse coletivo. Esta norma há que ser genérica e abstrata. De outra parte, há que se levar em conta que estas atividades econômicas serão cumpridas por pessoas jurídicas demandantes de lei para sua criação. Trata-se de empresas públicas e sociedades de economia mista, que nos termos do art. 37, inc. XIX, deverão fazer parte dos objetivos para os quais são criadas, uma vez que a Constituição exige para tanto Lei específica. [...] a definição legal da hipótese concreta de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo há de se dar em dois níveis diferentes. Inicialmente, num genérico e abstrato, e depois noutro, qual seja o da efetiva assunção pela lei específica que retém a definição dos propósitos para os quais a empresa governamental é criada e se legitima¹⁴.

Desse modo, para que o Estado explore atividade econômica com fundamento no Art. 173 da Constituição terá, também, que observar as prescrições dos parágrafos e incisos desse artigo, combinados com o disposto no Art. 37 do Texto Constitucional, incisos XIX e XX.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 646.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003, p. 201.

Art. 173. [...].

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

[...].

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...].

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

[...]

Verifica-se, sobre a autorização constitucional para que o Estado explore diretamente atividade econômica, que, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição, não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei que defina quais atividades econômicas devam ser exploradas diretamente pelo Estado, por serem necessárias aos “imperativos da segurança nacional” ou de “relevante interesse coletivo”. Por esse motivo, o disposto no Art. 173 da Constituição não pode ser aplicado, uma vez que sua eficácia depende de edição de lei que regule a matéria.

No que concerne à Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que “Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento, e dá outras providências”, tem-se aqui, a partir da

verificação de sua presença como fundamento em decisões do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que essa lei foi recepcionada pela Constituição de 1988. Observa-se, porém, que ela não dispõe sobre quais atividades econômicas devam ser exploradas diretamente pelo Estado, como medida imprescindível à segurança Nacional ou por ser de relevante interesse coletivo. Portanto, não pode tal lei servir de fundamento para qualquer ação estatal de intervenção direta na Economia. Desse modo, o Estado, até que lei específica disponha sobre essas matérias, não deve explorar atividades econômicas sob a justificativa de estarem tais atividades amparadas no caput do Art. 173 da Constituição e na Lei nº 7.170/1983.

Entende-se aqui, de modo contrário ao entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a lei que definir os imperativos da segurança nacional e o relevante interesse coletivo, de que trata o caput do Art. 173 da Constituição, é lei ordinária, uma vez que não há, nesse dispositivo constitucional, imposição de que tal lei tenha status de lei complementar, como entende o doutrinador.

Conclui-se, então, que a modalidade de exploração de atividade econômica prevista no Art. 173 da Constituição é, juntamente com as demais formas de intervenção direta do Estado na Economia, exceção à regra constitucional de liberdade aos particulares para empreenderem economicamente no País.

As hipóteses de intervenção direta do Estado na Economia estão, de forma expressa, previstas na Constituição Federal. Essa modalidade de intervenção se concretiza pela exploração de atividade econômica, diretamente, pelo ente estatal. Por este motivo, é tratada como exceção à regra, qual seja, de que as atividades econômicas sejam exercidas pela iniciativa privada.

O artigo 173, da Constituição do Brasil é taxativo ao dispor que se constitui em exceção a intervenção direta do Estado na Economia.

Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei¹⁵.

Portanto, o ente estatal [União, Estados, Distrito Federal e Municípios] só deverá desenvolver, de forma direta, qualquer atividade econômica se esta contribuir para a segurança nacional, Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, ou ir ao encontro de relevante interesse coletivo. A comprovação desse último não é tarefa fácil, uma vez que essa matéria não foi, também, sistematizada em lei específica.

15 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

Com isto, ao se analisar a atuação direta do Poder Público na Economia, deve-se atentar para o fato de ser ou não a atividade econômica estatal importante para a segurança nacional e relevante ou não ao atendimento de interesse coletivo. Nesse passo, mostra-se irrelevante, portanto, ter a iniciativa privada capacidade ou não para suprir o mercado e cumprir todas as normas de proteção ambiental.

A atuação direta do Estado na Economia dar-se-á por meio de empresas públicas, sociedades de Economia mista e outras entidades estatais e paraestatais, criadas por lei específica.

Sobre a questão posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de Economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será, destarte, admissível, no sistema da CF que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na Economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevida ou, desnecessariamente, exploradas pelo setor público. (ADI 234, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 22-6-1995, Plenário, DJ de 15-9-1995.)¹⁶.

Assim, nessa modalidade de intervenção, o Estado está autorizado a desenvolver atividades econômicas atinentes à esfera privada, agindo como empresário, desde que tais atividades sejam imperativas à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. Como não existem leis nesse sentido, não pode o Estado, sob esses fundamentos, intervir diretamente na Economia, mesmo que sob a justificativa de que sua atuação resultará na preservação do meio ambiente e, conseqüentemente, em condições de vida digna à pessoa humana.

2.2 Da intervenção indireta do Estado na economia

A intervenção indireta do Estado na Economia, por outro lado, é permitida, de forma expressa, no Art. 174 da Constituição: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”¹⁷

16 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

17 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. op. cit.

Assim, por meio da intervenção indireta, nos moldes definidos na Constituição Federal, o Estado tem instrumentos para estimular ou inibir atividades econômicas desempenhadas por particulares.

Destse modo, o Estado, como agente normativo e regulador de atividades econômicas desenvolvidas no País, tem competência constitucional para trazer para o ordenamento jurídico nacional normas e regulamentos que compatibilizem os interesses do mercado com os demais interesses da sociedade, definidos na Constituição Federal.

No exercício da função de fiscalizador de atividades econômicas, compete ao Estado verificar a adequação de determinada atividade com o ordenamento jurídico ao qual ela está obrigada. Tal função se concretiza no ato em que o Estado, no exercício de seu poder de polícia, limita ou disciplina o direito individual em benefício do interesse público.

O Código Tributário Nacional traz a seguinte definição para poder de polícia:

Art. 78 Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependente de concessão ou autorização do Poder Público, a tranquilidade pública ou ao respeito à propriedades e aos direitos individuais ou coletivos¹⁸.

O planejamento de que trata a Constituição Federal não tem por fim planificar a Economia, de acordo com padrões estabelecidos pelo Estado. Por este motivo, o planejamento estatal é apenas indicativo para o setor privado. Mesmo assim, pode ser um poderoso instrumento para condicionar o mercado a seguir ou não em determinada direção.

Por meio do planejamento, o Estado demonstra como irá aplicar os recursos públicos e quais políticas públicas serão priorizadas em determinado período. Com isso, pode influenciar em decisões econômicas privadas de investir ou não em determinado produto ou serviço, em determinada região, estado ou município.

Por fim, o incentivo previsto no art. 174 da Constituição, considerado de forma genérica, abarca qualquer forma de benefício estatal ao desempenho de atividade econômica privada.

18 BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Acessado em 26 de julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm

Assim, a atividade econômica continua sendo exercida pela iniciativa privada, mas os benefícios e vantagens concedidos pelo Estado incidem na autonomia dos particulares, guiando-a ao interesse público. Nesse sentido:

O incentivo é criar estímulos favoráveis ao progresso da atividade econômica, é dar condições positivas para o seu desenvolvimento, é incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica. Aqui, também, no relativo ao incentivo, a função estatal será exercida conforme dispuser a lei¹⁹.

Contudo, o benefício concedido a alguns não pode provocar a queda de outros. Assim explica André Ramos Tavares:

Em uma palavra, pois, a legislação não pode beneficiar grupos específicos de interesse exclusivamente privados. Em outros termos, tem-se que a legislação há de ser objetiva e genérica, não contemplando com benefícios, sejam de que ordem for, a nenhum título, a não ser no caso de estar envolvido no próprio interesse público²⁰.

O interesse público, de toda a sociedade, deve prevalecer nas políticas públicas promovidas pelo Estado. Desse modo, o Estado deve, quando intervir na Economia, seja de forma direta ou indireta, ter sempre por finalidade o bem comum, que implica, dentre outros cuidados, na preservação ambiental, e não apenas promover o crescimento econômico.

Nesse sentido, políticas tributárias com viés extrafiscal, se elaboradas e executadas dentro dos parâmetros constitucionais, podem servir de valioso instrumento para que o Estado induza a Economia a desenvolver suas atividades com responsabilidade ambiental.

3 Da política tributária extrafiscal como instrumento de intervenção na economia

A extrafiscalidade do tributo, nesta análise, tem sentido amplo, ou seja, engloba todas as formas de tratamento diferenciado aos sujeitos passivos da relação tributária, permitida no sistema jurídico vigente. Esse entendimento vai ao encontro de diferentes, mas convergentes, definições de extrafiscalidade.

19 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide. 1989, p. 34.

20 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 140.

Para Hugo de Brito Machado, o política tributária será “extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.”²¹.

Sobre a finalidade extrafiscal dos tributos ensina Alfredo Augusto Becker:

A principal finalidade dos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não era a de um instrumento arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na Economia privada²².

Nas duas definições verifica-se a compreensão comum de que o tributo pode ser usado pelo Estado com finalidade diversa daquela de arrecadar recursos para a execução das atividades estatais.

A “interferência”, por Hugo de Brito Machado, ou “intervenção”, por Alfredo Augusto Becker, do Estado sobre o domínio econômico, por meio do tributo, para atingir objetivos extrafiscais, se justifica no seu poder-dever de atuar em benefício da sociedade e, por consequência, do próprio sistema econômico.

Tem-se por certo, nesta análise, que o Estado, no exercício de sua função normativa e reguladora, Art. 174 da Constituição, deve estabelecer normas voltadas a estimular ou inibir determinada ação econômica, visando à proteção dos interesses da sociedade, dentre eles a preservação do meio ambiente. Tem-se, ainda, que política pública tributária extrafiscal pode servir de instrumento, por meio do qual o ente estatal pode estimular ou inibir o mercado a atuar ou não em determinado sentido. Desse modo, a intervenção indireta do Estado na Economia pode servir de importante instrumento para a proteção do meio ambiente.

A política tributária extrafiscal, em regra, não se dá pela imposição/coerção do Estado sobre a atividade do particular, mas por indução a determinado comportamento do mercado. Com isso, o Estado oferece aos agentes econômicos a opção de aderir ou não à determinada política estatal. Mesmo assim, tais políticas devem ser reguladas e executadas dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição e no ordenamento jurídico infraconstitucional, para que não sirvam como instrumento para favorecimento de poucos, em detrimento de muitos.

Portanto, tem-se por imperativa a observação, pelo Estado, de preceitos constitucionais e legais na formulação e execução de política tributária com

21 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 61.

22 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 3. ed., São Paulo: Lejus, 1998, p.587.

finalidade fiscal e extrafiscal, mesmo que voltada à proteção do meio ambiente, visto o seu impacto sobre a Economia e a sociedade.

A matéria de Danilo Fariello e Cristiano Romero veiculada no Jornal *Valor Econômico* resume, de forma objetiva, a intervenção do Estado na Economia por meio de política tributária.

[...] a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode atuar em termos de política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais através de incentivos fiscais, de isenções entre outros mecanismos que devem ser considerados com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos. [...] Através da política extrafiscal, o legislador fiscal poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou quanto à concessão de incentivos fiscais. Pode-se dizer que, através desta política, a atividade de tributação tem a finalidade de interferir na Economia, ou seja, nas relações de produção e de circulação de riquezas. [...] De igual modo o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riquezas, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária.²³.

Tem-se, então, que a política tributária pode ser voltada à promoção de mudanças nas relações econômicas, inclusive com potencial para estimular o mercado a desenvolver ações que provoquem danos cada vez menores ao meio ambiente. Assim, o Estado, sem usar do tributo de forma impositiva, função fiscal, pode definir e executar políticas tributárias que contribuam para a concretização do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, principalmente por meio da concessão de incentivos fiscais às atividades econômicas que não provoquem ou minimizem os danos por elas provocados ao meio ambiente.

4 Dos limites constitucionais ao uso de política tributária extrafiscal voltada à proteção do meio ambiente

O Estado, a quem a sociedade conferiu o poder/dever para ser o garantidor do interesse público, deve buscar dentro do sistema jurídico pátrio os instrumentos

23 FARIELLO, Danilo; ROMERO Cristiano. União dará incentivos fiscais à produção de fertilizantes. *Valor Econômico*. São Paulo, mar. 2010. Disponível em: http://www.valoronline.com.br/?impresso/caderno_a/83/6099195/uniao-dara-incentivo-fiscal-a-producao-de-fertilizantes. Acesso em: 24 jul. 2010.

para garantir a preservação ambiental. Nesse passo, a política tributária tem sido apresentada pela doutrina como poderoso instrumento na concretização dessa empreitada.

A política tributária, em seu viés fiscal ou extrafiscal, pode, por indução, conduzir a Economia e os indivíduos a agir ou se omitir em determinadas situações. Nesse sentido, argumenta Simone Martins Sebastião:

O tributo, considerado não só em sua estrutura, mas também em sua função, em especial a extrafiscalidade, é poderoso instrumento pedagógico e de transformação socioambiental, com vistas ao estabelecimento de um desenvolvimento sustentável e à conscientização ecológica da população em todos os seus segmentos.²⁴

Mas a Constituição Federal impõe limites que servem de freio à ação do Estado, impedindo que ele use o seu poder de tributar de forma excessiva ou que use a extrafiscalidade com fim diverso do previsto no ordenamento jurídico do país.

Os limites à intervenção do Estado na Economia encontram-se presentes em todo texto constitucional, com destaque aos dispositivos dos Títulos VI - Da Ordem Tributária e VII - Da Ordem Econômica, da Constituição Federal. Tais limites devem nortear, também, política tributária extrafiscal que tenha por objetivo proteger o meio ambiente.

Os limites constitucionais impedem que o Estado use sua competência de tributar de forma contrária ao interesse público. Com isto, quis o constituinte proteger os indivíduos e a Economia de política tributária que pudesse comprometer o desenvolvimento do País. Mas quis, também, garantir que os interesses da sociedade não seriam subjugados pelos interesses econômicos. Assim, por imposição constitucional, normas que disponham sobre política tributária devem ser elaboradas pelo ente competente para legislar sobre aquela matéria. Desse modo, cabe ao ente competente observar todos os preceitos constitucionais voltados à matéria, de forma expressa ou implícita, quando da edição de política fiscal ou extrafiscal.

Destacam-se, a título de exemplo, os seguintes dispositivos constitucionais tributários a serem observados na formulação e execução de norma tributária de caráter extrafiscal, além daqueles constantes do Título VII:

a) Capacidade contributiva: (CF, 145, §1º) destinado ao legislador, para que ele possa selecionar as hipóteses fundadas na capacidade econômica do contribuinte; b) Legalidade: (CF, 5º, II e 150, I) limite objetivo, ao poder,

24 SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 332.

dever do Estado de tributar; c) Não confisco: (CF, 150, IV), também dirigido ao legislador, impõe que o tributo não pode ser tão gravoso que atinja de forma excessiva o patrimônio do contribuinte; d) Anterioridade: (CF, 150, III, “b”) limite objetivo – impõe que a exigência de tributo depende da publicação da norma com a antecedência exigida na lei; e) Segurança jurídica: prima pela estabilidade das relações jurídicas; f) Isonomia: dirigido ao legislador, para que dê o mesmo tratamento àqueles que se encontrem em situação equivalente e, de forma não expressa, indica também a necessidade de tratar os que se encontram em situação distinta de forma desigual; g) Irretroatividade das leis tributárias: (CF, 150, III) limite objetivo, ligado à vigência temporal das normas tributárias; h) limite formal e material (CF, 150, § 6º).

O legislador deve observar, ainda, o disposto nos artigos 1º, 3º, 5º, 7º, 37, caput, 149, 165, § 6º, 215, 218, 219, 225, dentre outros da Constituição Federal.

Esses dispositivos constitucionais servem de garantia aos segmentos econômicos, aos contribuintes e à sociedade em geral de que o Estado, apesar do seu poder para tributar ou para desonerar o contribuinte do pagamento de tributo, deve atuar dentro dos limites dados pela Constituição Federal, sempre com a finalidade de atender ao interesse público.

Nesse contexto, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de política tributária extrafiscal com vistas à proteção ambiental, como forma de garantir o direito à vida sadia. Nesse passo, após definida a competência tributária, há que se observar se a política extrafiscal proposta contribuirá, também, para: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁵. Todos estão elencados no artigo 3º da Constituição como objetivos da República Federativa do Brasil. Concomitantemente, há que se verificar o impacto econômico de tal política para alcançar o fim da ordem econômica, que é de assegurar a todos existência digna. Deve-se atentar, ainda, para os princípios gerais da atividade econômica, em especial o que trata da defesa do meio ambiente, inclusive dispondo sobre tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Os parâmetros constitucionais elencados demonstram que a utilização de política tributária, mesmo que no seu viés extrafiscal, deve sempre ser instituída e implementada nos moldes da Constituição Federal. Não pode, portanto, o legislador, mesmo sob o pretexto

25 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

de proteger o meio ambiente, instituir tributo ou desonerar da obrigação de seu pagamento fora das hipóteses previstas no texto constitucional.

5 Considerações finais

A Constituição do Brasil é fruto de um momento histórico e representa a vontade do povo de viver em um Estado Democrático de Direito. A sociedade, então, optou por trazer para o texto constitucional, de forma analítica, matérias das mais diversas ordens, dentre as quais se destaca a matéria tributária, econômica e a ambiental.

Nesse diapasão, a Constituição enuncia preceitos que evidenciam a vontade da sociedade de, por um lado, dar à iniciativa privada garantia de que pode investir no País. Tal garantia se expressa na constitucionalização de fundamentos econômicos liberais voltados a assegurar aos empreendimentos privados a primazia para desenvolver atividades econômicas no Brasil. Por outro lado, e de forma aparentemente harmônica, trouxe para o texto constitucional fundamentos e garantias que demonstram que o Estado deve garantir o acesso de todos aos direitos sociais contidos, também na Constituição. Assim, foi dado ao Estado poder e dever para atuar, dentro dos limites constitucionais, visando equilibrar os interesses específicos do mercado com os interesses da sociedade. Mas o poder do Estado está, também, condicionado aos limites impostos pela Constituição. Deste modo, as políticas públicas implementadas pelo Estado devem observar os limites constitucionais e legais, mesmo aquelas editadas e executadas com a justificativa de serem relevante à proteção do meio ambiente.

Referências

ÁVILA, Humberto. Limites à Tributação com Base na Solidariedade Social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra De (coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

BARBOSA, Hermano Antônio do Cabo Notaroberto. Regulação econômica e tributação: o papel dos Incentivos Fiscais. In: BARBOSA, Hermano Antônio do Cabo Notaroberto (Coord). *Direito tributário e políticas públicas*. São Paulo: MP editora, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 26 jul. 2010.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> Acesso em: 22 jul. 2010.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FARIELLO, Danilo; ROMERO Cristiano. União dará incentivos fiscais à produção de fertilizantes. Valor Econômico. São Paulo, mar. 2010. Disponível em: http://www.valoronline.com.br/?impresso/caderno_a/83/6099195/uniao-dara-incentivo-fiscal-a-producao-de-fertilizantes&scrollX=0&scrollY=0&tamFonte.

FERNANDES, Luiz Francisco. *A lesão aos direitos individuais homogêneos com a supressão do estatuto do contribuinte* (Estatuto do Contribuinte: Utopia ou Necessidade Jurídica).

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide. 1989.

RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *o papel do estado no desenvolvimento econômico sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas*. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

Recebido em 22/10/2010

Aceito para publicação em 22/02/2011

JUSTIÇA AMBIENTAL NA ERA DO HIPERCONSUMO: UM DESAFIO PARA O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

ENVIRONMENTAL JUSTICE IN THE AGE OF HYPER
CONSUMPTION: A CHALLENGE FOR THE STATE
ENVIRONMENTAL LAW

Rogério Santos Rammê¹

Sumário

1 Introdução. 2. Sociedade de hiperconsumo. 3. Injustiça ambiental: a face oculta do hiperconsumo. 4. Movimento por justiça ambiental. 5. Efetivar a justiça ambiental na sociedade de hiperconsumo: um desafio ao direito socioambiental. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Hyper consumption society. 3. Environmental justice: the hiding face of hyper consumption. 4. Environmental justice Movement. 5. Make environmental justice in a hyper consumption society: a challenge for the state environmental law. 6. Final remarks. References.

Resumo

O atual estágio do capitalismo inaugura um processo de consumo contínuo de fluxo estendido, ininterrupto. Tudo é potencializado nessa fase: a produção, a publicidade, os sonhos, as sensações, os desejos, bem como o descarte, o desapego, o lixo e a poluição. Na era do hiperconsumo, o mercado é soberano, já que influencia diretamente o contexto social por meio do poder da exclusão. A desigualdade social acaba expondo a sociedade também de forma desigual aos riscos da poluição e degradação ambiental. A justiça ambiental se apresenta como uma proposta de retomada de princípios éticos de justiça social e de equidade ambiental na era do hiperconsumo. Um novo direito, socioambiental, surge como alternativa de rompimento com a soberania do mercado de consumo. O papel transformador do direito socioambiental reside na sua potencialidade de edificar uma nova concepção Estado de direito, socialmente justo e movido por um ideário de desenvolvimento sustentável que contemple em igual proporção os

1 Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Integrante do Programa de Educação e Proteção Ambiental e Responsabilidade Social do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – ECOJUS. Bolsista da CAPES.

aspectos econômico, social e ambiental. Um Estado de direito que tenha como imperativo ético a justiça ambiental e que possa, enfim, ser adjetivado de Estado de Justiça Ambiental.

Palavras-chave: Sociedade de hiperconsumo. Desigualdades socioambientais. Estado de Justiça Ambiental.

Abstract

The current state of capitalism introduces a process of continuous consumption flow extended, uninterrupted. Everything is enhanced in this phase: the production, advertising, dreams, feelings, desires, and disposal, detachment, waste and pollution. In the era of hyper consumption, market is sovereign, since it directly influences the social context through the power of exclusion. The social inequality ends up exposing the society also unevenly to the risks of pollution and environmental degradation. Environmental justice is presented as a proposal for resumption of ethical principles of social justice and environmental equity in the era of hyper consumption. A new social-environmental law is an alternative to break with the sovereignty of the consumer market. The changing role of the social-environmental law is tied to its potential to build a new design rule of law, socially fair and driven by an ideology of sustainable development that addresses a similar economic, social and environmental proportion. A rule of law which has the ethical imperative of environmental justice and that may ultimately be an adjective of State for Environmental Justice is needed.

Key words: Hyper consumption Society. Social and environmental inequalities. State of Environmental Justice.

1 Introdução

A sociedade contemporânea baseia-se em um modelo de desenvolvimento econômico que prima pela exploração dos recursos naturais. Tal modelo de desenvolvimento tem se mostrado gerador de comportamentos humanos predatórios, descompromissados com o futuro e criadores de situações de risco. Os recursos naturais, base da exploração econômica atual, são utilizados do modo irracional, sem prudência e sem consideração de seu valor intrínseco.

O estilo de vida e a organização social que emergiu na Europa, a partir do século XVII, e que se difundiu em termos mundiais, traduz o conceito de modernidade. Na modernidade, o ritmo das mudanças sociais passou a ser extremo. Contudo, como bem ressalta Anthony Giddens, ao mesmo tempo em que as instituições sociais modernas oportunizaram que populações humanas desfrutassem de uma vida com maior conforto, também geraram muitos efeitos indesejáveis, tais como: submissão dos homens à disciplina de um trabalho maçante e repetitivo; potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio

ambiente; uso arbitrário do poder político (totalitarismos); e a industrialização da guerra. Em outras palavras: um mundo carregado e perigoso.²

Recentemente, discute-se estar a humanidade rumando para um período pós-moderno, ou seja, saindo de um modelo de organização social moderno, rumo a um novo e diferente modelo de ordem social.

Embora seja discutível a ideia do estabelecimento definitivo de um modelo de organização social pós-moderno, sobretudo se considerado o fato de que boa parte da humanidade ainda vive alijada e excluída dos avanços da modernidade, pode-se afirmar, com certeza, que a crise ecológica contemporânea reflete o esgotamento dos valores da modernidade, o esgotamento do modelo de desenvolvimento econômico da modernidade e, sobretudo, expõe a necessidade do surgimento de um novo modelo de organização social, ou como sustenta David Lyon, de “um novo estágio do capitalismo”.³

Tal constatação se torna evidente quando analisada a evolução histórica do *capitalismo de consumo*, surgido a partir da modernidade.

Obviamente que o fenômeno do consumo não surgiu com o capitalismo. Sua origem, como bem destaca Zygmunt Bauman⁴, tem raízes tão antigas que remontam à própria existência dos seres humanos. Ademais, cada período específico da história da humanidade apresenta padrões típicos de consumo, os quais sofrem modificações na medida em que é alterado o contexto econômico-social. Novos padrões ou modalidades de consumo sempre se apresentam como versões levemente modificadas das versões anteriores, sendo, portanto, a continuidade a regra principal.⁵

Nesse contexto, o presente estudo objetiva, de início, analisar o fenômeno do *capitalismo de consumo* ou, como define Bauman, o fenômeno da “revolução consumista”, período no qual o consumo atinge níveis nunca antes imaginados na história da humanidade, a ponto de ser confundido como “o verdadeiro propósito da existência humana”.⁶

Na esteira, o objetivo da presente análise se volta às consequências socioambientais do atual estágio capitalismo de consumo, sobretudo no tocante à distribuição social dos ônus ambientais advindos da lógica econômica reinante.

Por fim, o presente estudo se propõe a analisar o papel do direito na reconstrução ética de um Estado de direito que seja capaz de regular os

2 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 16-19.

3 LYON, David. *Pós-modernidade*. Tradução Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998, p. 17.

4 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

5 Ibid., p. 37.

6 Ibid., p. 38.

desequilíbrios e injustiças socioambientais numa era comandada pela lógica do mercado de consumo.

2 Sociedade de hiperconsumo

Gilles Lipovestky sustenta a existência de três eras do capitalismo de consumo⁷. A primeira iniciada por volta dos anos 1880 e encerrada com a Segunda Guerra Mundial. Nessa fase, os pequenos mercados locais são substituídos por grandes mercados nacionais, também chamados de mercados de massa. Tal fenômeno decorreu da modificação havida nas infraestruturas de transporte, de comunicação, bem como no maquinário industrial utilizado pelos sistemas de produção. Como consequência, houve um aumento brusco em termos de regularidade, volume e velocidade dos transportes, tanto de matéria-prima para as fábricas, quanto das mercadorias para as grandes cidades. O escoamento maciço da produção se tornou viável, acompanhado que foi pelo crescente aumento da produção em razão do surgimento de máquinas de produção contínua. Iniciava-se aí a primeira era do capitalismo de consumo de massa.⁸

Lipovstsky destaca que, nessa primeira fase do capitalismo de consumo, a produção em larga escala, acompanhada do surgimento do consumo de massa, pôs em marcha um processo de “democratização do desejo”. Os mercados de massa e os grandes magazines revolucionaram a relação das pessoas com o consumo, passando a estimular, com o auxílio de técnicas de marketing, a necessidade e o desejo de consumir, a desculpabilização do ato de compra e o gosto pelas novidades. O consumo, ao final dessa primeira fase, passou a ser sinônimo de felicidade moderna.⁹

Outro traço característico dessa primeira fase do capitalismo de consumo, segundo Bauman, é o desejo de segurança¹⁰. Toda produção objetivava suprir o desejo humano de um ambiente confiável, ordenado, duradouro, resistente ao tempo e seguro. O consumo ostensivo dessa fase era distinto do atual, porquanto, ao fim e ao cabo, o que se pretendia era ostentar publicamente riqueza e *status* social. Tal sentimento refletia na produção de produtos mais duráveis, sólidos e resistentes. Segundo Bauman, os produtos “eram tão duradouros quanto se desejava e esperava fosse a posição social, herdada ou adquirida, que representavam.”¹¹

7 LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

8 Ibid., p. 26-27.

9 Ibid., p. 31.

10 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 42.

11 Ibid., p. 44.

A segunda era do capitalismo de consumo é descrita por Lipovestky como a era do surgimento da “sociedade de consumo de massa”, consolidada ao longo das três décadas do pós-guerra. Se, na primeira fase, ocorreu o fenômeno da democratização e da sedução pela aquisição de produtos duráveis, a fase seguinte colocou-os à disposição de todos, ou de quase todos, em decorrência do excepcional crescimento econômico, elevação do nível de produtividade de trabalho e pela extensão da regulação fordista da economia, que multiplicou por três ou quatro o poder de compra dos salários à época.¹²

Nessa fase, a abundância é um traço característico. Lipovestki destaca que essa fase é marcada pela lógica da quantidade. É nessa fase também que começam a se esvaír as antigas resistências culturais às frivolidades de uma vida mercantilizada. Os desejos passam a impregnar o imaginário dos indivíduos, nas mais diversas direções. A publicidade passa a entrar em cena com força total, conquistando, a cada dia, novos espaços cultivadores de desejos e sonhos de felicidade. Também é nessa fase que surgem as políticas de diversificação de produtos e de redução do tempo de vida das mercadorias produzidas, gerando um aumento na produção de lixo, como decorrência do descarte de produtos menos duráveis¹³. Essa segunda etapa do capitalismo de consumo se encerra no final dos anos 1970, momento em que se inicia o terceiro ato do capitalismo de consumo das sociedades desenvolvidas. Entra em cena a era do hiperconsumo, definida por Lipovestky como aquela na qual os consumidores se tornam imprevisíveis e voláteis, movidos por motivações privadas que superam finalidades distintivas. Nessa fase, o consumo “ordena-se cada dia um pouco mais em função de fins, gostos e de critérios individuais.”¹⁴. Embora as satisfações sociais não desapareçam em sua totalidade, a busca pela felicidade privada é a motivação principal. A curiosidade torna-se uma paixão de massa, movida pelos apetites experimentais dos sujeitos. O hiperconsumidor não anseia mais em ostentar um signo exterior de riqueza e sucesso, mas sim revelar-se como indivíduo singular por meio dos bens que consome¹⁵.

Segundo Lipovestky, a era do hiperconsumo revela uma nova relação emocional dos indivíduos com as mercadorias. Nas palavras do pensador francês, na fase do hiperconsumo o ato de consumir

[...] não pode ser considerado exclusivamente como uma manifestação indireta do desejo ou como um derivativo: se ele é uma forma

12 LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia da Letras, 2010, p. 32.

13 Ibid., p. 33-34.

14 Ibid., p. 41.

15 Ibid., p. 44-45.

de consolo, funciona também como um agente de experiências emocionais que valem por si mesmas.¹⁶

Nessa fase, experiências e sensações é que são vendidas ao hiperconsumidor. Mudar de ares, rejuvenescer, renovar prazeres, andar na moda, renovar experiências sensitivas, estéticas, sexuais, comunicacionais e lúdicas, não se deixar dominar pela rotina e pelo comum dos dias, aproveitar a vida e o conforto das novidades mercantis, enfim, gozar da felicidade “aqui e agora”, alimentado pelo sonho de uma juventude eterna é o que comanda as práticas do hiperconsumidor.

A sociedade de hiperconsumo põe em curso um processo de consumo contínuo de fluxo estendido, ininterrupto. Tudo é potencializado nessa fase: a produção, a publicidade, os sonhos, as sensações, os desejos, bem como o descarte, o desapareço, o lixo e a poluição.

A cultura do hiperconsumo atinge até mesmo classes periféricas e empobrecidas. Segundo Bauman, atualmente os pobres gastam o pouco dinheiro que possuem com objetos de consumo que não atendem diretamente suas necessidades básicas, tão somente com o intuito de evitar uma ainda maior humilhação social¹⁷. Isso porque na era do hiperconsumidor, todos aqueles que não dispõem de condições de se inserirem no mercado de consumo passam a ser considerados como fracassados, como subclasse, excluídos sociais enquadrados nas estatísticas como “pessoas abaixo da linha de pobreza”.¹⁸

Portanto, nessa fase, o mercado de bens de consumo passa a ser soberano, já que influencia diretamente o contexto social por meio do poder da exclusão. Em contrapartida, o poder político que deveria reagir a isso vê gradativamente seu poder de agir e “apitar as regras do jogo” fluir cada vez mais em direção do mercado¹⁹. Quais as consequências disso no cenário socioambiental? Desvendá-las é o objetivo que o presente estudo se propõe a seguir.

3 Injustiça ambiental: a face oculta do hiperconsumo

Henri Acselrad, Cecilia Campello do Amaral Mello e Gustavo das Neves Bezerra, em recente obra²⁰, abordam um fato real ocorrido há menos de duas décadas, que ilustra bem a face oculta da sociedade de hiperconsumo na qual o mercado detém o poder soberano da exclusão social. Em 1991, um memorando

16 Ibid., p. 46.

17 BAUMANN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 74.

18 Ibid., p. 85.

19 Ibid., p. 87.

20 ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 7-8.

de circulação restrita aos quadros do Banco Mundial, que ficou conhecido por *Memorando Summers*, teve seu conteúdo divulgado externamente, causando constrangimento e uma repercussão deveras negativa para a instituição. No referido memorando, Lawrence Summers, economista chefe do Banco Mundial à época, apontou três razões para que os países pobres fossem o destino dos polos industriais de maior impacto ao meio ambiente. A primeira delas: o meio ambiente seria uma preocupação “estética”, típica dos países ricos; a segunda: os indivíduos mais pobres, na maioria das vezes, não vivem tempo suficiente para sofrer os efeitos da poluição ambiental; e a terceira: pela lógica econômica de mercado, as mortes em países pobres têm um custo mais baixo do que nos países ricos, pois seus moradores recebem menores salários.

Tais fatos caracterizam cenários de *injustiça ambiental*, aqui considerada como a ausência de equidade na distribuição das externalidades negativas decorrentes do processo produtivo que abastece a sociedade de hiperconsumo. As populações mais vulneráveis, que menos se beneficiam dos frutos do modelo desenvolvimentista hodierno, menos consomem e menos geram lixo, são as que mais diretamente suportam as externalidades negativas do processo produtivo. A lógica econômica dominante ignora por completo a ideia de equidade na repartição de tais externalidades: aquilo que Vandana Shiva denomina de *apartheid ambiental global*.²¹

Na era do hiperconsumo e da soberania do mercado, o sonho da felicidade materializado no ato de consumo acarreta, a cada dia, mais exclusão social. Eis a face oculta do hiperconsumo. Para atender o frenesi consumista do hiperconsumidor é preciso imprimir um ritmo cada vez mais frenético de produção; esse ritmo de hiperprodução atinge o meio ambiente, fonte de recursos e matéria prima, gerando cenários de degradação ambiental decorrentes de resíduos industriais, contaminação tóxica, lixo em larga escala, poluição do ar e das águas. Contudo, como as regras do jogo são ditadas pelo mercado, a lógica do lucro ilimitado deixa de lado qualquer princípio ético de justiça social, trazendo como corolário uma distribuição desigual entre classes sociais dos riscos decorrentes desses cenários de degradação.

O conceito de injustiça ambiental conduz à percepção de que a desigualdade social acaba expondo a sociedade também de forma desigual aos riscos da poluição e degradação ambiental. Em outras palavras: a vulnerabilidade social, econômica e política das camadas menos favorecidas da população faz com que sobre elas recaiam, diretamente, os riscos e consequências do modelo econômico de desenvolvimento reinante na era do hiperconsumo.

21 SHIVA, Vandana. O mundo no limite. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Orgs.). *No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global*. Rio de Janeiro, Record, 2004, p.163-186.

Acredita-se, pois, que de fato, como bem destaca Lipovestky, a felicidade proporcionada pelo hiperconsumo é paradoxal²². Trata-se de uma felicidade ilusória, momentânea e egoísta, porquanto desprovida de princípios éticos de justiça social. Talvez por isso a felicidade proporcionada pelo hiperconsumo não consiga superar, mesmo àqueles que integram as classes sociais mais abastadas, as frustrações decorrentes de uma existência puramente individualista.²³

4 Movimento por justiça ambiental

Na era do hiperconsumo, como reação ao império soberano do mercado e à fragilidade do poder político, surge, fruto das lutas de movimentos sociais, uma nova corrente de pensamento ecológico, diferente das até então estabelecidas. Tal afirmação encontra sustentação teórica em pensadores sociais vinculados à economia ecológica, ecologia política, antropologia e sociologia ambiental²⁴, que identificam o surgimento do pensamento ecológico intitulado de *ecologismo dos pobres* ou *movimento por justiça ambiental*.²⁵

Tal corrente ecológica de pensamento assinala que o crescimento econômico implica maiores impactos ao meio-ambiente, destacando o deslocamento geográfico das fontes de recursos e das áreas de descarte dos resíduos. Portanto, o eixo principal dessa linha de pensamento não está relacionado a uma reverência sagrada à natureza, mas, sim, a um interesse pelo meio ambiente como fonte de condição para subsistência humana. Sua ética, como bem destaca Joan Martínez Alier, nasce de uma demanda por justiça social.²⁶

Segundo Ascelrad²⁷, o movimento por justiça ambiental identifica a ausência de uma efetiva regulação sobre os grandes agentes econômicos do risco ambiental, situação esta que possibilita a eles uma livre procura por comunidades carentes, vítimas preferenciais de suas atividades danosas. É possível identificar na obra de Ascelrad sobre justiça ambiental, pontos de contato direto com a teoria do risco global de Ulrich Beck. Assim como Beck, Ascelrad sustenta que os riscos

22 LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

23 Ibid., p. 162.

24 Como Joan Martínez Alier, Enrique Leff e Henri Ascelrad, Cecília Campello do Amaral Mello e Cristiano Luiz Lenzi, dentre outros.

25 ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres*: conflitos ambientais e linguagens de valorização. Tradução Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007. Ver também: ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

26 ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres*: conflitos ambientais e linguagens de valorização. Tradução Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007, p. 34.

27 ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 30.

sociais e ambientais transferidos aos mais pobres vêm adquirindo um perfil cada vez mais globalizado, tal como a universalização das ameaças retratada por Beck na sua visão de sociedade de risco global²⁸. De igual modo, ambos compartilham a ideia de que as camadas mais vulneráveis da população são as que mais sofrem em face da injusta distribuição dos riscos.

Contudo, uma questão central separa os adeptos da teoria da sociedade de risco de Beck dos adeptos do movimento por justiça ambiental: enquanto a crítica de Beck é dirigida exclusivamente à racionalidade técnico-científica, o movimento por justiça ambiental direciona sua crítica ao poder institucional do capital, ou seja, à soberania do mercado no contexto das relações socioambientais. Enquanto Beck considera que o problema está no pensamento científico, o movimento por justiça ambiental concentra seu foco na prática das corporações que integram o mercado.²⁹

De igual modo o movimento por justiça ambiental se contrapõe a corrente de pensamento ligada à ideia da *modernização ecológica*, segundo a qual a ecologização do crescimento econômico é o objetivo a ser alcançado.

A modernização ecológica, como bem destaca o sociólogo Cristiano Lenzi, baseia-se na lógica da “substituição de tecnologias curativas por tecnologias preventivas”³⁰. Entretanto, tal lógica, por si só, não tem se mostrado eficiente; afinal desconsidera totalmente a relação existente entre degradação ambiental e injustiça social, esquecendo que o enfrentamento dos problemas ambientais deve não apenas primar por ganhos de eficiência de mercado, mas também por “ganhos de democratização”.³¹

Nesse sentido, merece destaque a lição de Ascelrad:

[...] nem os defensores da modernização ecológica, nem os teóricos da Sociedade de Risco incorporam analiticamente a diversidade social na construção do risco e a presença de uma lógica política a orientar a distribuição desigual dos danos ambientais.³²

28 Ibid., p. 36.

29 ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_MA_ST5_Acselrad_texto.pdf>. Acesso em: 03 jan 2011.

30 LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006, p. 71.

31 ACSELRAD, Henri. Novas articulações em prol da justiça ambiental. *Revista Democracia Viva*, n. 27, Jun/Jul 2005.

32 Id. *Justiça ambiental e construção social do risco*. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_MA_ST5_Acselrad_texto.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2011. Ainda segundo Ascelrad: “Do lado da modernização ecológica - ambientalistas conservadores ou empresários ambientalizados - nenhuma referência é feita, por exemplo, à possibilidade de existir uma articulação entre degradação ambiental e injustiça social. Nenhuma disposição demonstram tampouco estes atores em aceitar que a crítica ecologista resulte em mudança na distribuição do poder sobre recursos ambientais. Do lado dos teóricos da sociedade

A expressão justiça ambiental, portanto, congrega um conjunto de princípios éticos que se destinam a influenciar uma nova racionalidade socioambiental no atual estágio do capitalismo de consumo. Selene Herculano define a expressão como uma “espacialização da justiça distributiva”, porquanto se relaciona diretamente com uma proposta de justiça na distribuição do meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os seres humanos. Segundo Herculano, a justiça ambiental visa evitar, por questões étnicas, raciais ou de classe, que as populações humanas vulneráveis “suportem uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais ou locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas.”³³

O movimento por justiça ambiental surgiu nos Estados Unidos da América, em meados de 1980, como fruto da articulação de movimentos sociais de defesa dos direitos de populações pobres e de etnias discriminadas e vulnerabilizadas, expostas a riscos de contaminação tóxica por habitarem regiões próximas aos grandes depósitos de lixo tóxico e radioativo ou às grandes indústrias com efluentes químicos³⁴. Nasceu, pois, originalmente atrelado às lutas contra o que se intitulou de *racismo ambiental*, expressão cunhada em virtude da constatação de uma pesquisa realizada por Robert. D. Bullard, no ano de 1987, a pedido da Comissão de Justiça Racial da *United Church of Christ*, que demonstrou que o componente racial era fator determinante nas políticas de distribuição espacialmente desigual da poluição e degradação ambiental.³⁵

Atualmente, o movimento por justiça ambiental avançou, focando não apenas no racismo a questão da desigualdade ambiental, mas, sobretudo, na questão de classes, incorporando em seu discurso expressões como desigualdade social e exclusão social.³⁶

Tecido esse breve panorama, percebe-se que o movimento por justiça ambiental se apresenta como uma proposta de retomada de princípios de justiça social e de equidade ambiental na era do hiperconsumo. É uma nova racionalidade que está sendo proposta, que, por certo, encontrará resistência, já que não se

de risco, por sua vez, nenhuma referência é feita aos distintos modos pelos quais os atores sociais evocam a noção de risco, nem às dinâmicas da acumulação que subordinam as escolhas técnicas, nem tampouco ao trabalho de construção discursiva de que depende a configuração das alianças no âmbito das lutas sociais, inclusive na formulação diversificada da própria crítica ecologista.”

33 HERCULANO, Selene. *Riscos e desigualdade social: a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2011.

34 Ibid.

35 ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 19.

36 HERCULANO, Selene. *Riscos e desigualdade social: a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2011.

coaduna com a lógica do poder soberano dos mercados de hiperconsumo. Por conseguinte, indaga-se: como romper com a soberania do mercado para alcançar a sonhada justiça ambiental no atual estágio do capitalismo de consumo? Encontrar uma resposta a tal questão é o objetivo que o presente estudo se propõe a seguir.

5 Efetivar a justiça ambiental na sociedade de hiperconsumo: um desafio ao direito socioambiental

A soberania do mercado de bens de consumo, no atual estágio do capitalismo, não encontra no poder político uma ameaça, porquanto a mesma lógica neoliberal que domina a perspectiva econômico-financeira do mercado, também conduz o poder político. Hodiernamente, tanto o poder político quanto o mercado se utilizam do discurso do desenvolvimento sustentável como modelo político ideal a ser alcançado. Entretanto, ao se curvar à soberania do mercado, o poder político permite que a dimensão socioambiental presente na concepção original do conceito de desenvolvimento sustentável seja renegada a um plano inferior.

Em sua essência, o conceito de desenvolvimento sustentável, cunhado no ano de 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas no Relatório Brundtland, contempla a moderna concepção de justiça ambiental. Referido documento, intitulado *Nosso Futuro Comum* (*Our Common Future*), ao conceituar desenvolvimento sustentável, conjuga desenvolvimento, proteção ambiental e justiça social, essa última compreendida como satisfação das necessidades humanas básicas:

O conceito de desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chave: o conceito de *necessidades*, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.³⁷

Percebe-se que o núcleo essencial do conceito de desenvolvimento sustentável possui ligação umbilical com a concepção de justiça ambiental. Percebe-se, também, que as crescentes injustiças ambientais da era do capitalismo

37 Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente E Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

de hiperconsumo demonstram que o poder político efetivamente não tem se mostrado capaz de romper com a soberania do mercado, porquanto envolvido pela mesma perspectiva neoliberal desse. Daí a pergunta: A quem, então, caberia a missão de resgatar a essência do conceito de desenvolvimento sustentável e dar efetividade, no cenário social, ao princípio ético da justiça ambiental?

A tese que aqui se advoga é que essa missão cabe ao direito. Mas a um novo direito, o socioambiental.

O direito socioambiental é a semente da transformação do cenário social. Embora tal afirmação possa ser contestada por aqueles que entendam que o direito por si só não tem se mostrado capaz de romper com a soberania do mercado e de enfrentar as crescentes injustiças socioambientais, não podem ser olvidados os inúmeros exemplos existentes ao longo da história da humanidade, nos quais as lutas e movimentos sociais de libertação e rompimento com o *status quo* deram origem ao surgimento de novos direitos que, inegavelmente, transformaram as relações sociais. A evolução histórica dos direitos fundamentais é o melhor exemplo.

Na era do hiperconsumo, constata-se o gradual surgimento de um novo direito, socioambiental, muito influenciado pelo discurso do movimento por justiça ambiental, que teve a perspicácia de ressaltar uma verdade aparentemente esquecida: não há como separar o ambiental do social, tampouco pensar em proteção ambiental efetiva enquanto não existir justiça social.

O direito socioambiental propõe uma nova forma de interpretar o direito fundamental ao ambiente equilibrado. Não se trata, portanto, do surgimento de uma nova geração dos direitos fundamentais, mas sim de uma releitura ou reinterpretação necessária de um direito fundamental já consagrado, com o intuito de extrair sua máxima potencialidade. Ainda, o direito socioambiental possibilita uma visão mais abrangente da complexidade que cerca as relações sociais, econômicas e ambientais da atualidade. Rompe, portanto, com a lógica do direito ambiental estanque, narcisista, voltado para si, desenraizado da prática social dos sujeitos.³⁸

Com efeito, a partir da constatação de que o social e o ambiental caminham juntos, e de que a soberania do mercado na era do hiperconsumo é fonte de discriminação ambiental, notadamente aos pobres, um novo direito, socioambiental, surge com potencial transformador.

O papel transformador do direito socioambiental reside justamente na sua potencialidade de edificar uma nova concepção de Estado de direito. Nessa nova

38 DERANI, Cristiani. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2008, p. 154.

concepção, como bem destaca José Rubens Morato Leite, a democracia ambiental contempla o pressuposto básico da proibição de discriminação ambiental.³⁹

O exercício efetivo do direito socioambiental pelos operadores do direito e seu reconhecimento pelos Tribunais, restabelecendo a justiça e a equidade ambiental, mesmo que em casos pontuais, colocará em marcha o surgimento desse novo modelo de Estado de direito. Modelo esse, como apregoa José Joaquim Gomes Canotilho, que transporte “nos seus vasos normativos a seiva da justiça ambiental”.⁴⁰

O direito socioambiental é, portanto, a principal ferramenta que a sociedade detém para enfrentar o poder soberano do mercado na era do hiperconsumo. Obviamente que existem fortes aliados nessa batalha, tais como a sociologia ambiental, a educação ambiental, a econômica ecológica e a ecologia política. Contudo, é o direito socioambiental que efetivamente pode resgatar a esperança de um Estado de direito que não se curve ao mercado, que volte a “apitar as regras do jogo” e que não compactue com injustiças nas suas mais diversas formas. Um Estado de direito socialmente justo e democrático, movido por um ideário de desenvolvimento sustentável que contemple em igual proporção os aspectos econômico, social e ambiental. Um Estado de direito que tenha como imperativo ético a justiça ambiental e que possa, enfim, ser adjetivado de *Estado de Justiça Ambiental*.⁴¹

6 Considerações finais

No atual estágio do capitalismo de hiperconsumo, a busca incessante pela felicidade material não pode retirar da humanidade a capacidade de reflexão. Nenhuma felicidade é completa quando conquistada à custa de sofrimento e injustiça social, ou mesmo à custa de intensa degradação ambiental. Não é necessário, tampouco viável, cogitar de um absoluto desapego material da humanidade, ou mesmo de uma desvinculação do ato de consumo da ideia de felicidade. Contudo, é possível e necessário sonhar com o fim da era de subserviência do poder político estatal à lógica econômica do mercado.

39 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Lisboa: Gradiva, 2008, p. 158.

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do direito. *Revista do Direito urbanismo e do ambiente*. Coimbra: Almedina, n. 4, dezembro 1995.

41 Exemplo de vanguarda, o consagrado jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho há anos defende a concepção de Estado de Justiça Ambiental utilizada no presente estudo. A obra de Canotilho, nesse particular, é referencial teórico norteador das conclusões aqui tecidas. Nesse sentido, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito. Cadernos democráticos da Fundação Mário Soares*. Lisboa: Gradiva, 1999.

Embora os pessimistas exaltem que um dos maiores problemas do direito ambiental é sua falta de efetividade, é necessário reconhecer que o direito do ambiente precisa ser reinterpretado para se tornar, de fato, efetivo. À lógica econômica neoliberal interessa apenas um direito ambiental estanque, de visão estreita, preocupado somente em regular os limites toleráveis de poluição e degradação, bem como as medidas compensatórias a serem adotadas em casos pontuais. Esse direito ambiental estanque e narcisista não tem força nem legitimidade para enfrentar e romper com a soberania do mercado na era do hiperconsumo, até porque é facilmente manipulado e se deixa influenciar pela lógica econômica neoliberal.

O direito ambiental precisa transmutar-se em um direito socioambiental, que tenha como fio condutor o princípio ético da justiça ambiental. A junção estratégica da justiça social e da proteção ambiental deve, pois, contaminar os vasos normativos do direito ambiental. Dessa simbiose entre o social e o ambiental, um novo direito, socioambiental, assumirá o papel de protagonista na reconstrução do Estado de direito, conduzindo-o à dimensão de Estado de Justiça Ambiental. Daí, sim, se poderá sonhar com uma era na qual o consumo será sustentável, porquanto o próprio desenvolvimento também o será.

Referências

ACSELRAD, Henri. Novas articulações em prol da justiça ambiental. *Revista Democracia Viva*, nº 27, Jun/Jul 2005.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental e construção social do risco*. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_MA_ST5_Acsehrad_texto.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2011.

ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. Tradução Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdicização da ecologia ou ecologização do direito. In: *Revista do Direito Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina, n. 4, dezembro 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos da Fundação Mário Soares*. Lisboa: Gradiva, 1999.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DERANI, Cristiani. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2011.

LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva: 2008.

LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

LYON, David. *Pós-modernidade*. Tradução Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998.

SHIVA, Vandana. O mundo no limite. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Orgs.). *No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

Recebido em 15/05/11

Aceito para publicação em 09/12/2011

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E O ESTATUTO DA CIDADE: O DESENVOLVIMENTO URBANO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO

ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES AND CITY ORDINANCE:
THE URBAN DEVELOPMENT IN A DEMOCRATIC AND LEGAL
STATE

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Sumário

Introdução. 1. Do estado de direito. 2. Do direito ao meio ambiente. 3. Do direito ao desenvolvimento. 4. Da política urbana ambiental. 5. Do estatuto da cidade e seus princípios. 6. Dos instrumentos de implementação das políticas públicas ambientais. 6.1. Do direito de preempção. 6.2. Das operações urbanas consorciadas. 6.3. Da transferência do direito de construir. 6.4. Do estudo de impacto de vizinhança. 6.5. Do plano diretor. 7. Considerações finais. Referências.

Summary

Introduction. 1. Legal state. 2. Environmental right. 3. Development right. 4. Urban environmental policy. 5. City ordinance and its principles. 6. Tools for implementing environmental public policies. 6.1 Right to preemption. 6.2 Consortium urban operation. 6.3. Right to build transfer. 6.4. Neighborhood impact study. 6.5. Directive plan. 7. Final remarks. References.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar como a questão ambiental e as políticas ambientalistas foram tratadas pelo Estatuto da Cidade. Tal estudo parte da análise do direito ao meio ambiente e sua relação com o direito ao desenvolvimento, enquanto direitos fundamentais. Nesse aspecto, o estudo pauta-se pela análise do que se convencionou denominar desenvolvimento sustentável e seus desdobramentos no ordenamento jurídico. Uma vez estabelecidas tais premissas, passa-se a analisar especificamente a política ambiental urbana estabelecida pela constituição Federal de 1988 e regulada pelo Estatuto da Cidade, tendo como foco principal os diversos instrumentos postos à disposição do poder público a fim de permitir a implementação destas políticas públicas ambientais. Ao final, são tecidas

1 Procurador do Estado de São Paulo junto à Procuradoria Regional de Presidente Prudente. Especialista em Planejamento e Gestão Municipal pela FCT/UNESP e em Direito Público pelo complexo jurídico Damásio de Jesus. Mestre em Direito pelo CESUMAR/PR. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.

considerações acerca da política urbana prevista no referido Estatuto e sua relação com a proteção ambiental e com o desenvolvimento sustentável. Palavras-chave: Política ambiental. Meio ambiente. Urbanismo.

Abstract

The present paper has as the objective to analyze the environmental issue and the environmental policies dealt by the City Ordinances. The starting point is an analysis of Environment Right and its relationship with Development Right, as fundamental rights. So, the study is based on the analysis of what is commonly called sustainable development and its results in law planning. Once these premises are established, we analyze the environmental public policy established by the 1988 Constitution and regulated by the city Ordinances, focusing the various means government has to establish these environmental public policies. In conclusion, we lay out our considerations concerning the urban policies foreseen in the Ordinances and its relationship with environmental protection and sustainable development.

Key words: Environmental Policies. Environment. Urbanism.

Introdução

As preocupações da humanidade acerca da proteção do meio ambiente aumentam constantemente. Isso porque o mesmo encontra-se diretamente relacionado ao direito à vida, saúde e qualidade de vida. Nesse contexto, ganha destaque o papel da Administração Pública na condição de ente constitucionalmente obrigado a proteger o meio ambiente.

No desempenho dessa função, diversos foram os instrumentos administrativos e legislativos criados com o intuito de permitir que o Estado cumpra sua função de maneira eficaz. Tais instrumentos encontram-se inseridos na política pública ambiental, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), que possui em seu texto diversos mecanismos que podem auxiliar o Administrador Público na realização dessa função ativa em prol do meio ambiente.

1 Do estado de direito

A Constituição Brasileira esclarece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que significa que o Brasil possui uma forma de organização política cuja atuação é determinada e limitada pelo direito. Ou seja: o direito atua como uma forma de limitação do poder estatal, de modo a evitar injustiças, abuso ou desvio de poder.

Canotilho ensina que o Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça no momento em que incorporar em sua estrutura “princípios e valores

materiais que permitam aferir do carácter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos”².

Dentro desse Estado de Direito encontramos a preocupação com diversos bens jurídicos, cuja tutela precisa ser efetivada de maneira a garantir a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais do indivíduo.

2 Do direito ao meio ambiente

Um dos bens jurídicos tutelados pela nova ordem constitucional é o Direito ao Meio Ambiente.

No Brasil, o meio ambiente passou a ter uma tutela constitucional específica somente na Constituição Federal de 1988, a qual inseriu um capítulo disciplinando o tema. Registra-se, porém, que a questão ambiental é tratada em diversos outros dispositivos do texto constitucional e em normas infraconstitucionais.

Para proteger tal direito, a Constituição Federal, no caput do art. 225, estabeleceu 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.

Por se traduzir como bem de uso comum do povo, o meio ambiente passa a ser *res communes omnium*. Logo, seu proprietário é a coletividade, cabendo ao poder público gerir e tutelar esse bem jurídico³.

A constitucionalização do direito ao meio ambiente, inclusive com a inserção de um capítulo específico sobre o tema na atual Carta Magna, trouxe importantes transformações para a questão ambiental no país. Dentre elas, destaque-se a unificação da ordem jurídica e a necessidade de sua simplificação⁴.

Importante observar que a Constituição de 1988 fez muito mais do que simplesmente transformar o meio ambiente em direito constitucionalmente assegurado. Ela o elevou ao *status* de direito fundamental. E, a partir do momento em que o meio ambiente torna-se um direito fundamental autônomo, políticas

2 CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 41.

3 MIRRA, Álvaro Luiz. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 37-39.

4 SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48-50.

públicas específicas começam a ser criadas, trazendo consequências para toda a ordem jurídica⁵.

Discorrendo a respeito das consequências do seu reconhecimento como direito humano fundamental, Jorge Alberto de Oliveira Maru⁶ afirma que o direito ao meio ambiente passa a ser irrevogável, ou seja, passa a se constituir como verdadeira cláusula pétrea do regime constitucional brasileiro. O autor ainda destaca a “integração plena e imediata dos pactos, tratados e convenções internacionais que versem sobre o tema”, bem como a prevalência da “norma que mais favoreça o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado.”⁷.

3 Do direito ao desenvolvimento

Do mesmo modo que protege o meio ambiente, a Constituição Federal também demonstra sua preocupação com o desenvolvimento. Segundo estabelece o Art. 3º da referida norma fundamental, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O desenvolvimento constitui-se como um dos objetivos fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, de tal forma que deve ser ele incentivado. Contudo, tal desenvolvimento não pode ser protegido a qualquer custo.

Consoante o disposto no art. 170 de nossa Carta Magna, a ordem econômica estará fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para atingir tais objetivos, surge, não raras vezes, a necessidade de se violar direitos também constitucionalmente protegidos, tais como o direito ao meio ambiente.

Para conciliar a proteção a esses direitos, surge o que se convencionou denominar de desenvolvimento sustentável. Essa foi a forma encontrada pela coletividade a fim de tentar minimizar as lesões a esses direitos.

Segundo José Adércio Leite Sampaio, o desenvolvimento sustentável “consiste no uso racional e equilibrado dos recursos naturais, de forma a atender às

5 COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Direito ao meio ambiente: indisponibilidade do bem jurídico e possibilidade de acordos em matéria ambiental. In *Revista de Estudos Jurídicos da PGE*, p.176-177.

6 MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, v.7, n.28, p.134, out./dez., 2002.

7 Idem, p. 135.

necessidades das gerações presentes, sem prejudicar o seu emprego pelas gerações futuras.”⁸.

No plano internacional, traduz-se, nas palavras de Chris Wold⁹, no direito dos Estados-membros usarem seus recursos de acordo com suas próprias políticas nacionais. Deste modo, compete a cada Estado, individualmente, e segundo o poder conferido por meio de sua soberania, formular e implementar sua política de proteção ao meio ambiente.

Surge, aqui, a importância da implementação de políticas públicas ambientais, de modo a permitir que desenvolvimento e meio ambiente consigam coexistir de forma harmônica dentro do ordenamento jurídico.

Para Elida Seguin,

Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente ecologicamente equilibrado passam a integrar o conceito de cidadania, influenciado pelos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos, como o direito ao desenvolvimento, à saúde e à educação¹⁰.

Aliás, a Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, proclamou a declaração sobre o direito ao desenvolvimento, a qual estabeleceu em seu artigo 1 que:

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Registre-se que a própria Declaração de Estocolmo estabeleceu que os recursos não renováveis da terra devem ser empregados de forma a evitar o perigo

8 SAMPAIO, José Adércio Leite, et. al. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 47.

9 Idem, p. 10.

10 SÉGUIN, Elida. *Direito Ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51.

de seu futuro esgotamento e assegurar que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização¹¹.

Logo, destaca-se que o direito ao desenvolvimento não possui um fim em si mesmo, devendo pautar-se por diversos princípios, tais como 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 prestação¹². Da confluência entre o direito ao meio ambiente e o direito ao desenvolvimento surgiu o que se costumou denominar de desenvolvimento sustentável.

Neste aspecto, torna-se possível afirmar que a defesa do meio ambiente funciona como um “limite à livre iniciativa”¹³.

O desenvolvimento constitui-se como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, de tal forma que deve ser ele incentivado. Contudo, tal desenvolvimento não pode ser estimulado a qualquer custo.

4 Da política urbana ambiental

A Constituição Federal de 1988 também demonstrou sua preocupação com a função social da propriedade urbana, ao estabelecer, em seu art. 182, § 2º que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ou seja, a política de desenvolvimento urbano, a qual será executada pelo Poder Público Municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Para cumprir os objetivos determinados na Carta Magna, como parte integrante da política urbana, foi elaborado o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) o qual, além de tratar do uso da propriedade urbana, demonstrou grande preocupação com a questão ambiental, a qual permeia o desenvolvimento sustentável das cidades.

Nesse aspecto, José Afonso da Silva relembra que “o ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes.”¹⁴. Assim, se no passado não havia uma preocupação dos países com relação à proteção ambiental, hoje encontramos regras explícitas regulamentando tal direito.

11 Princípios extraídos da biblioteca virtual de direitos humanos da Universidade de São Paulo. Site http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Confere_cupula/texto/texto_1.html (tradução livre)

12 Art. 170, VI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003

13 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 149

14 SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.

Assim, o Estatuto da Cidade encontra-se inserido dentro de uma política urbana voltada para o desenvolvimento e regularização da propriedade urbana, que será gerida pelo poder público e que contará com a participação da sociedade.

Neste aspecto, ganha destaque o direito ao desenvolvimento, o qual também se constitui como um direito fundamental a ser protegido pelos Estados por meio de políticas públicas eficazes.

O direito ao desenvolvimento encontra-se inserido nos princípios 3 e 4 da Declaração do Rio de Janeiro/92, *in verbis*:

PRINCÍPIO 3 - O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.

PRINCÍPIO 4 - Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.

Isso corrobora o conceito de desenvolvimento sustentável também mencionado por Welber Barral e Gustavo Assed Ferreira, sendo “o desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”¹⁵.

Por isso, a importância do planejamento e da elaboração de políticas públicas voltadas para a proteção ambiental. Tais políticas devem levar em conta os objetivos da Administração Pública em benefício da coletividade, sem, contudo, esquecer da importância do meio ambiente para a manutenção da vida e da qualidade de vida em nosso planeta.

5 Do estatuto da cidade e seus princípios

De início, registre-se que o Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Consoante estabelece o referido estatuto, a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos uma série de diretrizes.

15 BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 13.

Dentre tais diretrizes, destacamos aquelas diretamente ligadas à questão ambiental e, em especial, as descritas no art. 2º em seus incisos I; IV; VI, g; VIII; XII; XIII; XIV.

Do mesmo modo, observa-se a presença de uma grande preocupação com a política urbana ambiental no Estatuto da Cidade. Tal Estatuto preocupa-se com a garantia do direito a cidades sustentáveis, bem como o planejamento do desenvolvimento das cidades e da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência.

Tais medidas têm como objetivo evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

Quando o Estatuto fala em sustentabilidade, essa deve estar ser entendida como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Com isso é possível afirmar que a sustentabilidade encontra-se diretamente relacionada à necessidade de planejamento e manutenção dos recursos ambientais para as gerações presentes e futuras.

O Estatuto da Cidade também apresenta como diretriz a necessidade de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental.

As denominadas políticas públicas ambientais têm como ponto principal a garantia do desenvolvimento econômico e social de uma região, sem aniquilar os recursos ambientais nela existentes. Dessa forma, tem-se, no Estatuto, a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e do território sob sua área de influência.

Aqui, mais uma vez, observa-se a preocupação de garantir condições para que a vida continue a se desenvolver de forma harmônica, permitindo-se o progresso, sem, contudo, eliminar os recursos ambientais.

Conforme já asseverado, o Estatuto também tem como diretriz fundamental a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente. Nesse aspecto, ganham destaque o meio ambiente natural e o construído, além da proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Outro aspecto importante refere-se ao fato de que a participação popular também foi valorizada. Assim, o Estatuto exige a 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. Neste aspecto é:

Importante observar que o Estatuto da Cidade previu a gestão democrática da cidade, a qual será realizada por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.¹⁶

Tal medida encontra-se em consonância com o texto constitucional, o qual impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente.

Por fim, e consciente dos problemas relacionados à questão socioeconômica, o Estatuto incluiu entre suas diretrizes a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, a qual será realizada por meio do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação.

Tais medidas deverão levar em conta a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Não obstante tais diretrizes estejam previstas em um único artigo, deve-se frisar que a preocupação com a questão ambiental encontra-se prevista ao longo de todo o estatuto da cidade, eis que se trata de um bem jurídico intimamente relacionado ao direito à vida e à sadia qualidade de vida, direitos fundamentais tutelados constitucionalmente.

6 Dos instrumentos de implementação das políticas públicas ambientais

Dentre os vários instrumentos previstos pelo Estatuto da Cidade, destaque-se o planejamento municipal (que será realizado por meio do Plano Diretor); o parcelamento, uso e ocupação do solo; o zoneamento ambiental; o prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA); e o prévio Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV).

Tais instrumentos são importantes para o desenvolvimento de cidades sustentáveis, uma vez que possibilitam ao administrador público planejar e tomar medidas eficazes com vistas à proteção do meio ambiente, constituindo-se como importantes instrumentos de implementação de políticas públicas voltadas à questão ambiental. Tais instrumentos poderão auxiliar o poder público na realização de várias políticas públicas.

16 COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Planejamento e efetividade na tutela do meio ambiente: O papel do Estado e da sociedade na gestão das cidades. In: *Revista de Estudos Jurídicos*. UNESP: Franca, 2010, p. 155

6.1 Do direito de preempção

O direito de preempção constitui-se como uma espécie de limitação urbanística que recai sobre as faculdades de disposição do proprietário, mitigando o aspecto absoluto de seu direito. Desse modo, o proprietário de determinado imóvel terá seus poderes limitados, uma vez que será incapaz de realizar certos atos de domínio, como, por exemplo, a alienação do imóvel a seu modo, ou seja, sem o cumprimento da legislação vigente.¹⁷

Como bem preleciona Patrícia Teixeira de Rezende Flores, tal direito nada mais é do que “o direito que tem o Poder Público de adquirir, com preferência, a propriedade de imóveis situados em área que pretenda implementar a política urbana”.¹⁸

Segundo estabelece o Estatuto da Cidade, o direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para determinadas finalidades, destacando-se a criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental (art. 26).

Desse modo, o direito de preempção possibilita a interferência do Poder Público na organização dos espaços habitáveis sem a necessidade de utilização de institutos mais complexos, constituindo-se como um importante instrumento de política urbana, trazendo vantagens para o proprietário e para a Administração Pública Municipal, por ser mais célere e simples.¹⁹

6.2 Das operações urbanas consorciadas

A operação urbana consorciada também foi regulada pelo Estatuto da Cidade, o qual a conceitua como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal (com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados) com o objetivo de alcançar, em uma área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental (art. 32, § 1º).

Trata-se, assim, de intervenções pontuais realizadas sob a coordenação do Poder Público, envolvendo a participação da sociedade, com o objetivo de permitir um melhor desenvolvimento daquela região.

Entre as várias medidas e alternativas que podem ser realizadas por meio das operações urbanas consorciadas, destaque-se a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem

17 HORBACH, Carlos Bastide. *Estatuto da cidade*. São Paulo: RT, 2004, p.196.

18 FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: AIDE, p.92-93.

19 HORBACH, Carlos Bastide. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2004. p.198.

como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente.

Tais medidas são importantes, pois permitem a conscientização da população e permitem o melhor aproveitamento do espaço e o desenvolvimento da qualidade ambiental.

Importante, ainda, observar que o plano de operação urbana consorciada deverá explicitar a área a ser atingida; o programa básico de ocupação da área; o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; as finalidades da operação; estudo prévio de impacto de vizinhança; a contrapartida a ser exigida do setor privado em função da utilização dos benefícios a serem concedidos pelo poder público²⁰; e forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

Por fim, observe-se que a contrapartida poderá ser financeira ou de outra natureza, como a criação de espaços públicos ou habitação de interesse social, por exemplo. Trata-se, como se vê, de importante instrumento posto à disposição do poder público para fomentar o desenvolvimento em determinada região e garantir a proteção do meio ambiente urbano.

6.3 Da transferência do direito de construir

Outro instrumento constante no *Estatuto da Cidade* refere-se à possibilidade de transferência do direito de construir. Segundo estabelece o estatuto, é possível, por meio de lei municipal (baseada no plano diretor), que o município autorize o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente.

Para tanto, exige-se, contudo, que o referido imóvel seja considerado necessário para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários ou de preservação. Nessa última hipótese, exige-se, ainda, que o referido imóvel seja considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.

Pela redação do dispositivo observa-se que, novamente, o Estatuto demonstrou sua preocupação com a questão ambiental, uma vez que tal transferência permitirá a manutenção de determinado bem jurídico ambiental, sem inviabilizar o direito do proprietário.

20 Para maiores informações sobre os benefícios a serem concedidos pelo poder público, vide incisos I e II do § 2º do art. 32 do *Estatuto da Cidade*, ressaltando-se que os recursos obtidos pelo Poder Público municipal serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

6.4 Do Estudo de Impacto de Vizinhança

Sem alterar as determinações legais acerca do estudo de impacto ambiental, o Estatuto da Cidade forneceu aos Municípios um novo instrumento de auxílio na gestão ambiental. Trata-se do Estudo de Impacto de Vizinhança, o qual pode ser definido como:

um instrumento técnico de política urbana, segundo o qual se avaliam as consequências que um determinado empreendimento ou medida promoverá na ordenação da cidade, quais os efeitos que se darão no cotidiano da convivência em virtude da aplicação de uma determinada medida ou providência que venham a tomar particulares ou o Poder Público.²¹

Do conceito apresentado pode-se afirmar que o Estudo de Impacto de Vizinhança será realizado sempre que o ente público vislumbrar a possibilidade de danos ou impactos negativos sobre o meio ambiente, em razão de um empreendimento ou atividade.

Logo, é possível afirmar-se que o Estudo de Impacto de Vizinhança também possui um viés preventivo *lato sensu*.

Importante observar, contudo, que apesar de tanto o EIV, quanto o EIA possuírem função preventiva, ambos não se confundem:

[...] enquanto o EIA é exigível somente nos casos em que haja, potencialmente, significativa degradação do meio ambiente, o EIV é exigível em qualquer caso, independente da ocorrência ou não de significativo impacto de vizinhança. Mas a Lei n. 10.257/2001 restringe a utilização do instituto àqueles empreendimentos e atividades, privados ou públicos, em área urbana, definidos em lei municipal como condição para a obtenção de licenças ou autorização de construção, ampliação e funcionamento a cargo do Poder Público municipal. (art. 36).²²

Tanto é verdade que o *Estatuto da Cidade* tomou o cuidado de esclarecer, em seu art. 38, que a elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

21 FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.233.

22 MUKAI, Toshio. *O Estatuto da cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.32.

Ainda com relação ao Estudo de Impacto de Vizinhança, torna-se importante mencionar que foi conferida a possibilidade da participação popular durante o procedimento de aprovação do EIV. Assim, segundo estabelece o parágrafo único do art. 37: “Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público Municipal, por qualquer interessado.”

Tal publicidade é fundamental, pois, por meio dela, é permitido que a população interessada tenha acesso ao referido estudo e tome as medidas que entenda cabíveis em defesa do meio ambiente.

6.5 Do Plano Diretor

Preocupado com a política urbana e com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, foi criado um importante instrumento para a política de desenvolvimento e de expansão urbana: o Plano Diretor.

O Estatuto da Cidade ampliou as hipóteses de obrigatoriedade de criação do Plano Diretor, destacando-se as hipóteses relacionadas ao impacto ambiental. Assim, tem-se que o plano diretor será obrigatório para cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Com isso, a questão ambiental foi expressamente prevista como uma das justificativas para a elaboração de um plano diretor, demonstrando, de forma inequívoca, a existência de uma política pública ambiental.

Logo, o plano diretor, ao lado dos demais instrumentos previstos no Estatuto da cidade possui importância fundamental para a realização de uma política pública voltada para a proteção do meio ambiente. Porém, para isso, é necessária a existência de uma Administração Pública determinada a exercer seu papel de protetora desse bem jurídico fundamental que é o meio ambiente.

7 Considerações finais

Tanto o direito ao meio ambiente quanto o direito ao desenvolvimento se constituem em direitos fundamentais, de tal forma que ambos devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico.

O meio ambiente constitui-se como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, de tal forma que o Estado (abrangendo a Administração Pública) não pode se imiscuir da tarefa de protegê-lo.

A supremacia do interesse público traduz-se como princípio orientador da atuação administrativa, de tal forma que os mecanismos e prerrogativas postos à

disposição da Administração Pública devem ser utilizados com vistas à satisfação do interesse público, abrangendo, portanto, a defesa do meio ambiente.

As políticas públicas ambientais têm como objetivo o desenvolvimento sustentável, o que exige a defesa do meio ambiente enquanto instrumento de proteção do direito à vida, saúde e qualidade de vida.

Dentro desse contexto, o desenvolvimento de políticas públicas ambientais constitui-se como dever fundamental do Estado e deve ser realizado de forma coerente.

O Estatuto da Cidade encontra-se em consonância com a Constituição Federal de 1988, na medida em que demonstra sua preocupação com a questão ambiental, proporcionando à Administração Pública mecanismos que permitam garantir a proteção do meio ambiente, bem como a participação popular nas decisões administrativas.

Assim, tem-se que a proteção ao meio ambiente, por meio do adequado planejamento e gestão das cidades, ao lado da atuação do Estado e da sociedade, garante a efetividade dos direitos humanos, na medida em que garante a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, a ampliação dos poderes postos à disposição da Administração Pública com relação à proteção do meio ambiente é imprescindível para que tal função seja realizada de forma eficaz.

Por fim, o investimento em medidas preventivas, aliadas a uma política ambientalista que tem como foco a manutenção de um desenvolvimento sustentável, respeitando os limites exigidos para a adequada utilização dos recursos naturais e criando na população uma consciência ambiental com vistas a evitar que os recursos naturais se tornem escassos e inviabilizem a vida das futuras gerações, contribuem, de forma significativa, para a tutela do meio ambiente e, em última análise, dos direitos da personalidade.

Referências

BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BRASIL – Constituição Federal de 1988.

BRASIL, LEI 10.257/01 ESTATUTO DA CIDADE.

CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Direito ao meio ambiente: indisponibilidade do bem jurídico e possibilidade de acordos em matéria ambiental. *Revista de Estudos Jurídicos da PGE*, nº 69/70. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2009.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Planejamento e efetividade na tutela do meio ambiente: O papel do Estado e da sociedade na gestão das cidades. *Revista de Estudos Jurídicos*. UNESP: Franca, 2010.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Comentários ao estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

HORBACH, Carlos Bastide. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, v.7, n.28, p.117-138, out./dez., 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Alvaro Luiz. *Ação civil pública e a reparação do ano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite et. al. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÉGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Recebido em 30/04/2011

Aceito para publicação em 22/11/2011

O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E O DEVER FUNDAMENTAL DE SUA UTILIZAÇÃO SUSTENTÁVEL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DRINKING WATER AND THE
FUNDAMENTAL DUTY OF ITS SUSTAINABLE USE

Ana Alice de Carli¹

Sumário

1. Introdução 2. Água: fonte de vida 3. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Water: source of life. 3. Final remarks. References

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma breve reflexão acerca da importância da água, como elemento vital para todos os seres vivos, bem como da necessidade premente de se proteger esta riqueza finita, a fim de garantir seu uso para as futuras gerações, com fundamento no princípio da solidariedade ecológica. Ainda, busca-se demonstrar que a sustentabilidade da água perpassa necessariamente pela conjugação de vários fatores, entre os quais, a educação e conscientização ambiental por parte de todos os atores sociais. Também, sustenta-se que o acesso à água potável é uma via de duas mãos: de um lado é um direito fundamental; de outro é um dever fundamental de utilização racional deste recurso. Nesse contexto, destaca-se que a tutela constitucional do meio ambiente é condição de possibilidade para sua concretização.

Palavras-chave: Água potável. Desenvolvimento sustentável. Direito fundamental.

Abstract

This work aims to make a brief observation about the importance of water as a vital element to all living beings, as well as the urgent need to protect this finite resource, in order to guarantee its use for future generations, based on the principle of solidarity. Still, we try to demonstrate that water sustainability goes necessarily through several factors, such as: education and environmental awareness by all social actors. Access to drinking water goes for two sides: one side is a fundamental right, and another is a fundamental

¹ Doutoranda em Direito Público e Evolução Social da UNESA-RJ e professora de Direito Constitucional da UNIFESO-Teresópolis. Advogada.

duty of rational use of it. In this context, the constitutional protection of the environment is a condition of possibility for fulfillment.

Key words: Fundamental right. Sustainable development. Drinking water.

Introdução

A realidade da contemporaneidade apresenta o homem como o ator principal do processo de degradação do meio ambiente, disso não se pode fugir. Porém ainda há tempo de se pensar em mudanças de paradigmas e de comportamentos com vistas a diminuir os impactos ambientais.

Deve-se, conquanto, ter em mente que, por mais esforços que se façam para preservar o planeta terra, sempre haverá elementos que, em certo grau, causam-lhe algum prejuízo. Desta feita, cabe aos homens, seres racionais, a tarefa de buscar soluções que diminuam os impactos negativos sobre o ecossistema (expressão que se utilizará, ao longo do trabalho, em sentido *lato*, referindo-se ao significativo planeta terra), refletindo no bem-estar e na saúde de todos os seres vivos².

Tarefa, esta, a ser desempenhada por atores sociais diversos, como por exemplo: Administração Pública³, empresas⁴, ecologistas, cientistas⁵, políticos, economistas, sociólogos, acadêmicos, sociedade civil, organismos governamentais e não governamentais, juristas⁶ (neste rol estão inseridos os legisladores, advogados

2 Conforme defendia o filósofo grego Aristóteles, o homem justo é aquele que agrega todas as virtudes não apenas em benefício próprio, mas para o bem da coletividade. DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 53.

3 Aqui compreendida a Administração Direta e Indireta. Conforme preceitua José G.B. Filomeno: “cabe uma vez mais aos governos intensificar os esforços para a redução do consumo de energia e dos recursos naturais nos processos de produção; devem, por outro lado, incentivar, mediante políticas internas o uso de recursos renováveis, a recuperação de resíduos, a reutilização e a reciclagem de materiais”. Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumo, Sustentabilidade e Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009, p. 265-280.

4 O termo “empresa” está aqui empregado no sentido de pessoa jurídica que realiza atividade econômica em sentido *lato*, com o objetivo de produzir bens ou serviços, e não apenas no sentido de “atividade econômica” utilizado pelo CC/02, em seu art. 966. Nesse passo, espera-se que tais entidades realizem suas funções institucionais com o cuidado e a consciência ecológica que se persegue em um Estado preocupado com o meio ambiente.

5 Preleciona Jerson Kelman (professor de recursos hídricos da Universidade Federal do Rio de Janeiro e idealizador da Agência Nacional de Águas - ANA) que “ter água é hoje um diferencial para uma nação ser uma potência econômica e social. A África do Sul, por exemplo, tem grande dificuldade em se desenvolver, pois padece de escassez desse recurso”. In: *Revista National Geographic Brasil*. Edição Especial: Água, o mundo tem sede. Entrevista concedida à jornalista Mônica Pileggi, em artigo intitulado “O fator água”. São Paulo: Editora Abril, ano 10, n. 121, 2010, p. 47-50.

6 Acentua Édís Milaré que o crescimento econômico deve ter como pressuposto a observância das leis da natureza “estudadas e transmitidas pela Ecologia”. Para ilustrar seu pensamento, o autor traz uma frase que

e magistrados⁷⁾ e os consumidores que, no ímpeto de consumir coisas novas, ou até as normalmente utilizadas, deveriam procurar averiguar como tal bem foi produzido, se houve na sua produção o devido cuidado com a questão da sustentabilidade ambiental. Enfim, a participação de todo o corpo social é, sem dúvida, uma condição de possibilidade para se harmonizar desenvolvimento econômico com sustentabilidade ambiental.

Nessa toada, Daniel Goleman⁸⁾, ao se referir à conduta do grupo (que reúne os consumidores, produtores e fornecedores de bens e serviços), preceitua: “se conhecesse os impactos ocultos do que compra, vende ou fabrica com a precisão de um ecologista industrial⁹⁾, poderia moldar um futuro mais positivo, tornando suas decisões mais bem alinhadas com seus valores”.

Nessa trilha, reflete ainda o mencionado pensador¹⁰⁾: “imagine o que poderia acontecer se o conhecimento hoje confinado a especialistas como ecologistas industriais fosse disponibilizado para o restante de nós”. Em outras palavras: se todas as pessoas tivessem, pelo menos, uma singela noção das consequências “ocultas” de tudo que fabricam, produzem e consomem diariamente, poderiam elas próprias mudar sua forma de agir no mundo, objetivando melhorar o *habitat* em que vivem.

As sociedades contemporâneas, naturalmente complexas, têm se deparado com um dilema paradoxal. De um lado, vivenciam o fenômeno do desenvolvimento econômico atrelado à globalização, a qual, com o crescimento vertiginoso da tecnologia, tem metaforicamente estreitado os espaços geográficos e encurtado os espaços temporais. De outro lado, visam a encontrar caminhos de sustentabilidade ambiental, com a criação de instrumentos de proteção ao meio ambiente e de responsabilização por prejuízos causados ao planeta.

o ex-governador de São Paulo André Franco Montoro costumava dizer: “a Economia é um capítulo da Ecologia”. Vide: MILARÉ, Édis. Amplitude, Limites e Perspectivas do Direito do Ambiente. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009, pp. 121-143.

7 NALINI, José Renato. Ética e Sustentabilidade no Poder Judiciário. In: MARQUES, José Roberto (organizador). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009, pp. 281-299. Enfatiza o estudioso em tela: “no momento em que o constituinte [está se referindo à Constituição brasileira de 1988] atribuiu ao Poder Público e à sociedade a tutela do ambiente e sua preservação para a presente e para as futuras gerações, ele conferiu ao Judiciário o dever de concretizar sua vontade”.

8 GOLEMAN, Daniel. Inteligência ecológica: o impacto do que consumimos e as mudanças que podem melhorar o planeta. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 5.

9 A ecologia industrial agrega saberes de química, física, engenharia e, é claro, de ecologia; é uma disciplina cujo objeto central é o exame dos impactos decorrentes da produção humana. Ela surgiu na década de 1990, por meio de um grupo de trabalho da *National Academy of Engineering*. Vide GOLEMAN. Op. Cit. p. 4.

10 GOLEMAN. Op. Cit. p. 5. O autor defende a tese da transparência radical, segundo a qual o homem, à medida que toma conhecimento dos “impactos ocultos do que compra, vende ou fabrica”, pode alterar seu comportamento diante das coisas.

Conforme lições de Ivo M. Theis¹¹, a noção de desenvolvimento é bastante recente, sendo delineada por volta do Século XX. A ideia moderna de desenvolvimento encontra inspiração na concepção de progresso, defendida em períodos anteriores. O significante “progresso” traduzia várias ideias, conforme acentua o autor em tela¹²:

Com o termo progresso se pode – ou melhor: se podia – significar desde a preocupação do cristianismo (sic) com a ida para os céus; passando pela emancipação do indivíduo em relação à família, ao clã e à tribo, pelo surgimento e consolidação da moderna democracia e pelo aperfeiçoamento do conhecimento sobre os eventos da natureza; até o sentido de libertação da *ordre naturel* da economia, prisioneira de regulações tradicionais, religiosas e políticas.

A expressão *sustentabilidade*, a seu turno, esclarece Fábio Nusdeo¹³, surgiu no campo das ciências econômicas com a função semântica de se diferenciar de outro instituto, o *crescimento econômico*. Nesse contexto, é oportuno destacar a distinção que o autor propõe entre desenvolvimento e crescimento econômico. Enquanto o crescimento econômico pode “apresentar condições de se autossustentar”, o desenvolvimento, “por lhe faltarem tais condições, acaba por se resolver numa mera sucessão de ciclos, sem que se altere a estrutura básica de economia, a qual entre um ciclo e outro volta a chafurdar-se na estagnação e, mesmo, retrocesso”¹⁴.

Seguindo a linha de pensamento do autor em tela¹⁵, a sustentabilidade deve ser a regra matriz do crescimento, mas não o simples “crescimento induzido como o foram os diversos ciclos da economia colonial”. O crescimento induzido

11 THEIS, Ivo. M. Desenvolvimento, Meio Ambiente, Território: qual sustentabilidade? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento*. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ano 1. Jan./jun.2003. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, pp.12-34.

12 THEIS. Op. Cit. p.15-24. Pontua, ainda, o autor que o desenvolvimento “é um processo que se desenrola não apenas num dado espaço natural, mas também num espaço social”.

13 NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009. pp. 146-157.

14 Para os economistas Marco Antonio S. Vasconcellos e Manuel E. Garcia, in: *Fundamentos de economia*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 210, “crescimento e desenvolvimento econômico são conceitos diferentes. Crescimento econômico é o crescimento contínuo da renda *per capita* ao longo do tempo. O desenvolvimento econômico é um conceito mais qualitativo, incluindo as alterações da composição do produto e a alocação dos recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia)”.

15 NUSDEO, Fábio. op. cit., p. 148-149. Ensina o autor que o crescimento induzido pode ser retratado por meio de “surto de crescimento normalmente impulsionados por eventos exógenos ao sistema levando-o a uma expansão, a qual, porém, cedo ou tarde, revela-se efêmera, pois, cessados ou desaparecidos aqueles eventos, a expansão perde impulso, e à falta de elementos de sustentação retrai-se para acabar regredindo aos anteriores níveis de estagnação ou, às vezes, até abaixo deles”.

é impulsionado, muitas vezes por circunstâncias que não tendem a se firmar por tempo indeterminado, ou por muito tempo. Imagine-se uma economia calcada basicamente em recursos naturais que vão se esgotando ao longo do tempo ou são substituídos por outros, com certeza ela experimentará situações de colapso, retrocesso ou estagnação.¹⁶

É preciso refletir mais acerca das incertezas que assombram a chamada sociedade de risco em que se vive; o que, de pronto, impõe ao Estado novos desafios, açambarcando nova qualidade, a de “Estado Constitucional Ecológico”, conforme defendido por Rudolf Steinberg¹⁷. Nesse ponto, há de se destacar que as questões ambientais ganharam vulto no Brasil, principalmente, a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, porquanto até essa data a tutela ambiental representava, de certa forma, um entrave para o desenvolvimento econômico¹⁸.

A preocupação com a preservação do ecossistema no Brasil fica clara, pelo menos sob o ponto de vista formal, quando se examina o texto constitucional vigente e outros diplomas normativos de caráter infraconstitucional. A Constituição de 1988, além de estabelecer capítulo próprio para o meio ambiente (cap. VI, artigo 225) e de colocá-lo dentre as diretrizes da ordem econômica e financeira, nos termos do art. 170, VI, dispõe no art. 5º, LXIII, acerca da legitimidade de qualquer cidadão para promover ação popular com a finalidade de obstar ou anular atos lesivos ao meio ambiente. Sem olvidar da Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, a qual pode ser manejada para defender, entre outros interesses, o meio ambiente. Tem legitimidade para propor esta ação, com fundamento no art. 5º, do diploma legal em tela: o Ministério Público, a Defensoria Pública, todos os Entes da Federação, as entidades da Administração Indireta, e as associações que cumprirem certos requisitos.

A propósito, a Carta Constitucional de 1988, ao explicitar no art. 225 que o meio ambiente é “um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, evidencia não apenas uma preocupação do constituinte originário com a preservação do planeta terra, mas, à luz da responsabilidade e solidariedade sociais, aponta para diretrizes, as quais devem ser observadas, no intuito de se construir novos parâmetros a serem seguidos por toda a sociedade.

16 NUSDEO, Fábio. op. cit., p. 148. Aponta o estudioso: “Os conhecidos ciclos da economia colonial brasileira são um bom exemplo de crescimento induzido. Há indícios estatísticos segundo os quais o nível de renda após o apogeu do açúcar, do ouro, da borracha e do cacau contraiu-se severamente para se situar abaixo mesmo daquele correspondente ao início dos mesmos, afora o fato de nada terem deixado em termos de mudanças estruturais que pudessem ter levado a uma diversificação da economia, nacional ou regional”.

17 STEINBERG apud MILARÉ, op. cit., p. 141.

18 REIS, Alessandra Nogueira. *Responsabilidade internacional do estado por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p.7. Segundo a autora, a “proteção internacional do meio ambiente é considerada, ao lado da proteção internacional dos direitos humanos, um dos grandes temas do moderno direito internacional”.

E mais, anuncia a normativa constitucional pátria o caráter fundamental do direito ao meio ambiente, sob dúplici perspectiva, formal e material: aquela porque prevista no texto da Constituição e esta (material) por ter como escopo a manutenção do ecossistema equilibrado e sustentável, o que importa em pressuposto básico para o bem-estar de todos – pessoas e animais –, bem como à preservação dos recursos naturais, que vão se esvaindo e sofrendo com a exploração do homem ao longo do tempo.

Há de se destacar, ademais, que o meio ambiente natural, nos termos da Lei 6.938/81, art. 3º, I (diploma normativo que dispõe sobre a política nacional sobre meio ambiente), compreende, *in verbis*:

Art 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - *meio ambiente*, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.(grifo nosso).

Dentre os elementos do meio ambiente está a água, a qual consubstancia a questão nuclear deste trabalho, bem como da tese de doutoramento em curso. A preocupação com o problema da escassez desse recurso no mundo é constante, em particular no Brasil, onde, apesar de deter cerca de 12 por cento do manancial de água doce do planeta terra, a sua distribuição é bastante desigual¹⁹, razão pela qual se pretende encontrar novos caminhos jurídicos e econômicos que garantam a sua sustentabilidade, e assim todos possam exercer o direito fundamental à água com qualidade.

Sem dúvida, a solidariedade e a responsabilidade são essenciais para a consecução deste desiderato, estando ambas intrinsecamente ligadas a outro significativo, a “cidadania planetária ou global”, a qual ultrapassa o universo individual, alcançando os aspectos político e social, e, conforme esclarece Daniela Vasconcellos Gomes²⁰, consiste na ideia de:

uma cidadania integral e efetiva, que deve estar presente também nas esferas local e nacional. Trata-se de conceito mais abrangente que a ideia de desenvolvimento sustentável, pois [...] visa também à superação das grandes diferenças econômicas existentes entre as distintas

19 SUASSUNA, João. *A má distribuição da água no Brasil*. Disponível em: <www.reporterbrasil.org.br>. Pesquisa realizada em: 27 abr. 2011. Desse percentual de 12%, apenas à guisa de exemplo, aproximadamente 70% fica na região da Amazônia (local de muita água para poucas pessoas) e 5% no Sul e no Sudeste, onde se têm alto índice populacional e intensas atividades agrícolas e industriais.

20 GOMES, Daniela Vasconcellos. A Solidariedade Social e a Cidadania na Efetivação do Direito a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento: desenvolvimento em questão*. Jan./Jun.2007. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. p. 85-98.

partes do planeta – especialmente os hemisférios Norte e Sul – e a integração da diversidade cultural presente na humanidade.

Nesse cenário insere-se também a ideia de uma nova ética a delinear as relações entre as pessoas e o meio ambiente, porquanto, aduz, ainda, a autora em tela:

as pessoas devem agir com cuidado ou preocupação porque são responsáveis pelos outros seres humanos e por toda a natureza – não só para garantir a vida no presente, mas também para possibilitar a existência de futuras gerações”, apregoa a mencionada autora.²¹

Sabe-se que as mudanças de paradigmas decorrem de um processo – muitas vezes lento –, o qual depende de diversos fatores, tais como, a) a (re)construção de uma concepção de valores sociais, éticos e morais, no que tange às questões ambientais; b) a necessidade de se atrelar de maneira contínua a sustentabilidade ambiental com as práticas do *mundo da vida*²²; c) a existência de boa vontade social e política para dar concretude às normas de proteção ambiental.

1 Água: fonte de vida

Cumprе, de pronto, destacar – ainda que singelamente – a diferença semântica entre *direito à água*, *direito de água* e *direito das águas*, cuidando o presente trabalho de discorrer sobre a primeira expressão (direito à água)²³.

O direito à água é uma espécie de direito fundamental, podendo-se inserir em todas as dimensões dos referidos direitos. Ou seja: o acesso à água é um direito individual, à medida que é essencial para a vida do indivíduo; é também um direito social, pois é necessário para a saúde e lazer das pessoas e, por fim, é um direito difuso, o qual beneficia todos os seres vivos e o próprio meio ambiente.

Conforme esclarece Cid Tomanik Pompeu²⁴, enquanto o direito de água corresponde a uma disciplina jurídica autônoma, ou seja, compreende um conjunto de regras e princípios que disciplina o uso dessa riqueza, o

21 GOMES. op. cit., p. 94.

22 A expressão “mundo da vida” empregada no texto, com inspiração em Jürgen Habermas, tem o sentido de “fatos reais da vida”. Ver HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2 ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2002. p. 88-100. Para o filósofo, “o mundo da vida estrutura-se através das tradições culturais, de ordens institucionais e de identidades criadas através de processo de socialização”.

23 Cabe ressaltar que as expressões *direito à água*, *direito de água* e *direito das águas* estão sendo mais bem delineadas em minha tese de doutoramento.

24 POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

direito das águas – consagrado na Declaração Universal dos Direitos da Água²⁵ – consubstancia o direito da própria água de ser protegida por todos os seres vivos racionais, os homens. A propósito, Constituição do Equador de 2008 foi a primeira a estabelecer à natureza a qualidade de sujeito de direito²⁶, conforme se extrai de seu art. 71, *in verbis*²⁷:

Derechos de la naturaleza:

*Art. 71 - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza La vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a La autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema*²⁸. (grifo nosso).

Oportuno ressaltar, em particular, no que toca ao uso racional e responsável da água potável, que a vontade política, embora fundamental, não é suficiente para quebrar velhos hábitos de descaso e negligência com a utilização desse recurso natural finito, por parte de todos os atores sociais.

Faz-se mister fomentar a educação ambiental, dar ao diploma legal, a Lei 9.795/99 (que disciplina a educação ambiental) eficácia social²⁹, conforme

25IFRAH, Georges. *L'Histoire de l'eau*, Paris, 1992. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 25 abr. 2011.

26 O tema foi desenvolvido pela coordenadora do projeto Direito e Mudanças Climáticas nos países Amazônicos no Equador e presidente do Centro Equatoriano de Direito Ambiental (CEDA), María Amparo Albán, durante a oficina para juízes realizada em Quio. Vide <www.planetaverde.org>. Ver também, <www.asambleanacional.gov.ec>.

27 EQUADOR. Asamblea Constituyente. *Constitución Del La Republica Del Equador de 2008*. Disponível em <www.asambleanacional.gov.ec>. Acesso em: 25 abr. 2011.

28 Tradução livre: Artigo 71 - Natureza ou Pacha Mama, que reproduz e executa a vida, você tem o direito de respeitar plenamente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos de vida, estrutura, funções e processos evolutivos. Cada pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade pode exigir de autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos devem ser observados os princípios previstos na Constituição, no que se segue. "O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas para que protejam a natureza e todos os elementos que formam um ecossistema. (grifo nosso).

29 Embora não seja o objetivo deste trabalho descer a minúcias a discussão em torno dos termos eficácia e efetividade, cabem algumas considerações acerca do tema, considerando sua relevância. Nesse sentido, louvável é a contribuição de José Afonso da Silva que, com base nas lições de Hans Kelsen, coloca em planos distintos a vigência e a eficácia das normas. A vigência correlaciona-se com a existência da norma no mundo jurídico, por meio da promulgação e publicação. A eficácia, a seu turno, subdivide-se em eficácia jurídica e eficácia social, esta, para alguns autores, como Luis Roberto Barros, seria também denominada de efetividade, e corresponde à sua real aptidão de produzir seus efeitos no mundo dos fatos, concreto, ou seja, segundo Hans Kelsen, a norma vincula-se à ideia do "ser". Por outro lado, a eficácia jurídica resulta da

estabelecido, em particular, nos artigos 1º e 2º, do mencionado texto normativo, *in verbis*:

Art. 1º Entendem-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 ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Art. 2º A educação ambiental é 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 (grifo nosso).³⁰

Ainda, de grande relevância são os trabalhos acadêmicos de reflexão, os incentivos à pesquisa por parte das instituições de fomento, como, por exemplo, a CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior)³¹, com vistas a desenvolver estudos que demonstrem, ao mesmo tempo, os impactos da conduta humana sobre o meio ambiente e a importância de se proteger a água, que é fonte da vida, *conditio sine qua non* para sua continuidade.

Além disso, é preciso pensar mais profundamente sobre a construção e utilização de instrumentos jurídicos e econômicos para complementar o processo de conscientização ecológica e, deste modo, dar efetividade ao direito fundamental do acesso à água potável com sustentabilidade³². Nesse sentido, oportunas são as palavras de Lévi-Strauss: “precisamos ter maior respeito pelo mundo, que começou sem o homem e acabará sem ele”.³³

aptação da norma de produzir seus efeitos no mundo jurídico, isto é, pertence à seara do “dever-ser”. Ver: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2003 e BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6 ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

30 BRASIL. Poder Legislativo. Lei 9.795 de 27 de abril de 1999. Publicado do *Diário Oficial da União* no dia 28 de abril de 1999.

31 CAPES. PODER EXECUTIVO. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Site:www.capes.org.br. Pesquisa realizada em 25.04.2011. A instituição tem como objetivos fundamentais: “a expansão e consolidação da pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação, além de, a partir de 2007, atuar na formação de professores da educação básica, ampliando o alcance de suas ações na formação de pessoal qualificado no Brasil e no exterior”.

32 IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. O Emprego de Instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato e BELLO FILHO, Ney de Barros (Orgs.). *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Editora Manole, 2004, p. 57-58. Assevera o autor que “um dos óbices à gestão sustentável do meio ambiente pode ser atribuído às análises econômicas que ainda resistem em reconhecer os recursos ambientais como insumos sujeitos à escassez”.

33 Apud DUPAS, Gilberto. A questão ambiental e o futuro da humanidade. In: O Desafio do Meio Ambiente. *Política externa*. Vol, 16. n. 1, p. 9-23, Junho/Julho/Agosto.2007.

De fato, há de se reconhecer que as demandas são de natureza variada, os recursos naturais estão diminuindo drasticamente, e o homem, sem outra saída, tem procurado suplantar tal realidade, em particular, por meio de pesquisas de novas formas de tecnologia. Aqueles que sobrevivem, em regra, dos recursos naturais, se ressentem ainda mais com o desgaste dos meios de produção oriundos do meio ambiente, como é o caso das populações indígenas. É possível indagar se a situação de degradação em que se encontra a natureza não seria, talvez, um dos contingentes responsáveis pela vontade/necessidade das populações indígenas (aqui referidas de forma genérica) de abrirem seus “horizontes” para novos modos de produção? Ou seria tal fenômeno, o da escassez de recursos, apenas coincidente com a vontade dessas populações de buscarem novas formas de desenvolvimento, por já estarem envolvidas no processo de “hibridação”³⁴? Ressalte-se, todavia, que, a despeito da relevância dessas questões – as quais merecem profundas reflexões – elas fogem do escopo do presente trabalho.

A realidade contemporânea obriga a todos, indistintamente, a repensarem o peso axiológico³⁵ que têm dado ao meio ambiente. Até que ponto estariam os atores sociais dispostos a restringir seus “desejos” de consumo em prol da sustentabilidade ambiental? O que se pode (e é preciso), efetivamente, fazer para que as pessoas caminhem rumo à conscientização da relevância de se preservar o ecossistema, através de condutas solidárias para com o próprio meio ambiente? São questões que impõem um diálogo não somente entre todos os segmentos da sociedade, mas também com diversos saberes, em especial, com o Direito, a Economia, a Ecologia, a Biologia, a Engenharia e a Antropologia e Sociologia; sem descuidar de outros saberes essenciais para o seu deslinde.

Outra questão que merece atenção, diz respeito aos parâmetros para implementação do que seja desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, esclarece Axel Dourojeanni³⁶ que os três objetivos para o desenvolvimento sustentável – econômico, ambiental e social – partem de pressupostos diversos. Assim sendo:

Os indicadores empregados para quantificar cada objetivo não têm um denominador comum nem há fórmulas de conversão universais.

34 A noção de hibridação, trazida por Nestor Garcia Canclini, enfeixa em si uma série de fenômenos que se interconectam e muitas vezes, se contradizem. Aliás, como acentua o mencionado autor, “a hibridação não é sinônimo de fusão sem contradições, mas, sim, que pode ajudar a dar conta de formas particulares de conflito geradas na interculturalidade recente em meio à decadência de projetos nacionais de modernização da América Latina”. In: CANCLINI, Néstor Garcia. *Culturas Híbridas*. Estratégias para entrar e sair da Modernidade. Tradução Ana Regina Lessa e Heloisa Pezza Cintrão. Tradução da introdução Gênese Andrade. São Paulo: Editora USP, 2001, p. XIX.

35 Aqui no sentido de grau de importância que se dá ao meio ambiente em comparação aos demais interesses da sociedade.

36 DOUROJEANNI, Axel. *Procedimientos de gestión para el desarrollo sustentable*. Santiago: Cepal/Eclac, ONU, 2000, p. 12 (série manual).

O crescimento econômico se mede com indicadores econômicos, a equidade se determina com base em parâmetros sociais e a sustentabilidade ambiental se estabelece em termos físicos e biológicos. Em consequência, cada um dos três objetivos se encontra em diferentes planos de avaliação.

O que se verifica, de fato, é uma dificuldade quase intransponível de conciliar os três aspectos: econômico, social e ambiental. A abertura para a discussão e o debate é de vital importância, para que se encontrem mecanismos idôneos a equilibrar os interesses contrapostos.

Nessa quadra da história, trilhar o caminho do desenvolvimento sustentável, amparado na premissa da tutela do ecossistema, é *condição de possibilidade* para se garantir não apenas um meio ambiente equilibrado, mas também o direito à vida com qualidade (o qual agrega também o direito à saúde). Na mesma linha de pensamento, Alessandra Nogueira Reis³⁷ vincula a concretização dos direitos humanos fundamentais à existência de um planeta saudável.

A Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992³⁸ (CDB), fruto de trabalhos, seminários e debates realizados durante a ECO 92, no Rio de Janeiro, além de simbolizar o deslocamento da questão ambiental do local para o universal, atingindo toda a sociedade internacional, consagra de forma expressa o princípio do desenvolvimento sustentável, atrelando-o à ideia da utilização racional e equilibrada dos recursos naturais, dentre eles a água.

Ressalte-se, entretanto, que a textura aberta do termo desenvolvimento sustentável acaba se tornando um entrave na discussão acerca da criação de instrumentos reguladores. Cumpre, de pronto, indagar que grau de desenvolvimento se busca, ou seja, qual o objetivo dos Estados em termos de desenvolvimento? Ainda, deve-se levar em conta o percentual populacional do país, pois, quanto maior for a população, maior será a demanda por bens e serviços (estes públicos e privados).

Assevera Carlos Teodoro J.H. Irigaray³⁹ que o desenvolvimento sustentável está atrelado ao processo de iniciativas de caráter político e econômico, o qual ditará os parâmetros à utilização dos recursos naturais, bem como da emissão de poluentes, pois, se assim não for, diz o autor: “o desenvolvimento sustentável não terá sido senão um mito irrealizado que transmitiremos às gerações futuras, juntamente com um gigante passivo ambiental; legado de uma civilização predatória.”

37 REIS, Alessandra Nogueira, op. cit., p. 9.

38 Tal documento foi assinado por 175 países durante a Eco-92, realizada no Rio de Janeiro, e ratificada por 168 daqueles, incluído o Brasil, que incorporou a CDB por meio do Decreto n. 2.519/98.

39 IRIGARAY. Carlos Teodoro J.H op.cit., p. 54.

Imagine-se, hipoteticamente, dois Estados *A* e *B*. O Estado *A* almeja se tornar uma potência industrial internacional, enquanto o Estado *B* quer se dedicar, precipuamente, ao plantio de matérias-primas para a produção das denominadas “tecnologias verdes”. Como conciliar as atividades de cada Estado com a sustentabilidade ambiental?

O Estado industrial, para atingir suas metas de produção voltadas à exportação, deverá aumentar o emprego dos fatores de produção – isso é natural. A questão é como compatibilizar a sua produção com a emissão de poluentes no ecossistema e com o excessivo uso dos recursos hídricos?⁴⁰

Por outro lado, o Estado *B* (produtor de insumos) vai precisar utilizar grande área de terra para o plantio de cultivares passíveis de se tornarem matérias-primas para a produção de biocombustíveis, por exemplo. Isso significa que, além de diminuir a quantidade de terra para o plantio de alimentos, se deparará com problemas decorrentes do uso excessivo da terra, como a ocorrência de erosões, sem falar nas consequências resultantes do uso continuado de agrotóxicos⁴¹ e o necessário consumo significativo de recursos hídricos.⁴²

Atualmente, o Brasil experimenta duas situações, talvez um pouco contraditórias: de um lado, tem se destacado, em âmbito internacional, pelo desenvolvimento de novas tecnologias para a produção de biocombustíveis⁴³. Os Estados Unidos, por exemplo, têm visualizado o Brasil como o único país do mundo que consegue agregar desenvolvimento de tecnologia verde e espaço de

40 Algumas empresas já estão se conscientizando da importância de proteger o meio ambiente e, em particular, racionalizar o uso da água, utilizando, para isso, técnicas de reuso. A título de exemplo, pode-se destacar: região do interior de São Paulo (bacia dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá), a indústria Rhodia, em Paulínia. A Companhia de Saneamento de Campinas também está investindo em tecnologia de reuso da água (In: MAIA, Samantha. Interior de São Paulo aposta no reuso de água para atrair investimentos. *Jornal O valor*, de 18/04/ 2011, p. A3. Ainda, à guisa de exemplo, vale mencionar a Petrobras, a qual, em seu centro de pesquisas (Cenpes) no Rio de Janeiro, utiliza técnicas de captação de água da chuva e outras para tratamento de efluentes sanitários, oleosos e químicos. A referida empresa também faz uso de tecnologia de dessalinização da água nas suas plataformas de petróleo. Somente em 2009, a Petrobrás dessalinizou aproximadamente 1 bilhão de litros de água (In: *National Geographic Brasil*. Edição Especial ÁGUA. Abril 2011. Ano 11. Nº 133.

41 Cf. aponta Gilberto Dupas, in: DUPAS, Gilberto. A questão ambiental e o futuro da humanidade. In: O Desafio do Meio Ambiente. *Política Externa*. Vol, 16. n. 1. Junho/Julho/Agosto.2007, p.15: dados extraídos do Banco de Sêmen do Hospital Albert Heinsten apontam problemas de fertilidade enfrentados pelos paulistanos na última década, em particular pelo “uso de produtos industrializados, stress, poluição, medicamentos, produtos para queda de cabelo, exposição à radiação, agrotóxicos [...]”.

42 Estudos indicam que a atividade da agricultura “é a segunda maior fonte de poluição das águas brasileiras, perdendo apenas para a emissão de esgotos domésticos”, explica SANDLER, Guilherme. In: *Como funciona a poluição das águas*. Disponível em www.ambiente.hsw.uol.com.br>. Acesso em: 25 maio 2011.

43 Vide, por exemplo, o programa do biodiesel administrado pelo governo federal. Cf. dados do sítio do Ministério das Minas e Energia, “o Biodiesel é um combustível biodegradável derivado de fontes renováveis, que pode ser obtido por diferentes processos tais como o craqueamento, a esterificação ou pela transesterificação. Pode ser produzido a partir de gorduras animais ou de óleos vegetais, existindo dezenas de espécies vegetais no Brasil que podem ser utilizadas, tais como mamona, dendê (palma), girassol, babaçu, amendoim, pinhão manso e soja, dentre outras”. Disponível em: < www.mme.gov.br>. Acesso em: 26 maio 2009.

terra para o plantio dos insumos⁴⁴. Paradoxalmente, por outro lado, o Brasil não tem medido esforços para incrementar políticas para a exploração de petróleo na denominada “camada do pré-sal”. Ou seja, ao mesmo tempo em que o país busca desenvolver tecnologias limpas, dedica tempo e dinheiro significativos para produzir energias poluentes e não renováveis, como é o caso dos derivados de petróleo.

Nesse contexto, aponta Gilberto Dupas⁴⁵:

O Brasil torna-se alvo de uma dupla ofensiva. Internamente, o bio-combustível passa a ser um dos poucos ‘puxadores’ do crescimento econômico. Externamente, o país passa a ser visto como um *player* fundamental global e sede de maciços investimentos internacionais no setor. Porém o risco de intenso desmatamento e de concentração de renda e propriedade no setor é considerável, bem como desequilíbrios eventuais na produção de alimentos.

Aspectos complexos e conflitantes parecem permear a realidade brasileira, pois, se de um lado haveria a possibilidade de produção de energia mais limpa; de outro ter-se-ia, a longo prazo, possíveis problemas de escassez de alimentos, por conta do uso de extensa área de terra para o plantio de insumos à produção de tecnologia verde; além do risco de desmatamento das florestas, podendo gerar erosões e falta de água. Como conciliar essas situações? Cabe à sociedade contemporânea buscar as respostas, ciente de que não são questões simples, assim como não são simples os problemas ambientais, decorrentes das variadas formas de poluentes. Nesse sentido, imperiosa se faz a união e cooperação de diversos profissionais, a fim de desenvolverem estudos, seminários e instrumentos para harmonizar progresso/consumo e meio ambiente saudável, “sob pena de condenar a humanidade a um declínio grave”, vaticina Gilberto Dupas.⁴⁶

Na moldura do Direito ao Meio Ambiente saudável e equilibrado, insere-se, conforme já mencionado alhures, o objeto de estudo que se pretende perseguir no curso de doutoramento, o qual consubstancia a questão do direito ao acesso à água potável de forma sustentável, ou seja, com racionalidade.

Nesse sentido, assevera Jerson Kelman⁴⁷ que a gestão da água no Brasil não depende apenas de políticas públicas, mas também do agir coletivo, e esclarece:

44 DUPAS, Gilberto. A questão ambiental e o futuro da humanidade. In: O desafio do meio ambiente. *Política Externa*. Vol. 16. n. 1. Junho/Julho/Agosto 2007, p.18.

45 Idem, p.18.

46 DUPAS, Gilberto, assevera: “removam-se os sustentáculos elementares da vida civilizada e organizada – comida, abrigo, água potável, segurança pessoal mínima – e em pouco tempo mergulhamos num estado natural hobbesiano, uma guerra de todos contra todos”, p.14-19.

47 KELMAN, Jerson, in: Entrevista concedida à jornalista Mônica Pileggi, em artigo intitulado “o fator água”. *Revista National Geographic Brasil*. Edição Especial: Água, o mundo tem sede. São Paulo: Editora

“nossa sociedade ainda vive na infância da democracia, em que se atribui aos dirigentes a responsabilidade de resolver todos os problemas”. José Renato Nalini⁴⁸, por sua vez, vaticina: “se a humanidade continuar a dispor dos bens da terra como se eles fossem inesgotáveis, inexauríveis e a se servir da natureza como o imenso *supermercado gratuito e sem dono*, não haverá destino para a espécie” (grifo do autor).

Não se pode olvidar que a água é um elemento vital para todos os seres vivos, pessoas e animais, bem como para a flora e demais riquezas naturais; merecendo, desta feita, tratamento que garanta a sua sustentabilidade presente e futura. Isso tem um custo social e econômico, e que deve ser repartido entre todos os seus usuários. Pode-se pensar, de imediato, na utilização racional desse bem, o que já seria um significativo passo à frente. Porém outras medidas devem ser pensadas para se evitar a poluição e o fim desta riqueza. O lixo, por exemplo, é um fator que contribui sobremaneira para a degradação do solo e da água potável, assim como a devastação das florestas. Na verdade, muitos são os fatores desencadeadores do processo de destruição da água.⁴⁹

2 Considerações finais

Apenas para concluir o presente texto, porquanto a reflexão sobre o tema está longe de se esgotar, defende-se que a sustentabilidade da água perpassa necessariamente pela conjugação de vários fatores, entre os quais, a educação está em primeiro lugar, seguida da conscientização ambiental por parte de todos os atores sociais.

Ainda, sustenta-se que o acesso à água potável é uma via de duas mãos: de um lado, é um direito fundamental, de outro, é um dever fundamental de utilização racional deste recurso.

Abril, ano 10, n. 121, 2010, p. 47-50.

48 NALINI, José Renato. Ética e sustentabilidade no Poder Judiciário. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009, p. 281-299.

49 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Uso Comum da água e Princípio do Usuário Pagador. In: MARQUES, José Roberto (organizador). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009. p. 351-364. Nessa trilha, merece destaque a reflexão do autor: “Quando uma empresa de recipientes plásticos coloca o seu produto no mercado, será que o preço final que foi dado ao seu produto levou em consideração o custo social da sua produção? Enfim, considerando-se que o referido produto será um resíduo de difícilíssimo reaproveitamento (pelas desvantagens técnicas e econômicas) e que, portanto, será um fator de degradação ambiental, é de se questionar se o valor do bem colocado no mercado tem em si o valor do denominado custo social. Definitivamente não, porque, segundo a teoria econômica das externalidades, o efeito negativo ou positivo não pode ser agregado ao valor do produto por ser impossível de ser medido. *Será que todas as indústrias que despejam efluentes nas águas embutem no produto que fabricam o preço pela deterioração da qualidade da água?*” (grifo nosso).

Nesse contexto, pertinente destacar que a tutela do meio ambiente perpassa necessariamente por três premissas básicas: educação, consciência ecológica e políticas públicas. Como já referido, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 170, no capítulo que trata da Ordem Econômica, consagra o princípio do desenvolvimento sustentável, ao prescrever a defesa do meio ambiente, como um dos princípios norteadores da ordem econômica. Dessa previsão constitucional é possível inferir a preocupação do constituinte com a qualidade de vida dos indivíduos e de todo o ecossistema circunscrito ao território pátrio, cuja proteção contra a degradação traz efeitos positivos para o resto do mundo.

Para encerrar vale trazer à luz fragmento textual de Bárbara Kingsolver⁵⁰: “sem água não há vida. Ela é o caldo salgado de onde surgimos, o sistema circulatório do mundo, uma franja molecular na qual podemos sobreviver”, ou seja, sem o líquido precioso denominado de água não se tem a própria vida, pois ele é a sua essência.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. Nova edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei 9.795 de 27 de abril de 1999. *Diário Oficial da União*, 28 de abril de 1999.

BRASIL. Poder Executivo. Agência Nacional das Águas - ANA. Disponível em: <www2.ana.gov.br>. Acesso em: 27 abr. 2011.

EQUADOR. Asamblea Constituyente. Constituição Del La Republica Del Equador de 2008. Disponível em <www.assembleanacional.gov.ec>. Acesso em: 25 abr. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumo, Sustentabilidade e Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009, p. 265-280.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência ecológica: o impacto do que consumimos e as mudanças que podem melhorar o planeta*. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A solidariedade social e a cidadania na efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento: desenvolvimento em questão*. Jan./Jun.2007. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

50 KINGSOLVER, Bárbara. Água é vida. *National Geographic Brasil*. Edição Especial: água o mundo tem sede. . São Paulo: Editora Abril, 2010. Ano 10. nº 121, p. 60-71.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IFRAH, Georges. *L'Histoire de l'eau*, Paris, 1992. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 25 abr. 2011.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Orgs.). *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Editora Manole, 2004, p. 57-58.

KINGSOLVER, Bárbara. Água é vida. *National Geographic Brasil*. Edição Especial: água o mundo tem sede. . São Paulo: Editora Abril, 2010. Ano 10. n.121, p. 60-71.

MAIA, Samantha. Interior de São Paulo aposta no reúso de água para atrair em investimentos. *O valor*, 18/04/ 2011, A3.

MILARÉ, Edis. Amplitude, Limites e Prospectivas do Direito do Ambiente. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009.

NALINI, José Renato. Ética e sustentabilidade no poder judiciário. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009.

NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL. *Edição Especial ÁGUA*. Abril 2011. Ano 11. n. 133.

NUSDEO, Fábio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009.

PILEGGI, Mônica. O Fator Água. *National Geographic*. Edição Especial: água o mundo tem sede. São Paulo: Editora Abril, 2010. Ano 10, n. 121.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REIS, Alessandra Nogueira. *Responsabilidade internacional do estado por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Uso Comum da Água e Princípio do Usuário Pagador. In: MARQUES, José Roberto (organizador). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Editora Millenium, 2009.

ROGER, Emilio. Uma Antropologia Complexa para entrar no Século XXI: Chaves de Compreensão. In: PENA-VEJA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do (Orgs.). *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

SANDLER, Guilherme. Como funciona a poluição das águas. Disponível em www.ambiente.hsw.uol.com.br>. Acesso em: 25 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doniselli Mendes. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

O direito fundamental ao acesso à água potável e o dever fundamental de sua utilização sustentável

SUASSUNA, João. *A má distribuição da água no Brasil*. Disponível em: www.reporterbrasil.org.br. Acesso em: 27abr. 2011.

Recebido em 16/06/2011

Aceito para publicação em 22/11/2011

O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESERVA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PELAS AÇÕES AFIRMATIVAS

RIGHT TO EDUCATION AS A DEMOCRATIC STATE
GUARANTEE: UNIVERSITY RACIAL SHARE THROUGH
AFFIRMATIVE ACTIONS

César Leandro de Almeida Rabelo¹
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas²

Sumário

1. Introdução. 2. A justiça social de John Rawls. 3. A norma constitucional da igualdade. 4. As ações afirmativas no plano constitucional. 5. O direito à educação e as ações afirmativas. 6. A situação dos negros no Brasil e a necessidade de políticas públicas que reduzam as desigualdades. 7. A reserva de cotas nas universidades. 8. Considerações finais. Referências

Summary

1. Introduction. 2. John Rawls social justice. 3. Equality constitutional norm. 4. Constitutional affirmative actions. 5. Right to education and affirmative actions. 6. Negro situation in Brazil and the need of public policies to reduce differences. 7. University racial quotas. 8. Finals remarks. References.

Resumo

A Constituição da República de 1988 está repleta de princípios e garantias fundamentais, dentre eles, encontra-se o princípio da igualdade, vinculado à obrigatoriedade da redução das desigualdades sociais, razão pela qual não basta ao Estado proibir a discriminação e abster-se de discriminar, deve, também, atuar positivamente para obter tal redução. As desigualdades são evidentes, principalmente aquelas que perpetuam heranças discriminatórias históricas, que vêm desde a abolição da escravidão. Com objetivo de proporcionar um tratamento igualitário, minimizando os prejuízos impostos a determinados grupos, excluídos de certos segmentos sociais, econômicos e

1 Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CEAJUFE. Bacharel em Direito, Administração de Empresas e Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade FUMEC.

2 Mestranda em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito e Administração de Empresas pela Universidade FUMEC.

culturais, o Estado procura desenvolver políticas públicas de inclusão social, através das ações afirmativas. Estas visam, sem distinção de qualquer ordem, conceder oportunidades buscando compensar os grupos menos favorecidos, visando não só concretizar o princípio da igualdade material, mas também reduzir e neutralizar os efeitos da discriminação racial, de gênero e social como um todo. Em um país onde impera a diversidade socioeconômica, a ação afirmativa é uma via que proporciona a igualdade de oportunidade a todos. Pretende-se discutir que a concretização do direito a educação, através da reserva de vagas nas instituições de ensino superior, necessita de um planejamento eficaz, a fim de realmente atender a parcela da população desafortunada, e não apenas aqueles que se definem excluídos por discriminação racial. Isso porque, em nossa sociedade, há grande dificuldade em se definir critério de raça, bem como determinar aqueles que efetivamente detêm carência financeira.

Palavras-chave: Direito à Educação. Ações Afirmativas. Reserva de Cotas. Princípio da Igualdade. Políticas Públicas.

Abstract

The 1988 Constitution filled with basic principles and guarantees; among them is the principle of equality, linked to the requirement of reducing social inequalities. The state should not just prohibit discrimination and refrain discrimination but should also work positively for such a reduction. The inequalities are evident, especially those that perpetuate discriminatory historical inheritance, which come from the abolition of slavery. In order to provide equal treatment, minimizing the damages imposed to certain groups excluded from certain social groups, economic and cultural rights, the State tries to develop public politics for social inclusion, through affirmative action. These actions aim, without distinction, at giving great opportunities to offset the disadvantaged groups, aiming not only at implementing the principle of material equality, but also reduce and neutralize the effects of racial discrimination, gender and society as a whole. In a country dominated by the socioeconomic diversity, affirmative action is a way to provide equal opportunity for all. We intend to discuss the accomplishment of the right education, by reserving seats in universities requires effective planning in order to truly address the unfortunate part of the population, not just those who define themselves excluded by discrimination race. This is because in our society, it's difficult to define criteria of race and determine who actually hold financial lack.

Key words: Law Education. Affirmative Action. Reservation of Shares. Principle of Equality. Public Politics

1 Introdução

No Brasil a educação constitui um direito fundamental expresso na Constituição da República de 1988, tornando obrigatória a garantia para todos os

cidadãos. Apesar disso, os fatos mostram que, em geral, uma minoria de pessoas usufrui desse direito.

Assegurar o direito à educação a todos os brasileiros é uma grande responsabilidade da família e do Estado, significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição de conhecimentos, de valores morais e éticos, além de adaptá-la à vida social atual, tornando-a capaz de se adaptar as possíveis mudanças futuras.

Contudo, o Estado se limita a alfabetizar o indivíduo, ensinando-lhe a ler e a escrever, esquecendo-se, portanto, que educar é muito mais que isso, é preciso ensinar-lhe a pensar, a ler o mundo, a ser capaz de formar um ser reflexivo, um ser emancipado.

É pela necessidade de concretizar esse direito que a educação tem assumido papel de destaque no panorama das políticas públicas no Brasil, tudo em função da erradicação do analfabetismo, da universalização do atendimento escolar, da melhoria da qualidade de ensino, visando à formação intelectual para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do País.

A sociedade brasileira vem lutando pela universalização do acesso à escola, definindo a quem cabe a responsabilidade por sua promoção e incentivo, e estabelecendo seus fins. Para superar as mazelas sociais e tentar promover a inclusão, o Brasil vem promovendo programas de ações afirmativas a fim de reconhecer e corrigir situações de direitos negados socialmente ao longo da história.

Entretanto, as ações elaboradas para concretizar a garantia à educação acabam por colocar em dúvida a qualidade dos serviços disponibilizados e, conseqüentemente, a exclusão de alguns cidadãos. Garantir a educação não deve ser limitado em apenas alfabetizar o indivíduo, mas sim proporcionar uma educação de forma igualitária, independentemente da classe social, raça ou idade, para que, assim, todos tenham possibilidades de conquistar um futuro decente.

A noção de igualdade, característica do Estado Social, justifica os diversos experimentos constitucionais que buscam, ao menos, minimizar o grau das desigualdades econômicas e sociais, para, assim, promover a justiça social. Refere-se à igualdade de condições, levando em conta não apenas condições fáticas e econômicas, mas também comportamentos do convívio humano. Para implementar efetivamente o princípio da igualdade, necessário se faz instituir medidas compensatórias destinadas a incluir aqueles cidadãos vítimas da segregação social.

A divisão de classes social no Brasil é notória, principalmente entre brancos, negros e mestiços. A discriminação se arrasta desde a escravidão e a abolição não foi suficiente para conceder à população negra os subsídios necessários para a conquista de uma estrutura socioeconômica digna.

Os negros possuem uma trajetória cruel na história do Brasil e merecem um tratamento mais respeitoso, justificando plenamente os movimentos sociais que trabalham em prol de minimizar a desigualdade. Barreiras sociais, econômicas, jurídicas e institucionais devem ser rompidas dia após dia para que os negros consigam abrir espaços inéditos. É crucial possibilitar que os excluídos tenham seus direitos respeitados, para que possam conquistar um espaço social digno, de forma igualitária, para que ocorra um desenvolvimento social comum.

Por força da constatação de que a ideia de neutralidade estatal ensejaria um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que, por muito tempo, mantiveram certos grupos de pessoas em posição de inferioridade, se tornou imprescindível adotar uma concepção material, substancial do princípio da igualdade, na qual seriam equilibradas as desigualdades concretas da sociedade, fazendo com que as situações desiguais fossem tratadas de forma diferenciada, impedindo, assim, a perpetuação das diferenças existentes.

Dessa forma, verificou-se que não basta que o Estado se abstenha de discriminar, necessário se faz que o Estado atue positivamente, visando à redução das desigualdades sociais. Ademais, o Direito Constitucional Emancipatório, comprometido até a raiz com a dignidade da pessoa humana, não deve construir um conceito estático e formal de igualdade, deve sim, mediante uma desigualação positiva, promover a igualação jurídica efetiva.

Na intenção de concretização da igualdade substancial em relação ao direito constitucional à educação, o Estado elabora políticas públicas de ações afirmativas para discutir um percentual de quotas para a população negra no ensino superior.

É com intuito de obter justiça social que as ações afirmativas, através do sistema de quotas, se apresentam como instrumentos idealizadores capazes de integrar, econômica e socialmente, a população afro-brasileira aos demais membros da sociedade.

Contudo, com a implementação do sistema de cotas evidencia-se apenas a exclusão socioeconômica do negro no Brasil, ignorando-se, por outro lado, que há brancos em situação semelhante e sem condições de competir, o que acaba gerando uma discriminação generalizada contra os indivíduos beneficiados e até com as instituições que implementaram esse sistema.

É compreensível que a população negra foi fragilizada ao longo da história, mas as políticas públicas não devem ser banalizadas. A Educação Inclusiva faz parte de um contexto maior que é o da própria sociedade e é por isto que ela não pode ser reduzida apenas à quebra dos processos de exclusão e marginalização dos sujeitos na escola.

Atualmente, parece oportuno uma reflexão sobre as políticas afirmativas de caráter específico, referentes ao sistema de cotas para negros no ensino superior,

pois se percebe, claramente, que se torna imprescindível um investimento na educação como um todo. Nos diferentes níveis de ensino há necessidade de serem implementadas ações afirmativas universais, desde a educação básica ao ensino superior, a fim de se concretizar o princípio da igualdade, proporcionando a negros e brancos educação em todos os níveis de ensino.

As políticas públicas têm que proporcionar a preparação dos participantes para o mundo. Devem, portanto, ser ações afirmativas compreendidas como igualdade de oportunidades educacionais de forma democrática e equânime, independentemente da etnia. A inclusão educacional é uma questão de responsabilidade social.

2 A justiça social de John Rawls

Segundo a teoria de John Rawls, as correções das injustiças sociais dependem de práticas ativas de políticas de igualdade. Verificando-se a classe social menos favorecida (em razão de raça, sexo, cultura ou religião), os agentes políticos buscariam meios compensatórios para reparar, por meio de lei ou outro meio efetivo, as injustiças cometidas.

Dessa forma, a sociedade avançaria gradativamente, corrigindo as injustiças identificadas, na construção de uma igualdade social sem obtenção de vantagens ou privilégios, alcançada dentro dos parâmetros da principiologia constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Em sua obra *Uma teoria da justiça*, Rawls traz a concepção política de justiça como equidade de uma democracia liberal, ampliando a compreensão do que é justo na sociedade.

Para ele, uma teoria somente passa a ser aceita quando considerada verdadeira pela maioria da sociedade e, em contrapartida, quando injusta, a teoria seria passível de modificação ou extinção por leis ou instituições jurídicas. Nesse sentido, Rawls salienta que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” (RAWLS, 2002, p. 3).

Consoante seus ensinamentos, “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar.” (RAWLS, 2002, p. 4). Cada indivíduo é dotado de uma justiça pessoal que é reconhecida socialmente, haja vista tratar-se de uma proteção inerente ao indivíduo para se proteger de qualquer tipo de violência.

Contudo, para Rawls, o conceito de justiça está além do íntimo individual, sendo mais ampla (justiça política), devendo atender a sociedade como um todo. Seguindo esta linha de pensamento, o autor conclui: “Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos

assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.” (RAWLS, 2002, p. 4).

Por todo contexto histórico jurídico, restou reconhecido que uma sociedade necessita de regulamentação geral da autonomia privada, visando ao bem comum, através da cooperação e vantagens, bem como meios para solução de interesses e conflitos individuais.

Nesse contexto, Rawls defende a instituição de princípios de justiça social que possibilitem a divisão de vantagens, atribuam direitos e deveres a sociedade atendendo a proporcionalidade e atribuindo conceitos de responsabilidades e de importância da cooperação social.

Nesse sentido, Rawls afirma que:

O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. (RAWLS, 2002, p. 8-9).

A existência e a aceitação das desigualdades sociais em uma estrutura básica da sociedade interferem, consideravelmente, na concretização de um Estado Democrático de Direito, bem como nas possibilidades de uma vida digna para os cidadãos. É para manter a solidez de uma sociedade ordenada, que os princípios de justiça política devem ser aplicados, conforme ensinamentos de John Rawls:

Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: (a) devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e (b) devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 47-48).

Observa-se que é traçada uma escala de prioridades pretendendo a justiça política-social, com o objeto primordial de manutenção da estrutura básica da sociedade, sendo que a forma como se distribuírem os direitos e deveres fundamentais, visa garantir a efetivação da igualdade social.

Por tal razão, a teoria de Rawls busca a aplicação, imparcial e distributiva, das liberdades fundamentais básicas a todos os indivíduos e, ainda,

o estabelecimento da ordem social, assegurando uma perspectiva de vantagens aos menos favorecidos ou excluídos, mas sem desfazer dos mais afortunados.

Seria uma inserção das desigualdades no plano de atuação das igualdades, visando à promoção de benefícios para todos e, principalmente, para os menos privilegiados. Somente assim, é possível a construção de uma sociedade de iguais, capaz de propiciar a justiça social, na medida em que cada cidadão irá se beneficiar a partir das desigualdades admissíveis da estrutura básica da sociedade.

É certo que os princípios de justiça se justificam quando aceitos consensualmente numa situação de igualdade social. “A ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original.” (RAWLS, 2002, p. 12).

Contudo, os princípios de justiça de Rawls estão num plano mais amplo da teoria do contrato social e, ainda que direcionados à cooperação e à regulação e de acordos sociais, se efetivam através da função legislativa.

Não pode ser possível admitir como justo que alguns tenham menos para outros prosperarem, ao menos que fosse isso o que se espera da aptidão moral do indivíduo. A moral é suficiente para a fundamentação e julgamento do que é justo ou injusto.

Esse juízo de valor, para Rawls, deve pautar-se no desejo de agir de acordo com sentimentos que esperamos da parte dos outros, haja vista que:

Juízos ponderados são simplesmente os que são feitos sob condições favoráveis ao exercício do senso de justiça, e, portanto, em circunstância em que não ocorrem as desculpas e explicações mais comuns para se cometer um erro. (RAWLS, 2002, p. 51).

Pode-se dizer, portanto, que a filosofia moral decorre de princípios pessoais que correspondem ao juízo ponderado e ao senso de justiça individual.

Deveríamos ver uma teoria da justiça como um esquema orientador destinado a enfocar as nossas sensibilidades morais e colocar diante das nossas capacidades intuitivas problemas mais limitados e administráveis para julgarmos. Os princípios da justiça identificam certas considerações como sendo moralmente pertinentes e as regras de prioridade indicam a precedência apropriada quando elas conflitam entre si, enquanto a concepção da posição original define a ideia subjacente que deve informar as nossas ponderações. (RAWLS, 2002, p. 56).

Para eficácia da teoria da justiça de John Rawls é preciso lidar com a questão da igualdade e da desigualdade entre pessoas e entre os grupos de

pessoas, demonstrando que a igualdade é moralmente justificável e a desigualdade injustificável.

A teoria da justiça contribui para o desenvolvimento de políticas públicas capazes de propor uma maior justiça social, minimizando os problemas das desigualdades existentes na sociedade.

É pela teoria rawlsiana que as políticas públicas precisam ser avaliadas, postulando a defesa e a promoção da pessoa e da vida em sociedade, ainda que decorram da intervenção Estatal. E, para garantia do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais fundamentais, é de extrema importância à intervenção Estatal para manutenção de uma sociedade organizada.

3 A norma constitucional da igualdade

Dispõe o inciso III do artigo 1º da Constituição da República de 1988, que a dignidade humana é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, devendo o mesmo ser observado em todas as normas infraconstitucionais, ainda que não esteja declarado expressamente, bastando que se interprete a legislação considerando tal princípio de modo implícito. Trata-se da interpretação constitucional axiológica das normas infraconstitucionais.

A Constituição da República é soberana a toda e qualquer forma legal existente, não devendo nenhuma outra lei contradizê-la ou ignorá-la, ficando, assim, os princípios constitucionais gravados em qualquer norma infraconstitucional.

Embora os ramos do direito sejam autônomos, não são comunicáveis, ficando todos os princípios infraconstitucionais obrigatoriamente convergentes com os princípios da Constituição da República, como garantia do Estado Democrático de Direito.

Assim é o princípio da igualdade, ratificador do princípio da dignidade humana e um dos alicerces na estrutura do Estado Democrático de Direito disseminando seus efeitos por toda legislação brasileira, cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público.

Como bem propugna Paulo Bonavides:

de todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, direito-chave, o direito-guardião do Estado Social. (BONAVIDES, 2004, p. 376).

Importa esclarecer que não apenas os princípios constitucionais estão interligados, como todos os existentes no ordenamento jurídicos são garantidores

de direitos, reforçando-se mutuamente, não havendo como dissocia-los uns dos outros, sob risco de comprometimento de toda estrutura legislativa e judicial, consoante ensinamentos de Maria Celina Bodim de Moraes:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa óptica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada [...] deve ser, em todos os seus momentos expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana [...]. (MORAES, 1993, p. 22).

Por isso, a Assembleia Constituinte Originária estruturou a Constituição da República de 1988 em normas e princípios capazes de garantir proteção do hipossuficiente, buscando uma igualdade substancial entre os indivíduos, estabelecendo um equilíbrio justo nas mais diversas relações jurídicas.

A Constituição da República também consagrou princípios gerais de cidadania que não podem ser desprezados, como bem assevera Flavia Piovesan:

Com a Constituição de 1988 há uma redefinição do Estado brasileiro, bem como os direitos fundamentais. Extraem-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. O Estado constitucional democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável. (PIOVESAN, 1998, p. 226).

A noção de igualdade vem sendo observada desde 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, época em que se questionou a generalidade da lei nas relações pessoais entre indivíduos, bem como o reconhecimento da vulnerabilidade de diversas classes sociais.

A Constituição da República adotou o princípio da igualdade de direitos no sentido que todos os cidadãos tenham o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios garantidos pelo ordenamento jurídico, sendo vedadas as diferenciações e discriminações de qualquer natureza.

A norma da igualdade tem por finalidade o tratamento desigual dos casos desiguais como exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, eliminando o elemento discriminador e possibilitando a igualdade formal de condições sociais. O estudioso Celso Ribeiro Bastos esclarece que igualdade formal “consiste no direito

de todo cidadão não ser desigualado ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.” (BASTOS, 2002, p. 319).

Afirma-se que o princípio constitucional da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I, CR/88³) opera em dois planos distintos, um no que tange à elaboração de normas que impeçam tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, outro quanto à obrigatoriedade do intérprete em aplicar a lei de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social, nos termos do imperativo constitucional.

A desigualdade legislativa ser reproduz na distinção não razoável ou arbitrária da norma a um grupo de pessoas diversas. Para que as normas sejam diferenciadas sem ser consideradas discriminatórias, faz-se indispensável uma justificativa objetiva e razoável entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos.

Assim, o princípio da igualdade tem escopo legislativo de tratar igualmente os iguais ou desigualmente os desiguais, buscando sempre o equilíbrio, para que as desigualdades decorram exclusivamente das diferenças das aptidões pessoais, como bem esclarecer Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a “igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.” (MORAES, 1998, p. 92).

Passadas as reflexões iniciais, de conteúdo mais aberto, ingressa-se na análise da questão da igualdade sob a perspectiva que mais diretamente se vincula ao propósito principal deste trabalho, ou seja, perquirir sobre a legitimidade das *ações afirmativas* que estabelecem cotas para negros nas Universidades. A importância de aferir os exatos limites dessa igualdade tem caráter crucial. A grande dificuldade reside, destarte, em se estabelecer “quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 102).

Celso Antonio Bandeira de Mello, indicando critérios para a aferição do regime jurídico do princípio da igualdade, pondera que:

3 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, CR/1988, art. 5º).

[...] o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. [...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 1993, p. 21-22).

Nessa perspectiva, afirma-se que a essência do princípio da igualdade é, em última análise, revelar a impossibilidade de desequilibras fortuitas ou injustificadas.

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe diferenciações em razão da raça, do sexo, da compleição física, da idade, da convicção religiosa ou política, de acordo com o artigo 3º, IV, e artigo 5º da Constituição Federal. Mas, para Celso Antônio, esses obstáculos constitucionais não são, por si só, o bastante para aclamar a definitividade do princípio da igualdade:

[...] descabe, totalmente, buscar aí a barreira insuperável ditada pelo princípio da igualdade. É fácil demonstrá-lo. Basta configurar algumas hipóteses em que esses caracteres são determinantes do *discrímen* para se aperceber que, entretanto, em nada se chocam com a isonomia. (MELLO, 1993, p. 22).

A propósito, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (1989, p. 10) já se manifestavam nesse sentido ao observar que:

O elemento *discrimem* não é autônomo em face do elemento finalidade. Ele é uma decorrência deste e tem que ser escolhido em função dele. Assim, uma vez definida a finalidade, o *discrimem* há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do telos normativo.

Vale dizer, para que se alcance efetivamente o conteúdo dos preceitos constitucionais insertos no art. 3º e art. 5º *caput*, a desigualdade fática existente em nosso país deve receber por parte do Poder Público ou de entidades privadas, necessariamente, tratamento desigual, mas justificado. Esse é o fundamento constitucional para a aplicação das ações afirmativas.

A igualdade aqui tratada visa compensar as desvantagens para inclusão social de categorias menos favorecidas, cuja desigualdade existente deve ser minimizada através da edição de leis especiais para proteger e amparar tais categorias. Outra forma de garantir a inclusão social dos desiguais é possível por meio da implementação de políticas públicas compensatórias e ações afirmativas, como assevera Flávia Piovesan:

[...] as ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático e à pluralidade social. (PIOVESAN, 1998, p. 134).

A ação afirmativa é uma forma jurídica para se evitar o isolamento ou a diminuição social a que se encontram sujeitas as minorias; trata-se do encorajamento estatal visando permitir o acesso à educação e ao mercado de trabalho pela qualidade de cidadão, desconsiderando fatores irrelevantes como a raça, a cor, o sexo ou a origem, buscando sempre atingir o princípio da igualdade. A ação afirmativa é, sem dúvida, um instrumento político do Estado que tem por fim estabelecer a igualdade jurídica entre situações reconhecidamente diversas.

A norma da igualdade não é apenas um princípio de Estado Democrático de Direito, mas também um princípio de Estado Social, constituindo-se num princípio jurídico informador de toda a ordem constitucional capaz de suprir diferenças que possam impedir o exercício de direitos iguais.

4 As ações afirmativas no plano constitucional

A noção constitucional de igualdade decorre de um conceito jurídico de lei, abstrata e genérica, voltada a todos os indivíduos, sem qualquer distinção ou privilégio. Não apenas o legislador, mas os operadores do direito e aplicadores da norma devem utilizá-la, de forma neutra, sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais.

O princípio da igualdade puramente formal pode ser questionado quando não é suficiente para possibilitar a acessibilidade a quem é socialmente desfavorecido de oportunidades perante aos indivíduos socialmente privilegiados.

Contudo, o princípio da igualdade não faz referência à igualdade de oportunidades, mas sim à igualdade de condições, visando extinguir ou, ao menos, mitigar as desigualdades econômicas e sociais, tudo pela promoção da justiça, pela proteção e defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Assim, justifica-se o surgimento de políticas sociais de apoio e de promoção de grupos socialmente fragilizados. Políticas sociais (Ações Afirmativas) que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade.

As ações afirmativas representam um momento de ruptura para evolução do direito constitucional e efetivação das garantias fundamentais, consoante ensinamentos da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. (ROCHA, 1996, p. 287).

É por meio das Ações Afirmativas que o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e passa a atuar na busca da concretização da igualdade constitucional.

Com efeito, por ações afirmativas entendem-se as

medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas. (ATCHABAHIAN, 2004, p. 150).

São políticas públicas voltadas à neutralização da discriminação racial, de gênero, de idade, de sexo, de nacionalidade e de deficiência física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Objetivam viabilizar a harmonia e a paz social, que podem ser prejudicadas quando determinados grupos sociais se encontram às margens do processo produtivo, assim como dos benefícios do progresso socioeconômico do país, impedindo a universalização do acesso à educação e do mercado de trabalho. As ações afirmativas constituem um paliativo eficaz para tais circunstâncias, mas

não dispensa a conscientização da sociedade e dos agentes políticos, que são os responsáveis por inibir ou eliminar as desigualdades sociais que acometem as minorias.

A marginalização histórica de determinadas categorias resultaram no fenômeno da discriminação. Discriminar é uma forma de reduzir as perspectivas de uns em benefício de outros, o que não pode ser permitido em um Estado Democrático de Direito. Quanto mais intensa a discriminação, mais eficazes devem ser os mecanismos que impedem sua evolução, tudo resultante de esforços em benefício da concretização do princípio constitucional da igualdade.

Ao Estado cabe a atuação ativa para eliminação das desigualdades sociais daqueles grupos desprovidos de voz, de força política e de meios de fazer valer os seus direitos. A introdução das políticas de ações afirmativas demonstra a mudança de postura estatal na busca pela erradicação da discriminação.

Por essa postura, políticas públicas passam a ser introduzidas no ato de contratação de empregados, concursos públicos, acesso a estabelecimentos educacionais públicos e privados, acessibilidade em geral, dentre outros.

Atualmente, as ações afirmativas são definidas como conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, com vistas ao combate à discriminação racial, de sexo, de gênero, por deficiência física e de nacionalidade, tendo por objetivo a efetivação do princípio da igualdade, bem como o acesso aos direitos fundamentais, como a educação e o emprego.

Não se trata da simples ideia da realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso das minorias em determinados setores. Diferentemente de políticas antidiscriminatórias constituídas mediante textos legislativos de conteúdo proibitivo e punitivo, que proporcionariam às vítimas apenas instrumentos jurídicos de caráter compensatório, as ações afirmativas visam evitar a discriminação na sua origem.

Marco Aurélio Mello, observando a necessidade da promoção das ações afirmativas, é categórico em reconhecer que:

Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. [...]. É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é

necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade. (MELLO, 2002, p. 39-44).

A ação afirmativa é o instrumento jurídico para superar a diminuição ou o isolamento social das minorias, tornando comum o ideal da necessidade de eliminação das práticas discriminatórias. Essa forma de pensamento objetiva não apenas coibir a discriminação do presente, mas exterminar os efeitos históricos da discriminação do passado, através da criação de políticas antidiscriminatórias.

É com esta conotação que as ações afirmativas atuam como mecanismos de incentivo à educação, à profissionalização, ao aprimoramento e crescimento de integrantes de grupos vítimas da exclusão social. Agir de forma afirmativa pressupõe ter consciência dos problemas sociais e tomar decisões coerentes para remediá-los, garantindo a implementação do princípio constitucional da igualdade.

Toda política governamental de combate à desigualdade social deve oferecer instrumentos necessários de erradicação ou inibição da discriminação, visando, na garantia da igualdade constitucional, aqueles que são vítimas de um fator histórico-social.

A Constituição da República não se limita a proibir a discriminação, mas permite a utilização de medidas que implemente a igualdade material, como salienta a estudiosa Carmen Lúcia Antunes Rocha:

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental ali-cerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. (ROCHA, 1996, p. 290/291).

Se a igualdade jurídica fosse exclusivamente para vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da

República constitucionalmente definidos. A Constituição proporcionou um conceito do princípio da igualdade de imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária.

A concepção moderna conclama que o Estado deixe de lado a passividade, para adotar um comportamento ativo, afirmativo, na busca da concretização da igualdade.

O Direito brasileiro demonstra ter acolhido as políticas públicas, contemplando algumas modalidades de ações afirmativas, mas ainda são experiências tímidas que não foram devidamente elaboradas.

5 O direito à educação e as ações afirmativas

Vive-se em um país e num mundo marcados por contrastes e desigualdades de recursos, oportunidades e direitos, onde, cada vez mais, uns poucos concentram muito e a grande maioria sofre escassez e exclusão. Não se trata apenas de recursos financeiros, mas de outros bens e direitos, como espaço de participação, voz ativa, poder de decisão, informação e oportunidades de aprendizagem.

Buscando concretizar o princípio da igualdade e, consequentemente, o direito à educação, o governo elaborou as políticas de ações afirmativas de acesso às instituições de ensino.

O direito à educação é considerado um direito humano e fundamental do cidadão brasileiro, já que, juridicamente, é reconhecido tanto no cenário internacional como no nacional. No plano internacional, está positivado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, que, em seu artigo 13, afirma:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. [...] Mais adiante, no mesmo artigo, se declara que Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

– A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

– A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. (COMPARATO, 2004, p. 353).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dedica vários artigos ao direito à educação, sendo que o artigo 205 pode ser considerado um dos principais:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988, p. 195).

O documento da Relatora Especial sobre o direito à educação da Comissão de Direitos Humanos da ONU afirma que este direito articula entre si as diferentes gerações de direitos fundamentais (primeira, segunda e terceira) e destaca que:

O direito à educação invalida a dicotomia dos direitos humanos que separa os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que engloba todos ao afirmar e afiançar a universalidade conceitual desses direitos negando-se a aceitar que a desigualdade e a pobreza sejam fenômenos contra os que não se pode lutar. (TOMASEVSKI, 2004, p.15).

Deve-se ter a consciência de que o direito à educação é mais amplo que o direito à escola, e que os processos educativos permeiam toda a vida das pessoas, com diferentes dimensões e fases.

Não obstante a existência da garantia constitucional à educação, a realidade demonstra que, em regra, uma pequena parcela da população é beneficiada com o efetivo exercício desse direito. O Estado tem-se limitado em promover a alfabetização do cidadão, satisfazendo-se com o simples fato de ensinar-lhe a ler e a escrever, ignorando a educação com a conotação mais cognitiva, capaz de proporcionar ao educando que pense por si.

O aumento das matrículas nas instituições de ensino não é suficiente para comprovar que o Estado tenha cumprido seu papel social na erradicação do analfabetismo, na universalização do atendimento escolar, na melhoria da qualidade de ensino e na promoção humanística, científica e tecnológica do indivíduo.

Ao contrário, a grande maioria das matrículas em instituições pública de ensino está ligada à possibilidade de receber benefícios colocados à disposição dos cidadãos de baixa renda, como a bolsa escola e, ainda assim, no Brasil, o número de pessoas sem acesso à escola e a um ensino de qualidade ainda é significativo.

Assegurar o Direito à Educação a todos os brasileiros é uma grande responsabilidade, significando, a rigor, garantir para toda criança o pleno

desenvolvimento de suas funções mentais e cognitivas, para a aquisição de conhecimentos e formação de valores morais e éticos. As ações afirmativas são um meio importante para reduzir as desigualdades sociais e intelectuais.

De origem norte-americana, a partir dos meados do século XX, as ações afirmativas, também denominadas de discriminação positiva, tornaram-se um dos temas mais polêmicos e discutidos nos últimos anos na política interna, principalmente pelo desconhecimento de sua essência pela maioria da população.

A reserva de cotas nas universidades brasileiras surgiu diante da necessidade de igualdade social, de proporcionar a todos a possibilidade de disputar um espaço dentro da sociedade e do mercado de trabalho de forma equitativa. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Nilma Lino, educadora da Universidade Federal de Minas Gerais, expõe que:

As políticas de ação afirmativa representam uma transformação de caráter político, cultural e pedagógico. Ao implementá-las, o Estado, o campo da Educação, o mercado de trabalho, os formuladores de políticas públicas e a iniciativa privada saem de sua suposta neutralidade e passam a considerar e importância de fatores como sexo, raça e cor nos critérios de seleção existentes na sociedade. (LINO, 2003, p. 20).

Neste sentido, a educação tem assumido papel de destaque no panorama das políticas governamentais. A sociedade luta pela universalização do acesso à escola, inclusive, diante do imperativo constitucional que afirma a responsabilidade do Estado em garantir a educação como um direito de todos. O crescimento do percentual de escolarização vem, em tese, reduzindo o analfabetismo, entretanto, as ações elaboradas para concretizar tal garantia acabam por colocar em dúvida a qualidade dos serviços disponibilizados a população.

Garantir a educação não se limita em alfabetizar, mas possibilitar um ensino de qualidade, de forma igualitária, independentemente da classe social, raça ou idade, para proporcionar as mesmas oportunidades a todos os cidadãos de conquistar uma formação profissional e, por consequência, a inserção no mercado de trabalho. Por tais razões diversas políticas públicas estão sendo disponibilizadas, visando minimizar as desigualdades econômicas e sociais, para assim, promover a justiça social.

A democratização da aprendizagem e a universalização dos direitos educacionais requerem tanto vontade política quanto uma sociedade civil

fortalecida, com espaço e voz para poder participar efetivamente do sistema educacional. É preciso mudar a maneira de se definir e implementar as políticas e práticas educacionais, distribuindo, de maneira mais equitativa, os recursos para que a população brasileira possa desfrutar do direito à educação garantido pela Constituição Federal.

6 A situação dos negros no Brasil e a necessidade de políticas públicas que reduzam as desigualdades

A análise das relações raciais vem tomando projeção nos últimos anos, principalmente, no Brasil, onde a divisão de classes sociais é notória, sendo percebida entre brancos, mestiços e negros. Lamentavelmente, a população negra sofre um processo de discriminação que se arrasta na história, desde a época da escravidão e até hoje; o preconceito racial está enraizada na mentalidade humana.

A trajetória da população negra na história brasileira deve ser tratada com o devido respeito. Mesmo com o fim da escravidão e com a existência de dispositivos legais que refutam a prática do racismo, a desigualdade que atinge a comunidade negra ainda é evidente e cruel. Os resquícios do preconceito não possibilitaram à comunidade negra os subsídios necessários para conquista de uma estrutura socioeconômica digna.

Diante da disparidade de classes econômicas existentes, não seria absurdo afirmar que a grande maioria da população de baixa renda, sem acesso aos bens necessários para uma vida justa e digna, é composta por negros.

Dado o abandono social dessa parcela da população, fica demonstrado que existe uma dívida social e moral para com os afrodescendentes, que acabam se submetendo a atividades sem condições mínimas de crescimento social ou, até, caindo na marginalidade, aumentando o contingente de empobrecidos e a imagem de uma comunidade desprovida de recursos.

Estamos lidando com um problema não apenas social, mas histórico e cultural. No que diz respeito à sociedade, é notória a supremacia da população branca nas universidades, públicas ou privada. Essa disparidade é verificada pela falta de oportunidades para a população negra no ensino fundamental e médio. Não é apenas um problema isolado da população negra brasileira, é um problema mundial, como se percebe nas palavras do Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, em março de 2001:

Em todo o mundo... Minorias étnicas continuam a ser desproporcionalmente pobres, desproporcionalmente afetadas pelo desemprego e desproporcionalmente menos escolarizadas que os grupos

dominantes. Estão sub-representadas nas estruturas políticas e super-representadas nas prisões. Tem menos acesso a serviços de saúde de qualidade e, conseqüentemente, menos expectativa de vida. Estas, e outras formas de injustiça social, é a cruel realidade do nosso tempo; mas não precisam ser inevitáveis no nosso futuro. (ANNAN, 2001, p. 5).

O período de escravidão não foi esquecido pela sociedade brasileira e permanece vinculado na mentalidade humana, conforme se verifica nos atos sociais, nos quais a comunidade negra é sempre tratada como inferiores, sendo sempre excluídos socialmente.

A partir de então, o Estado propõe soluções para que a população negra possa participar de forma efetiva da sociedade, promovendo, assim, uma equidade social. Equidade que não deve ocorrer apenas na questão educacional, mas também na profissional, visando possibilitar aos negros uma melhoria na sua condição socioeconômica para que, assim, elas deixem de fazer parte da grande maioria de pobres e miseráveis do país.

A adoção da concepção de igualdade deve abranger as condições fáticas e econômicas, assim como os comportamentos inevitáveis da convivência humana em sociedade, como é o caso da discriminação. Assim são os ensinamentos da estudiosa e Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha:

Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica. (ROCHA, 1996, p. 293).

No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas deriva de diversos fatores apresentados, dentre os quais figura a perversa forma de distribuição de recursos públicos em matéria de educação.

A Educação é uma das mais importantes prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado, todavia; esse alega não ter meios de fornecê-la em caráter universal e gratuito, que seria o ideal.

Lado outro, o Estado institucionaliza mecanismos capazes de proporcionar às classes mais privilegiadas uma educação de qualidade, através de financiamentos e disponibilização de recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de acesso universal.

No Brasil, é reconhecido que o ensino fundamental e médio de qualidade é proporcionado por instituições de ensino particulares, o que acaba sendo acessível a uma parcela reduzida da população.

Já no ensino superior os papéis se invertem. Existe uma grande parcela de ensino superior de qualidade no Brasil sob a responsabilidade do Estado e quem consegue esse acesso seriam os estudantes que tiveram uma excelente base teórica no ensino fundamental e médio, isto é, em regra aqueles que estudaram em instituições particulares. Isso porque as Universidades Federais possuem um processo de seleção dificultoso que não propiciam o acesso àqueles menos preparados, principalmente aos cursos de maior prestígio, aptos a assegurar um bom futuro profissional.

O vestibular é o efetivo mecanismo de exclusão social das minorias, principalmente pelo fato de que aqueles que disputam uma vaga não estão em igualdade de condições. Por tal razão, existem poucos negros nas universidades públicas brasileiras. E este é, com certeza, um problema constitucional de primeira grandeza.

Dessa forma, necessário se faz a adoção de políticas, programas e ações governamentais de ação afirmativa e seus mecanismos de inclusão dos negros na sociedade intelectualizada.

7 A reserva de cotas nas universidades

Cumprido, entretanto, avaliar se apenas a reserva de vagas nas universidades seria suficiente para solucionar a problemática, e até que ponto esta ação não pode ser considerada uma forma de discriminação social através do preconceito racial, mesmo que de forma positiva.

O Brasil já possui várias formas de inclusão social, como a reserva de vagas para deficientes físicos em concursos públicos, mas cada caso deve ser analisado particularmente, uma vez que estamos lidando com situações, realidades e aspectos socioculturais totalmente distintos.

A inclusão social é o processo pelo qual a sociedade procura adaptar-se mutuamente com os excluídos, viabilizando a equiparação de condições, e as ações afirmativas têm sua função, principalmente, nas políticas de percentual de quotas para a população negra no ensino superior, de objetivar a concretização da igualdade material.

Entretanto, é necessária uma discussão mais detalhada sobre esse tipo de política, definir seus limites, possibilidades e consequências, para que o instituto atenda realmente aos desprivilegiados.

O preconceito racial está presente no dia a dia, nas práticas e nos discursos sociais, mas não é devidamente combatido. As liberdades e os direitos individuais

dispostos na Carta Magna não são efetivados na prática social; as práticas de discriminação e de desigualdade de tratamento continuam sendo a regra das relações sociais. Tais ocorrências são visíveis devida à clara posição de inferioridade do afro-brasileiro na sociedade e na educação.

Assim, percebe-se que as peculiaridades da realidade sócio-político-econômica, no que diz respeito ao racismo, deveriam ser absorvidas pelas ações afirmativas.

É compreensível, mas não aceitável concluir que a população negra, em sua grande maioria, teve uma formação educacional deficitária, o que acaba refletindo no acesso às universidades federais brasileiras. Somente por meio das ações afirmativas, esse quadro poderá ser alterado, visando a uma mudança cultural em relação a este grupo tão sofrido.

A necessidade de uma ação efetiva do Estado para minimizar os efeitos danosos do processo histórico sócio-político-econômico a que foram submetidos os negros é latente. Contudo, há ainda os que creem que a questão de classe supera a questão de raça, bem como muitos acreditam que a adoção de políticas afirmativas para negros poderá criar perigoso e indesejável acirramento da harmônica convivência havida com os demais grupos étnicos e raciais que compõem a nação brasileira.

Especificamente no que atine ao sistema de quotas, bem observa Serge Atchabahan:

O sistema de quotas tem sofrido suas críticas, as quais, no mais das vezes, repousam sob o fundamento de que o indivíduo que obtiver sua quota irá auferir vantagens independentemente de méritos, qualidades individuais ou necessidades reais. A questão do mérito, depois de recebido o benefício da quota, é matéria que deverá comportar amplo debate e não poderá ser ignorado. Significa dizer que todo aquele que for brindado pelo sistema de quotas deverá mostrar mérito para sua manutenção ou, no mínimo, grande esforço capaz de mantê-lo sob este estado de benefício. Do contrário, a oportunidade deverá ser estendida a outrem. A razão do elemento mérito não requer maiores explicações ao seu entendimento. Não pode o Estado, em ato de tratamento desigual justificado, beneficiar aquele que não corresponde ao verdadeiro intuito do sistema de quotas, qual seja, atingir a igualdade de oportunidades. Sustentar no sistema de quotas aquele que não demonstra mérito seria, sem dúvida, prejudicar as ações afirmativas. [...] o sistema de quotas pode ser constitucional desde que não considere apenas o aspecto racial ou étnico para a escolha, e desde que não haja quotas inflexíveis. (ATACHABAHIAN, 2004, p. 156-157).

É com intuito de obter justiça social que as ações afirmativas, através do sistema de quotas, são o instrumento idealizador capaz de integrar, econômica e socialmente, a população negra aos demais membros da sociedade.

Infelizmente, o Brasil é um país cheio de contrastes sociais, carente de políticas públicas eficientes, pois falta vontade política para traçar uma perspectiva de planejamento a médio longo-prazo, que visa atacar o problema da educação na raiz, melhorando a qualidade do ensino em todos os níveis e para todos indistintamente.

Em que pese reconhecer a situação dos negros ao longo da história, as justificativas para implementação do sistema de cotas é pouco concreta, tendo-se apenas como base a exclusão socioeconômica do negro brasileiro, ignorando a existência de brancos e mestiços em situação semelhante, sem condições de competir de forma igualitária. Tal circunstância pode gerar uma discriminação generalizada contra os indivíduos beneficiados, bem como contra as instituições que aplicam o sistema, sem adentrar na possibilidade de beneficiar os negros que possuem uma condição socioeconômica razoável e poderiam disputar em igualdade de condições com os demais e não necessitariam do benefício.

É cediço que os negros, ainda, sofrem preconceito e situações opressivas, mas os diversos movimentos negros⁴ existentes contribuem para elevação da honra e orgulho da raça que vem reconhecendo seus direitos e não mais se submete à condição de vítima da sociedade.

Pioneiras na implementação das ações afirmativas, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro-UERJ e a Universidade de Brasília-UNB têm detectado os primeiros problemas para sua efetividade. De fato, os problemas são importantes para contribuir na melhoria e adequação dessa política inclusiva, mas, até solucioná-los, maiores injustiças poderão ocorrer.

Como se não bastasse a diversidade social, cultural, econômica brasileira, ainda contamos com a diversidade racial. Nestsas condições, devemos imaginar como agirá uma Universidade que reservará 10% (dez por cento) de suas vagas para negros. Se, no processo seletivo, 15% (quinze por cento) de negros obtiverem aprovação no quadro geral, apenas 10% (dez por cento) poderiam se matricular? O que aconteceria com os demais 5% (cinco por cento)? Se todos os 15% (quinze

⁴ Antes da intervenção do Movimento Negro, o movimento nacional por direitos humanos não reconhecia que os negros eram as maiores vítimas das violações dos direitos humanos. Em face da persistente discriminação e sua subsequente posição na estrutura econômico-social. Nesse sentido, Eric Edward Telles, enuncia que: "Embora o movimento de direitos humanos moderno no Brasil tenha começado principalmente com a oposição da classe média ao regime militar e suas violações de direitos políticos e civis, nos últimos anos esse movimento agrega, aos antigos, novos ativistas de base que lutam contra a injustiça social em termos econômicos, sociais e culturais. Dessa forma, o movimento negro tem sido capaz de colocar a questão racial no centro da agenda nacional de direitos humanos do governo quanto da sociedade civil em geral." (TELLES, 2003, p.85).

por cento) se matriculassem, o que aconteceria com os demais que perderam suas vagas para os 5% (cinco por cento) negros aprovados?

Outra hipótese seria uma pessoa negra, proveniente de uma família com boas condições financeiras, que estudou em excelentes instituições de ensino fundamental e médio. No ato da inscrição para o vestibular, opta para concorrer dentro das cotas reservadas para negros. Seria justo?

Por óbvio, estará em vantagem perante os demais concorrentes, retirando a oportunidade de quem realmente necessita deste benefício. Pode ser um caso atípico, mas não impossível, devendo o legislador estar preparado para tratar dessas questões.

Pode-se discutir, ainda, se a reserva de cotas não seria uma forma de preconceito, uma vez que o sistema de cotas visa equiparar o negro, que se encontra em condição de desigualdade. Assim, ao invés de uma política inclusiva, poder-se-ia dizer que estamos diante de uma política exclusiva, vez que a condição étnica (ser negro) que garantiria o ingresso em uma Instituição Pública de Ensino Superior.

O Brasil é um país cuja mistura étnica impossibilita a classificação da população em branca, negra, mestiça, amarela etc. Não obstante a tonalidade de pele, ainda existe a análise subjetiva. Existem pessoas brancas que se consideram pardas ou negras devidos aos seus antecedentes, bem como existem negros e pardos que se consideram brancos. Como seria o controle para o ingresso de negros, através da reserva de cotas, nas universidades, sem que ocorra nenhum tipo de fraude?

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2006) utiliza o critério baseado na cor e etnia para classificar a população brasileira como branco, preto, pardo, amarelo e indígena. Já os pesquisadores que atuam no campo das ciências sociais vêm classificando como negros o conjunto de pretos e pardos⁵. O termo negro é uma categoria sociopolítica, enquanto o termo pardo e preto são categorias utilizadas para aferição estatística de estudos⁶.

Por essas e outras razões, trabalhar as ações afirmativas para tratar da reserva de cotas direcionadas apenas população negra geraria uma enorme insegurança jurídica, como não atenderia o cerne do princípio da igualdade, que seria efetivar o direito à educação a todos os excluídos.

5 “A abordagem histórica e institucional da análise da questão racial enquanto uma construção social justifica, de forma plena, a agregação desses dois universos na medida em que, no Brasil, o perfil socioeconômico das populações preta e parda é estritamente equivalente” (HENRIQUES, 2003, p. 13-14.)

6 Essa opção metodológica é justificada com base num fato e num pressuposto. O fato é que pretos e pardos estão sempre muito próximos, segundo indicadores como mortalidade infantil, expectativa de vida, rendimentos do trabalho assalariado e escolaridade, para ficarmos nos mais importantes, e sempre muito distantes dos brancos. O pressuposto, que essas análises buscam provar, é de que essa distância se deve, ao menos numa parte substancial, à discriminação racial. (HENRIQUES, 2003, p. 14.)

Ao invés de tratar de reserva de cotas para negros, as ações afirmativas deveriam tratar da reserva de cotas para pessoas de baixa renda⁷, e/ou que tenham cursado todo ensino fundamental e médio em escolas públicas e, ainda, que comprovem a carência financeira para perpetuar os estudos. As ações afirmativas devem ser compreendidas como uma política governamental que visa dar oportunidades educacionais com cunho democrático e igualitário, sem distinção racial.

8 Considerações finais

Estamos em uma época que exige o abandono de muitos estereótipos e preconceitos em que, é necessário abrir a mente para que sejam percebidos fenômenos que privilegiam uma pequena parcela e excluem os demais, acarretando um gravame social e invocando a necessidade de planos emergenciais nem sempre eficazes.

Por isso, as ações afirmativas para educação inclusiva não devem ser encaradas como um movimento utópico, mas como uma realidade possível da sociedade. Para sua conquista, não basta apenas um decreto, mas a avaliação real da possibilidade de uma implementação gradativa, contínua, sistemática e planejada.

Deve ser gradativa, pois é preciso que os sistemas de educação possam se adequar à nova ordem, construindo práticas políticas, institucionais e pedagógicas que garantam o incremento da qualidade de ensino que envolva todos os alunos.

A inserção de políticas dirigidas a grupos “raciais” estanques, em nome da justiça social, não elimina o racismo e pode, até mesmo, produzir o efeito contrário, dando respaldo legal ao conceito de raça e possibilitando o acirramento do conflito e da intolerância.

Na verdade, o que se requer com as ações afirmativas é eliminar as desigualdades raciais, étnicas, religiosas, e quaisquer outras historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e de tratamento.

Em outras palavras, quer se constituir uma sociedade inclusiva compromissada com as minorias, capaz de preparar todos os cidadãos brasileiros para transformações culturais e sociais, almejando, sempre, uma convivência pacífica.

7 Nesse caso, haveria inclusão dos “brancos pobres” que, sem base estatística alguma, estariam sendo injustamente discriminados por essa iniciativa governamental. Entretanto, a antropóloga social, Moema de Poli Teixeira, diz que os “negros brasileiros não teriam encontrado espaço igual aos brancos na sociedade de classes. Mesmo entre os brancos pobres, pesquisas foram realizadas mostrando que os negros continuavam a ocupar os piores empregos, a frequentar as piores escolas, num quadro que, no geral, contribuía para a perpetuação ou reprodução [...], dos níveis de desigualdade social com base na raça [...]”. (TEIXEIRA: 2003, p. 13)

Filosoficamente, seria fazer com que todos tenham o direito de participar ativamente da sociedade, contribuindo de alguma forma para o seu crescimento, quebrando as barreiras ideológicas de grupos estigmatizados.

A educação inclusiva não surgiu ao acaso, ao contrário, é algo real e possível, de boa aceitação social e de grande potencial para mudar uma história de exclusão, sustentado por um princípio e garantia constitucional. Um direito cabe a sociedade exigir do Estado o efetivo cumprimento desse direito, com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais existentes.

Percebe-se que o principal caminho para o combate à exclusão social é a construção de serviços públicos universais de qualidade nos setores de educação, de saúde, de previdência e de segurança, conquistas básicas para a promoção do bem-estar geral do povo brasileiro.

O Estado deve implantar um plano de políticas públicas que abranja a educação como um todo, planejando ações que ataquem o problema em sua raiz, reestruturando as escolas públicas, investindo na formação profissional e financeira dos professores, valorizando, dessa forma, todos os brasileiros, sem distinção de raça e, realmente, concretizando os princípios constitucionais compatíveis com um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Afinal, o direito à educação é um direito humano fundamental e universal, de um direito subjetivo de todo cidadão e, em contrapartida, dever do Estado, que não pode se furtar a cumpri-lo. Vislumbra-se, portanto, que políticas públicas eficientes e comprometidas a corrigir discriminações, com a finalidade de promover o equilíbrio e a igualdade de condições, estimulando o crescimento intelectual e propiciando maiores oportunidades, garantiriam a todos os cidadãos a dignidade, fundamento do Estado Brasileiro.

Referências

AGUIAR, Odílio. A.; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. *Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS editora, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10. v. 2.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 66/2010. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CASHMORE, Ellis. *Dicionário de relações étnicas e raciais*. São Paulo: Summus, 2000. 31p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO, F.K. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. In:_____. *Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*, art. 13. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

GOMES, Nilma Lino. *Afirmando direitos*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*: Teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HENRIQUES, Ricardo. Silêncio: o canto da desigualdade racial. In: *Organização ashoka em empreendimentos sociais e takano cidadania*. Racismos contemporâneos. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003. p. 13-14.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese dos Indicadores Sociais*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21-22.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América jurídica, 2002, p. 39-44

MELO, Mônica. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, n. 25, out/dez, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal do Brasil, doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 3 v.

MORES, Maria Celina Bodim de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v.65, p. 21-32, jul./set., 1993.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Programa Nacional de Direitos Humanos II. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração e Plano de Ação da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma regulamentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SILVA Jr., Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVERIO, Valter Roberto (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília, 2003.

TEIXEIRA, Moema de Poli. *Negros na universidade: identidade e trajetória de ascensão social no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Pallas, 2003.

TELES, Edward Eric. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Fundação Ford, 2003. 85p.

TOMASEVSKI, K. *Los derechos económicos, sociales y culturales: el derecho a la educación*. ONU: Consejo Económico y Social, 2004.

Recebido em 31/07/2011

Aceito para publicação em 14/11/2011.

FUNÇÕES DO ESTADO NA PERSPECTIVA DOS DEVERES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

STATE FUNCTIONS CONCERNING FUNDAMENTAL RIGHTS AND DUTIES

Eliese Almeida¹

Sumário

Introdução. 1. Do peso da tributação. 2. Incongruências remanescentes ou grandes desafios. 3. Algumas notas sobre os deveres fundamentais. 4. Direitos fundamentais e funções estatais. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. The burden of taxation. 2. Remaining inconsistencies or challenges. 3. Some notes on the fundamental duties. 4 Fundamental Rights and State functions. 5. Final considerations. 6 References.

Resumo

Este estudo aborda o Estado Social e Democrático de Direito acentuando o enfoque determinado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, sua finalidade eminentemente funcional. Ao longo de todo o texto da Carta Política depreende-se o caráter compromissário que o Legislador-Constituinte lhe atribuiu, seja de forma expressa, seja como decorrência subjacente ao que encerra o seu complexo conceito. Enfatiza o escopo precípuo a que deve visar o desempenho de qualquer das funções do Estado, quais sejam, o alcance da dignidade da pessoa humana (sem excluir outros valores, possivelmente, de igual importância), a implementação dos direitos fundamentais e a conquista do bem-estar social, todos integrantes do atual cenário jurídico e político da sociedade, e integrados entre si, de modo que, nada obstante não se constituam em sinônimos, são, de fato, pressupostos um do outro. Atenta para o universo de deveres que cercam o cidadão-contribuinte em nome da própria preservação dessa estrutura funcional e da solidariedade que deve permear uma sociedade em desenvolvimento, logo, ainda fortemente marcada por carências de toda ordem.

Palavras-chave: Constituição. Estado. Justiça Social.

Abstract

This study approaches the Democratic State of Law accentuating the focus given by the 1988 Constitution, or its functional purpose. The

1 Mestre em Direito pela PUC-RS. Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUC-RS e em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Advogada.

Constitutional complains that the legislator-constituent must compromise, either expressly, or as a result of terminating the underlying its complex concept. It emphasizes the primary goal of state functions, the scope of human dignity (without excluding other values, possibly of equal importance), the implementation of fundamental rights and achievement of social welfare. All members of the current legal and political landscape of society together are not synonyms but, in fact, each other's assumptions. We look at the universe of the duties surrounding the citizen-taxpayer in the name of self-preservation and functional structure of solidarity that must permeate a society in development, soon, still strongly marked by shortages of all kinds.

Key words: Constitution. Social Justice. State.

Introdução

O presente estudo propõe-se a abordar algumas questões de elevado interesse no universo jurídico e político do mundo contemporâneo, com especial enfoque para o modelo brasileiro ditado pela Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, intenta-se trazer à lume elementos, tais como, Estado e tributação, sendo essa última, de um lado, na condição de lastro que propicia a manutenção da estrutura pública e a implementação dos direitos outorgados pelo sistema normativo, de outro, como universo que também encontra limites nesse mesmo ordenamento, sob pena de servir ao seu oposto, ou seja, a agravar a falta de condições mínimas de vida do cidadão-contribuinte, bem como inviabilizar o exercício de atividades econômicas na seara privada.

Na sequência, abordar-se-á, brevemente, a controvertida questão dos deveres fundamentais, para, desde logo, consignar alguns aportes sucintos em torno dos direitos fundamentais.

Não restam dúvidas quanto à extrema abrangência de tais assuntos, quiçá inesgotáveis. Diante disso, fica o desafio de discorrer em poucas páginas acerca de tamanhas complexidades.

O fato é que, no que diz respeito ao Brasil, com a promulgação da atual Carta Política, ao inaugurar um novo Estado Social e Democrático de Direito, inseriu-se profunda transformação tanto na estrutura política quanto na estrutura normativa.

Partindo-se dessa perspectiva inovadora, consagram-se valores como dignidade da pessoa humana, Estado Constitucional e direitos fundamentais. Entretanto, nesse mesmo cenário, emergem incongruências, questões altamente inquietantes e conflitantes, não raras vezes, ranços de um passado que teima em remanescer e que põe em xeque a possibilidade de concretização desse ideal conquistado.

1 Do peso da tributação

É sabido que, no Brasil, como bem expressa o texto constitucional, o Estado só está autorizado a explorar atividade econômica excepcionalmente, a exemplo do que se vê dos termos do artigo 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

De resto, reserva-se ao setor privado a exploração de atividades econômicas pautada, fundamentalmente (mas não exclusivamente), nos artigos 1º, III e 170 da Carta Constitucional, no sentido de comprometimento com a concretização da dignidade da pessoa humana e de estabelecer relação de “simetria entre capital e trabalho”. Dito de outro modo, deve-se priorizar o enfoque (ou objetivo) da existência digna como resultante de uma construção lastreada nos ditames da justiça social, esta última na condição de “valor-meio”². O fato é que, para o que importa destacar neste estudo, com base nesses parâmetros, ao Estado incumbe tão-só atividade financeira, referida por Hugo de Brito Machado como “o conjunto de atos que o Estado pratica na obtenção, na gestão e na aplicação dos recursos financeiros de que necessita para atingir os seus fins.”³

Com efeito, o autor consigna que a tributação é o instrumento de que o ente estatal se utiliza para fazer frente às suas atividades e cumprir os seus objetivos constitucionais. Contudo, adverte sobre o comprometimento que uma carga tributária pesada representa no desempenho da atividade econômica, logo, para a iniciativa privada, uma vez que “toma” recursos que poderiam retornar em forma de reinvestimento.

Outrossim, Aliomar Baleeiro⁴, ao abordar tal assunto, traz, entre os meios de que se vale o Estado para arrecadar recursos, a tributação, e faz referência à distinção entre “entradas” ou “ingressos” ao patrimônio público e “receitas”, estas últimas, e só elas, com a peculiar característica de crescer, sem implicar “quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo”.⁵

O autor⁶ lembra que, ainda nos tempos mais remotos havia necessidade de alguma forma de consentimento por parte da sociedade, seja para instituir, seja para majorar impostos. Entretanto, para além de qualquer tentativa de consenso, por certo, utópico, acerca da justiça na imposição de impostos, o fato

2 Nesse sentido, ver: BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito: In: *Revista do Ministério Público*, n. 50, p. 29.

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 32.

4 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 109.

5 Ibidem, p. 110.

6 Ibidem, p. 303.

é que, em particular no Brasil, tem-se alcançado níveis recordes de arrecadação tributária, mesmo depois da extinção da CPMF, que fora criada, inicialmente, com o objetivo de destinação integral para a área da saúde, o que, como se sabe, não aconteceu.

Fernando Facury Scaff⁷, ao fazer alusão a esse processo dinâmico que envolve a atividade estatal tendente ao cumprimento dos deveres e objetivos do Estado, salienta que ela abarca, no contexto jurídico, as seguintes áreas: (1) tributária, vista pelo ângulo da sociedade, ou seja, o contribuinte como sujeito que deve pagar seus tributos; (2) financeira, ligada à figura do Estado na atividade de arrecadar recursos de modo a viabilizar o desempenho de sua atividade; (3) constitucional, no sentido de implementar os direitos sociais outorgados pelo sistema jurídico vigente; (4) econômica, representada pelos direitos sociais, de segunda dimensão ou de igualdade, ou seja, direitos previstos no ordenamento jurídico que ensejam uma prestação ou atuação positiva por parte do Estado.

De toda maneira, soa oportuno questionar, neste ponto, em que medida – ou a partir de quando – se pode conceber que o pagamento do imposto (bem como qualquer outro tributo), ao qual está obrigado o contribuinte, venha representar comprometimento de parcela intangível da sua dignidade, a exemplo do que ocorre com a Lei nº. 8.009, de 29 de março de 1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família.

Pois uma das exceções contempladas na referida lei é quanto a encargos tributários decorrentes do próprio imóvel. Questiona-se se não quer parecer um contrassenso conceder legalmente ao Estado o direito de se apoderar do abrigo familiar, deixando famílias, eventualmente, ao mais absoluto desamparo, ou ainda que seja um único ser humano, quando, a esse mesmo ente público, a Lei Máxima do país incumbe o dever de proteção de dignidade da pessoa humana e a promoção dos direitos fundamentais, lastreados, por exemplo, no princípio da solidariedade que permeia as relações da sociedade. Ademais, é bom frisar, depois que a Emenda Constitucional nº. 25, de 14 de fevereiro de 2000, inseriu (então, expressamente) a moradia como direito fundamental.

Evidente que reside, no outro lado, o peso do dever e da responsabilidade do gestor do patrimônio e das finanças públicas, que não deve dispor do que não lhe pertence, mas sim cobrar de seus devedores na medida do que por eles é devido.

Como acontece, não raro, no mundo jurídico, a questão é complexa, de modo a ensejar cuidadosa ponderação na análise casuística, sem espaço para “conduta padrão”, cujas respostas pressuporiam um “formulário pronto”, a ignorar friamente as peculiares e reais necessidades e carências humanas, bem como as

7 SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. *Revista Interesse Público*, n. 39. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2006, p. 187.

respectivas incursões danosas aos direitos, liberdades e garantias refletidas em cada situação concreta, e ao arrepio da atual hierarquia constitucional dos bens e valores protegidos.

Nessa senda, ponto que deve ser destacado e agregado ao questionamento é o que diz com a capacidade contributiva da pessoa, representada pelas suas reais possibilidades de arcar com o pagamento em favor do fisco, “sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana.”⁸

Nesse quadro, é de lembrar o § 1º do artigo 145 da Constituição da República⁹, que prevê a observância do princípio da capacidade contributiva, ao referir que a cobrança de impostos deverá ser graduada conforme as possibilidades do contribuinte, inserindo, dessa forma, no sistema tributário nacional, um limitador constitucional, ou domador, da voracidade fiscal do Estado, enquanto ente que institui, fiscaliza e arrecada tributos.

Abstraindo-se as divergentes questões acerca da incidência nas demais espécies tributárias, além dos impostos, e a discussão em torno da aplicabilidade nos impostos reais ou tão só nos de caráter pessoal¹⁰, releva ter em mente que, em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito¹¹ que ostenta a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, não deve haver espaço para uma fiscalidade arbitrária, desumana e aplicada indistintamente, de modo a não levar em conta o comprometimento desse Estado Constitucional com seu

8 Ibidem, p. 239.

9 Art. 145. [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, *respeitados os direitos individuais* e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (Grifos nossos).

10 No que se refere ao fato de considerar como determinante para observância ou não do princípio da capacidade contributiva também nos impostos reais, ou seja, restringindo-o tão só aos impostos de caráter pessoal, cumpre realçar a objeção, segundo a qual, de fato, a relação que se estabelece a partir da obrigação tributária é entre o fisco e o contribuinte, mesmo quando se trata de incidência de tributos sobre bens. Daí a importância de se levarem em consideração fatores de ordem pessoal acerca de impostos reais, na apreciação da capacidade contributiva. No fim das contas quem vai arcar com o ônus financeiro (que o imposto representa) é o contribuinte, pessoalmente. Nesse sentido, ver: SANTOS, Willians Franklin Lira dos. O alcance e os reflexos do princípio da capacidade contributiva em face da atual disciplina normativo-constitucional do IPTU. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 17, n. 84, jan./fev., 2009, p. 191-192.

11 Adota-se a denominação Estado Social e Democrático de Direito na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem, nada obstante não esteja incluído expressamente o “Social”, não restam dúvidas acerca da sua adoção pela atual Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62. Nesse mesmo sentido: ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, - CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso em: 2006.

valor principal, a pessoa humana¹², e com o seu objetivo precípuo, o bem-estar da pessoa.

Não por outras razões, inclui-se,, nesse mesmo raciocínio o mínimo isento de tributação, vinculado aos recursos e bens suficientes para sobrevivência digna do contribuinte e de sua família. Seu fundamento repousaria no referido princípio da capacidade contributiva ou, nas constituições que não preveem esse limitador, o mínimo isento teria como vertente o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o direito a prestações positivas do Estado¹³.

A capacidade contributiva, além de guardar estreita vinculação com os princípios acima mencionados, também reflete um Estado de justiça (ou solidariedade) fiscal e coerência na sua atuação, como instrumento viabilizador da efetiva implementação dos direitos (fundamentais ou não). Nesse sentido, Aliomar Baleeiro consigna:

Além de razões inspiradas na solidariedade social, outras de caráter prático e lógico condenariam impostos sobre criaturas de reduzida capacidade contributiva. Segundo a concepção atual do Estado, este deve assistência a todos os necessitados por efeito de suas condições físicas (idade, saúde, incapacidade de trabalho, fase escolar, etc.) ou econômica (pauperismo, desemprego, etc.). Seria redondamente insensato, antieconômico e trabalhoso retirar, pelo imposto, recursos daqueles aos quais o Estado terá de socorrer pelos canais da despesa.¹⁴

De toda maneira, o fato é que, indiscutivelmente, pesa alta carga tributária sobre os contribuintes brasileiros, e nada obstante qualquer expectativa de conformismo, o que um “patrocinador” pode esperar é que um mínimo de decência, seriedade e moralidade paute a conduta dos administradores dos bens e das finanças públicas, de modo que esses recursos sejam integralmente revertidos em favor de seus legítimos (e necessitados) destinatários, e aplicados conforme a destinação constitucional, legal, principiológica e axiológica predeterminada pelo

12 Muito embora não seja objeto deste estudo, entende-se não ser demais atentar para a noção (ainda que tardia, mas sempre oportuna), que vem ganhando cada vez mais espaço, de respeito pela dignidade da vida na sua diversidade de expressões. Assim, a dignidade humana é um valor maior desse Estado, mas sem significar que seja exclusivo, interpretando-se a palavra “todos”, do art. 225, da CF/88, com um espectro maior (e, provavelmente, mais justo, “humano” e congruente) de abrangência. Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *Revista Direito Público*, ano V, nº. 19, jan./fev., 2008, p. 13.

13 SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da capacidade contributiva e mínimo isento: análise no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da AJURIS* (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), nº 113. Porto Alegre: mar. 2009, ps. 198/199.

14 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 240.

sistema vigente. Com efeito, não deve ser outra a destinação senão para sustentar uma estrutura estatal voltada para o cumprimento dos ditames constitucionais, particularmente no sentido de proporcionar assistência a quem dela necessitar. Pois só assim estarão sendo cumpridos os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito, instituído em 1988, alcançando-se a solidariedade que justifica esse ônus e toda a estrutura originariamente edificada para tanto.

Contudo, o que se assiste é a uma implacável voracidade fiscal, aliada a um quadro cada vez mais desmedido de desvios de recursos de toda ordem, e consideráveis locupletamentos ilícitos e imorais, que se explicitam em escândalos - talvez - diários veiculados pela imprensa¹⁵. É bom que se enfatize, quase tão corriqueiros quanto à inércia dos personagens e expectadores, que são, ao mesmo tempo, os patrocinadores desse grande e trágico “espetáculo de corrupção”.

Basta que se atente para os números diariamente veiculados, quanto aos valores criminosamente desviados de sua legítima destinação, para se concluir que o retorno do que é investido pelo cidadão-contribuinte é absurdamente desproporcional. Falta seriedade, rigorismo, ética, honestidade, enfim. Mais do que a alardeada carência recursos, como obstáculo para realizar políticas públicas inclusivas (já que impostos não faltam, aliás, têm-se alcançado repetidos recordes de arrecadação), grassa aguda escassez de moralidade na conduta de considerável parte dos administradores de interesses, bens e verbas públicas. Inconscientes de que administram “coisa alheia”, ignoram a responsabilidade moral que (em tese) assumiram juntamente com a função pública que exercem, e mais, o que isso representa em termos dos severos prejuízos materiais à nação e, principalmente, aos mais necessitados.

O fato é que essa conta revela débitos impagáveis refletidos num quadro de exclusão de cada cidadão-contribuinte que se vê lançado à margem da dignidade constitucional prometida, por não ter suas carências vitais minimamente supridas, por conta de todo esse cenário de irresponsabilidade no manejo dos bens e das finanças públicas. Oportunistas que se abeberam em “fontes sagradas” de domínio alheio e esquivam-se em guetos blindados de poder e manipulação que para si próprios construíram.

15 Nesse quadro, soa oportuno lembrar o contrassenso que se evidencia ao comparar duas das inúmeras situações que se poderiam trazer a lume, quais sejam: de um lado, conforme relato de professora em pronunciamento na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte, a fiscalização do Ministério Público no sentido de impedir que professores se alimentem, dentro da escola, da merenda que é distribuída pelo governo para ser servida aos alunos; de outro lado, a decisão do Procurador-Geral da República pelo arquivamento quanto às representações acusando o aumento patrimonial, em vinte vezes, nos últimos quatro anos, de Palocci, impedindo a simples investigação acerca da origem dessa multiplicação, diga-se blindando, em mais um episódio, o ex-chefe da Casa Civil. Ver, respectivamente: ALVES, Mauro. *A greve do cuscuz e o discurso da professora sindicalista Amanda Gurgel*. Disponível em: <http://movimentocoep.ning.com> Acesso em: 24 jun. 2011; FLOR, Ana. SELIGMAN, Felipe. Procuradoria arquiva denúncia contra ministro Palocci. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 06/06/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br>

2 Incongruências remanescentes ou grandes desafios

Vive-se, atualmente, uma cultura formada de grandes episódios de corrupção e de um cotidiano constituído de “pequenos” atos à margem de valores morais, éticos e até humanos, se é que se pode admitir classificar a gravidade desses insultos contra a humanidade e de desrespeito às carências que ainda assolam este país, como “pequenos”.

Por mais insignificantes que possam parecer certas condutas, como uso para fins particulares de uma simples caneta ou outro material de expediente, uso de veículos oficiais, que consomem combustível e requerem manutenção, pago por todos, há que se ter em mente, repita-se, que todos pagam. Ainda que da forma mais indireta, também a pessoa mais desprovida de recursos, que seriam indispensáveis à sua sobrevivência e de sua família arca com o ônus que representa o Estado.

A propósito, Maria Paula Dallari Bucci, ao abordar aspectos terminológicos em torno do “particular”, “administrado”, “cidadão” ou “contribuinte”, assevera que, “[...] dada a forte carga de tributação indireta, até o indigente no Brasil é contribuinte de impostos”. E conclui que “[...] a condição de contribuinte, por paradoxal que pareça, é altamente inclusiva e não exclusiva dos detentores de renda mais alta”¹⁶.

O fato é que a imprensa veicula um sem-número de CPIs arquivadas ou sem uma resposta devida e prometida, fundada no rigorismo que o sistema jurídico (em especial, os princípios) ostenta; excesso de cargos; horas-extras totalmente descabidas; “servidores” muito bem remunerados sem sequer saírem de suas casas, ou a serviço pessoal dos “detentores do poder”; aumento considerável de gastos com cartões corporativos (cada vez mais sigilosos); contas pessoais de celulares; passagens aéreas... Tudo pago com meses de árduo trabalho do contribuinte que são obrigatoriamente recolhidos ao fisco.

Mais especificamente, pense-se no acinte que isso representa ao pai ou à mãe, enfim, no ser humano e contribuinte, que não possui recursos sequer para oferecer um lápis ou caderno para o filho. E isso partindo-se de uma visão otimista de efetiva disponibilidade de escola, já que o Brasil ainda não logrou colocar 100% de suas crianças nos bancos escolares; fala-se daquele pai ou mãe, pessoa humana e contribuinte, que não dispõe de transporte para levar o filho doente a um atendimento médico, quando há, no local, esse tipo de prestação de serviço “gratuito” e “tempestivo”, bem como medicamentos, exames e cirurgias. Isso, sem falar nos direitos constitucionais à alimentação, à moradia, à segurança, a presídios, a estradas. Enfim, tudo isso e todo o resto, que igualmente não funciona, reduz

16 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

a pó as garantias constitucionais, por conseguinte, o princípio (fundamental) da dignidade da pessoa humana, mas que, por outro lado, justificam e legitimam toda a carga tributária que repousa (e pesa) sobre cada um e sobre todos, de forma indistinta e inafastável, essa, sim, eficiente e implacável.

O Poder Judiciário está abarrotado de litígios nesse sentido, entabulados por pessoas, ou seja, contribuintes ou mesmo “sócios”, donos, senhores dessa grande empresa que é o Estado, mas que, nada obstante sua condição de titulares ou proprietários, veem-se, rotineiramente, constrangidos diante das mais angustiantes situações de privações de toda ordem, pessoais ou envolvendo familiares, quando, então, precisam (e, por ventura, superadas as – inconstitucionais – barreiras que os separam do acesso ao Poder Judiciário)¹⁷ rogar por tutela jurisdicional para terem respeitadas suas garantias e implementados seus direitos. Enfim, tudo isso e todo resto de deveres que a Constituição Federal de 1988 incumbiu ao Estado Social e Democrático de Direito instituído quando da sua promulgação.

Cuida-se, nessa perspectiva, de patente inversão de posições, violação de valores, quebra de hierarquia e rompimento do sistema por absoluta negação dos ditames constitucionais. Afronta à supremacia do Pacto Constitucional dessa era de pós-modernidade, ou da “modernidade líquida”¹⁸. Regresso ao passado (ou continuísmo aviltante) que transforma essas pessoas, contribuintes ou sócios, em pedintes, num forçado quadro de assistencialismo ou caridade do “superior” para com seus súditos e, como tal, impregnada de poder unilateral e arbitrariedade que concede ou não, conforme seu “melhor” entendimento ou a ideologia do detentor do poder de administrar ou decidir.

Ocorre que esse cenário não tem mais espaço legítimo a partir da referida Carta Constitucional de 1988. O Estado mudou e, com isso, reflexa e inevitavelmente, deve mudar também o norte de atuação dos poderes que o compõe, assim como a hierarquia de prioridades, notoriamente no que diz com a Administração Pública, encarregada precipuamente da instituição de políticas públicas na implementação e defesa dos direitos, liberdades e garantias da pessoa humana, devendo acompanhar toda essa transformação (mais do que idealizada) proclamada no Pacto.

17 No que se refere ao acesso à tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário, é de se acrescentar que, além de decorrer do princípio da igualdade, constitui-se em garantia constitucional insculpida no art. 5º, XXXV da CF/88. Dessa forma, o Estado deve provê-la gratuitamente aos que dela necessitarem e não a puderem patrocinar sem prejuízo do seu sustento e de sua família. Contudo, atente-se que esse acesso compreende uma resposta satisfatória, e isso pressupõe (entre outras tantas garantias) que seja em tempo hábil, que permita o efetivo exercício do direito “declarado” pelo Estado-juiz. Nesse sentido, ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, nº 113, jan./fev. 2004, p. 18; e CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.19.

18BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 31.

A atual Constituição dita o norte de conduta a ser seguido pelos Poderes do Estado brasileiro, aqui, com enfoque especial para o Administrador do patrimônio e das finanças públicas, fundamentalmente, a partir do disposto no artigo 37, paralelamente a outros dispositivos constitucionais e legais, bem como princípios implícitos e subjacentes ao modelo de Estado Democrático de Direito inaugurado em 5 de outubro de 1988.

Nessa perspectiva, Cármen Lúcia Antunes Rocha atenta para a “transformação libertadora” do Estado Democrático, e assevera que os princípios são justamente os instrumentos constitucionais viabilizadores dessa perspectiva¹⁹.

O fato é que, se a “Constituição Cidadã” se constitui em marco na evolução jurídica e política deste país, não é menos verdade que operou verdadeira revolução paradigmática em todas as searas do Direito e, por conseguinte, no Direito Administrativo, inserindo profundas modificações em seus conceitos, valores e institutos. E não poderia ser diferente; basta atentar para a transformação da figura do Estado: de absoluto, ou totalitário, a funcional, ou seja, a serviço da melhor realização dos direitos, liberdades, garantias e anseios da pessoa humana. Dito de outro modo: de “poder” unilateral e arbitrário a “dever” fundamental, democrático e comprometido, com os objetivos estipulados.

3 Algumas notas sobre os deveres fundamentais

No rico e promissor cenário de discussões acerca das conquistas inventariadas na trajetória da humanidade, importante tema muito pouco debatido, igualmente no Brasil, é o dos deveres fundamentais.

Nesse sentido, propõe-se trazer, inicialmente, algumas considerações a partir das indispensáveis contribuições de Casalta Nabais.

O autor chama a atenção para a escassa previsão constitucional, pelo menos de forma expressa, acerca dos deveres. Enfatiza que, nada obstante referidos textos decorram, em certa medida, de declarações de direitos, a exemplo da Declaração de 1789, o “esquecimento dos deveres fundamentais” guarda seus vínculos mais sólidos com fatos bem mais próximos. E, nessa perspectiva, remete ao momento histórico marcado pela Segunda Guerra Mundial, salientando a necessidade de proteger direitos, liberdades e garantias fundamentais contra os

19 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 22. Para melhor ilustrar a relevância dos princípios constitucionais no sistema jurídico contemporâneo, vale registrar que, mais adiante (p. 27), a autora consigna as funções positiva e negativa dos princípios: positivas é a afirmação de diretrizes e conteúdos, impondo coerência e compatibilidade com eles; negativa é rejeição, por parte do ordenamento jurídico, de conteúdos que se contraponham com as noções estabelecidas nos princípios.

regimes totalitários e autoritários, com o objetivo precípua de “exorcizar um passado dominado por deveres”.²⁰

Muito embora seja mais visível na Alemanha a ausência de previsão expressa de deveres fundamentais, adverte Nabais²¹, também se pode observar tal fenômeno na generalidade dos demais países, o que denota uma disparidade de abordagem que seus sistemas constitucionais dedicam (ou deixam de fazê-lo) aos deveres fundamentais comparativamente aos direitos fundamentais da pessoa humana. Diz o autor:

Neste confronto sobressai sobretudo o facto de os deveres fundamentais, para além de não serem objecto de qualquer enumeração ou sistematização, não disporem de um regime constitucionalmente traçado minimamente parecido com o previsto para os direitos (*máxime*, para os direitos fundamentais em sentido estrito ou os, entre nós, designados “direitos, liberdades e garantias”).²²

Ingo Wolfgang Sarlet²³, ao abordar a questão do “esquecimento” acerca dos deveres (trazida por Casalta Nabais), ressalta que, no cenário constitucional brasileiro, o tratamento não foi diferente do contexto mundial, ou seja, “praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial”. O autor justifica tal postura a partir de uma compreensão individualista e não-intervencionista do Estado de Direito (demasiadamente) liberal, que sobrepõe os direitos subjetivos aos deveres. Nessa perspectiva, vislumbra-se a pessoa a partir de uma concepção individualista. Dito de outro modo, um tanto afastada da solidariedade social e, por conseguinte, do comprometimento que “deveria” abraçar no meio onde está inserida, sensível às necessidades e fragilidades do seu semelhante.

Já no que diz com as perspectivas originárias dos deveres fundamentais, Casalta Nabais se posiciona rechaçando: (1) tanto a que vislumbra os deveres fundamentais como meros limites decorrentes ou necessários para que se possam concretizar os direitos fundamentais; (2) quanto a perspectiva que põe os deveres fundamentais como consequentes do poder soberano do Estado, aquele que subjuga o elemento humano, mais uma vez, ao arbítrio do ente público, afastando, “por completo, o lugar proeminente, que o indivíduo – enquanto pessoa – e a respectiva constituição deve ter na constituição global...”²⁴

20 NABAIS, Casalta. Constituição Europeia e Fiscalidade. In: *Revista Interesse Público*, n. 31. Porto Alegre: Notadez, 2005, ps. 160/161.

21 NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 22.

22 Ibidem, p. 23.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, ps. 226-227.

24 NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 32.

E, nessa medida, o autor propugna pela “não funcionalização dos direitos aos deveres fundamentais”²⁵, uma vez que, em Estado Democrático, direitos são direitos, tão-só. Assim sendo, não atrelados, simetricamente, a deveres, até porque podem não ser exercidos pelos seus titulares em razão da autonomia que a pessoa ostenta num modelo de Estado Constitucional, embora – impõe que se registre – os questionamentos, cada vez mais, são suscitados em torno da possível intangibilidade – oponível, inclusive, diante do próprio titular²⁶ – de alguns direitos concretizadores, mais diretamente, da dignidade da pessoa humana, estatuída no artigo 1º, III da Carta Constitucional de 1988, como fundamento do Estado Social e Democrático de Direito.

O autor²⁷ consigna que os deveres fundamentais devem ser encarados, ou reconhecidos, como categoria jurídica autônoma. Contudo, salienta que isso não significa dizer que estejam apartados dos direitos fundamentais ou dos poderes estatais. Por essa razão, adverte que, num Estado de Direito, os deveres fundamentais representam um balizador, restando, fatalmente, ligados aos direitos fundamentais. No mesmo sentido, também limitam a inserção – seja do poder público, seja de particulares – na seara jurídica da pessoa, como expressão afirmativa das garantias constitucionalmente consagradas ou, dito de outro modo, adotadas e outorgadas por um sistema norteador de um Estado que é “instrumento de realização da eminente dignidade humana.”²⁸

Por seu turno, Ingo Wolfgang Sarlet²⁹ assinala, inicialmente, uma distinção entre os *deveres conexos ou correlatos*, que se encontram diretamente ligados a um comando normativo-constitucional que consubstancia direito fundamental, e ilustra com o direito fundamental ao ambiente equilibrado e com o direito à saúde, previstos nos artigos 225 e 196 da Carta Constitucional, respectivamente, de onde decorre um dever (de todos) de proteção ao ambiente e de promoção de saúde, bem como o dever de a família educar, previsto no artigo 208 da Constituição brasileira.

De outro lado, há os *deveres autônomos*, segundo o autor, desvinculados (ao menos, diretamente) da conformação de qualquer direito subjetivo. Exemplificativamente, cita: o dever fundamental de pagar impostos, o dever de votar, o dever de prestar serviço militar, o dever de colaborar com a administração eleitoral. Também adverte para situações de enquadramento controvertido, a exemplo da função social atribuída à propriedade, insculpida no artigo 5º, XXIII

25 Ibidem, p. 33.

26 Nesse sentido, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 p. 381.

27 NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 38.

28 Ibidem, p. 60.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 228.

da Constituição. Nada obstante alguns a entenderem como limite constitucional da propriedade, o autor entende como dever fundamental conexo, em razão da estreita vinculação com o direito de propriedade, que igualmente deve cumprir função ecológica.³⁰

Por derradeiro, para encerrar essa questão da não previsão expressa, no ordenamento jurídico, de deveres, para além do que já foi mencionado, quanto ao passado de repressão, seja do ente estatal, seja de categorias dominantes de particulares que de alguma forma detinham qualquer tipo de poder, quer parecer que o que de fato se contempla, no presente, é um complexo infundável de deveres a cercar o ser humano em todos os espaços e em todos os momentos da vida. A medida que se admite que não há liberdade absoluta em seara nenhuma da vida, por via oposta de raciocínio, está a afirmar-se que todos os compartimentos da vida são inexoravelmente delimitados por deveres.

Oportuno atentar para o emaranhado de textos normativos que são editados quotidianamente. Notadamente no âmbito tributário é de se reconhecer a grande dificuldade (senão absoluta impossibilidade) de se ter conhecimento de todas as normas que regem a vida do cidadão.

Assim sendo, soa difícil vislumbrar outra conotação a não ser de deveres, até mesmo a outorga de direitos tem seu inexorável viés de restrição, pois quanto a todos os demais membros da sociedade onde está inserido o titular plasma-se o dever de respeitar (seja por meio de abstenção, seja por meio de ação).

O fato é que se contempla, no Brasil, um complexo sistema jurídico (aberto) a normatizar tanto relações entre particulares e Estado quanto de particulares entre si, abarcando os mais diversos tipos de situações e conflitos de toda ordem. Mais ainda, por ser aberto, propicia ao intérprete (em especial, administrador ou juiz) agir de forma harmônica com os princípios, regras e valores adotados pelo sistema, e extrair do texto a norma que melhor responda, vislumbrando os direitos, interesses ou garantias em conflito, ou seja, aplicando ponderação na análise casuística³¹. E isso ganha particular importância dentro do contexto de mobilidade da sociedade da pós-modernidade.

Ao Estado, por ser titular do ordenamento jurídico e exercer o monopólio da jurisdição, cabe o deslinde de questões controvertidas e a imposição de condutas

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 228.

31 Exemplo que bem ilustra o que se acaba de expor, abandonando a fria literalidade da regra (outrora reinante) e priorizando a efetiva tutela em conformidade com a hierarquia do sistema constitucional vigente, é o acórdão que determinara antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública num pedido de fornecimento de medicamento frente ao Estado, com bloqueio de verbas públicas para garantia da efetivação da decisão. Como se pode notar, afasta-se momentaneamente a aplicação da regra de impenhorabilidade de bens públicos e de obediência à ordem dos precatórios (art. 100 da CF/88) em nome da preservação do direito à vida e à saúde. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 840.782-RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 19 mar. 2009.

e soluções, como resposta ao jurisdicionado ou administrado. Desse modo, o cidadão está sempre sujeito ao “dever” de cumprir tais determinações.

Cada vez mais, ou o Estado dita, por meio da sua pródiga estrutura normativa, padrões de conduta a serem obedecidos por todos, ou, em caso de não cumprimento, o Poder Judiciário (igualmente manifestação estatal) atua de forma coercitiva, intervindo na autonomia individual para fazer valer a sua vontade no sentido de impor acatamento ao Direito.

Com efeito, ao que se pode perceber, todas as searas da vida são regradas e limitadas, relações de trabalho, contratos, trânsito, direitos reais, família, condomínio, enfim. Não se vislumbra uma situação em que se possa atuar com a mais ampla liberdade, senão uma margem devidamente predeterminada. Há freios éticos, morais, inibitórios, entre outros tantos. Isso, pois, conduz à conclusão de que o ser está cercado de deveres em absolutamente todos os espaços possíveis da vida.

Parece restar evidente que não poderia ser diferente, até porque não se descobriu outra forma de (con)viver em sociedade, manter um mínimo de igualdade, promover direitos, preservar liberdades e garantias e pacificar ou resolver os inevitáveis conflitos decorrentes dessa convivência.

Entretanto, partindo dessas perspectivas mencionadas (que são meramente ilustrativas, uma vez que se trata de um contexto inesgotável), impõe-se, como não menos justo, reconhecer que efetivamente existe um cenário universal de deveres, e que é nesse cenário, integralmente caracterizado por delimitações, regras e sanções, que a pessoa inexoravelmente está inserida e vinculada. Nesse sentido, não se pode deixar de aduzir as palavras de Norberto Bobbio, segundo as quais “a primazia do direito não implica de forma alguma a eliminação do dever, pois direito e dever são dois termos correlatos e não se pode afirmar um direito sem afirmar ao mesmo tempo o dever do outro de respeitá-lo”.³²

Com certeza, em especial em nome do regime democrático, da liberdade e dos demais valores a ele subjacentes, não se fazem (tais deveres) tão opressores em extensão e intensidade, a exemplo dos peculiares regimes totalitários. Nada obstante, deve-se considerar que muitos deles, guardando alguma similitude com os ranços do passado, ainda se põem, de modo implacável, no contexto da atualidade, não raras vezes, violando, em certa medida, valores ou princípios do atual modelo de Estado Social e Democrático de Direito (ou Estado Constitucional). Exemplo disso são as leis que, muito embora editadas debaixo dos “valores” do regime militar, permanecem com vigência, aplicação e impositividade no sistema jurídico brasileiro contemporâneo. Nesse sentido, Flávia Piovesan³³ atenta para “tensões

32 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 225.

33 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998, p. 154-155.

e conflitos valorativos” oriundos do convívio de diplomas normativos de um passado remoto com diplomas jurídicos contemporâneos.

Não faltam textos normativos para ilustrar. O próprio Código de Processo Civil é um exemplo, por excelência, e que vem passando por inúmeras reformas na tentativa de adaptá-lo ao modelo contemporâneo. Mas elege-se duas outras leis, editadas sob a égide do sistema anterior e que se mantêm no atual, embora conflitantes, até em razão do intuito e da legitimação dos seus dispositivos, pelo menos, nas proporções do que vem sendo alardeado. São elas: Leis nº. 5.534/68 e nº. 6.538/78. A primeira impõe ao cidadão o dever de fornecer informações pessoais solicitadas pelo IBGE, sob pena de multa. Lembre-se, cidadão esse que já presta suas mais importantes declarações à Receita Federal. A segunda, em razão do monopólio do serviço postal, proíbe que sejam entregues diretamente aos interessados, e sem custo, evidentemente, correspondências em condomínios, por exemplo, ainda que pelo próprio síndico, zelador ou administradora. Parece que a exploração (econômica) do serviço é, realmente, monopólio, mas tal extremismo quer soar destituído de razoabilidade, senão como uma arbitrariedade que não cabe mais neste espaço de Estado Constitucional.

4 Direitos fundamentais e funções estatais

A relevância dos direitos fundamentais, sobretudo no que diz com o direito privado, passou a caminhar para a conquista do espaço merecido em momentos distintos, conforme certas peculiaridades que envolviam os respectivos ambientes³⁴.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet³⁵, na Alemanha, por exemplo, bem como nos demais países europeus e no Direito Internacional, a questão já vem sendo abordada há meio século, aproximadamente.

Cláudio Ari Mello, por sua vez, faz referência acerca da revisão por que tiveram de passar as concepções culturais de pessoa e de sociedade, logo após a Segunda Guerra, em razão da necessidade de se proteger a personalidade humana por meio de tutela constitucional de direitos subjetivos. Conforme relata o autor:

É bem verdade que essa era uma noção já presente no pensamento medieval cristão e na filosofia da ilustração. Sem embargo, a partir

³⁴ Faz-se essa referência a tal situação conjugando os verbos no passado com o cunho de demarcar os primeiros passos de destaque na construção dos direitos fundamentais e na observância mais alargada sobre as relações em geral. Entretanto, é cediço que a edificação e a consolidação desses direitos se constituem em tarefas permanentes para a humanidade.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111.

do segundo pós-guerra, a dignidade da pessoa humana converteu-se em uma ideia reguladora do pensamento político e jurídico contemporâneo, para ela convergindo a fundamentação de quase todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles concernentes à tutela específica da personalidade.³⁶

Com efeito, Luís Roberto Barroso³⁷, ao tecer comentários em torno do “novo direito constitucional”, ou da constitucionalização do direito e seus inarredáveis influxos vinculativos e direcionantes de todas as searas do Direito³⁸, atenta para um conjunto de fenômenos integrantes desse movimento de constitucionalização, dos quais destaca: 1- Formação do Estado Constitucional de Direito; 2- pós-positivismo, com enfoque especial para os direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; 3- força normativa irradiante da Constituição.

É bom lembrar que, no Brasil, acima de tudo em razão do regime que a precedera, não restam dúvidas de que todo o universo de direitos fundamentais só passou a ser abordado com seriedade a partir Carta Constitucional de 1988³⁹. Só em 1988 se passa a ter um enfoque mais sério quanto à Constituição e aos direitos fundamentais e, por consequência, à constitucionalização do direito.

O fato é que, por razões aqui já ventiladas e por tantas outras, a atual Carta Constitucional brasileira contempla, em especial no título II, pródigo rol de direitos fundamentais, abrangendo direitos individuais e coletivos, direitos sociais, de nacionalidade e políticos⁴⁰. Trata-se, é bom frisar, de elenco não exaustivo, conforme se pode observar do seu próprio texto, na dicção do § 2º do artigo 5º, a cláusula de abertura do catálogo, que prevê a possibilidade de inserção, no sistema jurídico brasileiro, de outros direitos decorrentes da estrutura e dos princípios adotados pelo Pacto, bem como dos tratados e convenções internacionais a que o País aderir. Sem esquecer, igualmente, os demais direitos fundamentais previstos fora do título II, ao longo do próprio texto constitucional.

Nessa perspectiva, Ingo Sarlet assevera que, embora existam pontos merecedores de críticas e ajustes, esse é o melhor momento na história do

36 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77.

37 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Interesse Público*, n. 33. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2005, p. 23-24.

38 Noções essas que passaram a ser consolidadas, fundamentalmente, em razão das atrocidades cometidas nos campos de concentração da II Guerra.

39 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 112.

40 Ibidem, p. 115.

constitucionalismo brasileiro para os direitos fundamentais, tanto no que se refere ao próprio reconhecimento desses direitos como no que diz com a disponibilização de instrumentos tendentes a torná-los efetivos. Contudo, adverte:

Para que este momento continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade. Neste sentido, se – de acordo com a paradigmática afirmação de Hesse –, para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”, também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação.⁴¹

O fato é que, a Constituição então promulgada conduz, inexoravelmente, o Estado brasileiro a um objetivo precípua, qual seja, o de trabalhar, mobilizar seus poderes, órgãos e agentes no sentido de atuarem, de forma ativa e comprometida com os “melhores” resultados, para promover o bem-estar social de todos. Trata-se, pois, de um ambiente estatal e de uma estrutura jurídica em que “*o poder existe para os direitos (no caso, para o direito fundamental à boa administração pública), não o contrário.*”⁴² (grifos do autor).

Veja-se que todo esse panorama só pode (ou deve) ser visualizado num contexto universal e interrelacional, como decorrências, resultados ou consequências reciprocamente considerados, refletindo uma sociedade que logra desfrutar, efetivamente, da vida com dignidade, notadamente para que se possa propiciar, de fato, a educação para uma cidadania efetiva. E isso só pode dar-se com a promoção e a concretização de direitos fundamentais, de tal forma que garantam vida qualificada com acesso a informações e a recursos mínimos que viabilizem uma existência decente para, só então, conquistar-se a inserção de cada integrante e de todos na sociedade proclamada pela “Constituição-cidadã”.

Vale enfatizar: é possível perceber com clareza solar, em especial na dicção dos autores acima mencionados, que tais conceitos, quais sejam, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e, por conseguinte, bem-estar social, guardam estreita relação, andam muito próximos, quicá, um integrante do outro e, por derradeiro, todos dialogando entre si, e nem haveria como ser diferente,

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 69.

42 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009. p. 186.

sem que com isso se esteja a afirmar que são sinônimos, porque, em verdade, não o são.

Com efeito, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet “os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”, princípio este que, conforme o autor, pode ser considerado como “critério basilar” para a edificação de um conceito material de direitos fundamentais, embora não seja o único.⁴³

Neste quadro, cumpre registrar o pensamento de Norberto Bobbio, que agrega outros elementos àqueles já colacionados até aqui. O autor destaca a importância dos “direitos humanos”, como fundamento das constituições democráticas e estabelece uma conexão entre democracia e paz. Expõe seu entendimento no sentido de que só se pode buscar a “paz perpétua” idealizada por meio de progressiva democratização do sistema internacional, que, por sua vez, deverá se fazer acompanhar de “efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados”. E conclui:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.⁴⁴

Releva consignar, ainda que sucintamente, por oportuno, a peculiar qualidade que distingue os direitos fundamentais dos direitos humanos. E, nessa senda, Fábio Konder Comparato traz que os direitos fundamentais seriam “os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas.”⁴⁵

Outrossim, oportuno destacar, do contexto abordado por Ingo Wolfgang Sarlet, a vinculação dos direitos fundamentais com a democracia, sem esquecer, contudo, a existência de tensões entre alguns aspectos contemplados nesses universos. O autor refere tais direitos como:

43 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, ps. 110-111.

44 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 223.

45 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227.

[...] pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades. De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.⁴⁶

Nesse cenário, importa também enfatizar a repercussão negativa – para a concretização da dignidade da pessoa humana – que se reflete nas carências, frustrações e negação de direitos de toda ordem, gerando, indiscutivelmente, comprometimento da liberdade na extensão da amplitude que a palavra propicia e que o sistema brasileiro consagra, afastando a possibilidade de efetivamente realizar escolhas. Dito de outro modo, aniquilando a liberdade de fazer opções conscientes para a própria vida e na estrutura familiar, que, por seu turno, refletirão, inexoravelmente, na sociedade e na nação, igualmente para as gerações futuras. Diante disso, parece restar indubitosa a interrelação de todos os elementos até agora mencionados, bem como sua estreita vinculação com a democracia, que, por seu turno, restam diretamente ligadas às escolhas e à atuação dos detentores do “poder”, sobretudo dos governantes, ou seja, as políticas públicas eleitas para melhor administrar patrimônio e finanças públicas, melhor implementar direitos, liberdades e garantias e, assim, concretizar a Constituição.

46 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61.

5 Considerações finais

Muito embora, não raras vezes isso reste esquecido, a exemplo do que provavelmente tenha acontecido com os motivos e finalidades que conduziram à criação do Estado, também os tributos foram instituídos para custear, patrocinar a realização de interesses elevados (valores ligados a questões de justiça social e solidariedade) e mais, qualificados com o respectivo consentimento dos interessados e, envolvidos nesse dever.

Guardadas as diferenças quanto a valores e prioridades de cada época, e avançado o longo percurso temporal, chega-se, no Brasil, à marca da libertação do autoritarismo estatal, representada pela promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988. Eis o divisor de eras que demarca o fim do regime militar que ignorava direitos e garantias do indivíduo.

É a partir daí que o Estado Social e Democrático de Direito, então inaugurado, passa a ter cunho eminentemente funcional, reconhecendo, valorizando e respeitando os direitos (particularmente, os) fundamentais. A dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento, passa a nortear a atuação de absolutamente todas as esferas de atuação de qualquer dos poderes estatais.

Especificamente no que diz com a Administração Pública, principal ente incumbido de realizar políticas públicas tendentes à concretização dos direitos, liberdades e garantias outorgadas pelo Pacto Constitucional, resta vinculada a uma hierarquia axiológica e a uma principiologia de extremo rigor quanto ao manejo do patrimônio e das finanças públicas, bem como à efetivação dos ditames de concretização da Constituição. A margem de liberdade de decisão do Administrador se vincula à melhor concretização das promessas anunciadas no texto constitucional.

E nesse mutante universo, que é o mundo jurídico, é um privilégio participar do estudo e do debate que iluminam os novos caminhos e fortalecem a esperança de se transformarem os ideais lançados em sólidas e “libertadoras” realizações, notadamente, materializando na vida real de cada cidadão e contribuinte, um Estado cujas funções trabalham, de forma uníssona, pela concretização dos valores e princípios promulgados pela Constituição.

Referências

ALVES, Mauro. A greve do cuscuz e o discurso da professora sindicalista Amanda Gurgel. Disponível em: <http://movimentocoop.ning.com> Acesso em: 24 jun. 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, n. 33, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 50, p. 19-56, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 840.782-RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 19 mar. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARPENA, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FLOR, Ana. SELIGMAN, Felipe. Procuradoria arquiva denúncia contra ministro Palocci. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 06 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br>

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NABAIS, Casalta. Constituição europeia e fiscalidade. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 31, 2005.

_____. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

LIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, n. 113, jan./fev. 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Willians Franklin Lira dos. O alcance e os reflexos do princípio da capacidade contributiva em face da atual disciplina normativo-constitucional do IPTU. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 17, n. 84, jan./fev., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Direito Público*, ano V, n. 19, jan./fev., 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul: Editora Notadez, n. 39, 2006.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, - CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, n. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso em: 2006.

Recebido em 30/06/2011

Aceito para publicação em 22/11/2011

EXTRAFISCALIDADE COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

EXTRA TAXING AS A WAY OF PUBLIC POLICIES
IMPLEMENTATION

Ricardo Strapasson Torques¹
Salete Oro Boff²

Sumário

1. Introdução. 2. A extrafiscalidade. 2.1. Conceito de extrafiscalidade. 2.2. Limites à extrafiscalidade. 3. Políticas públicas: conceituação e localização do tema. 3.1. Mínimo existencial e reserva do possível como pressuposto e limite ao desenvolvimento de políticas públicas.; 4. Extrafiscalidade como forma de implementar políticas públicas. 4.1 Casos específicos de extrafiscalidade como forma de implementação de políticas públicas. 4.1.1. Contribuição sobre royalties para a geração de tecnologia. 4.1.2 Regime de tributação simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte. 5. Considerações Finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Extra tax. 2.1. Extra tax Concept. 2.2. Limits on extra tax. 3. Public policies: concept and theme localization. 3.1. Existential minimum and reserve for contingencies as a condition and limit for the development of public policies. 4. Extra taxing as way of public policies implement 4.1 Specific cases of extra taxing as a way for public policies implementation. 4.1.1. Contribution on royalties for technology generation. 4.1.2 Simplified taxing for micro and small companies. 5. Finals remarks. References.

Resumo

O presente estudo tem por objetivo demonstrar que a extrafiscalidade, como forma de promoção dos deveres constitucionalmente estabelecidos por meio da imposição tributária, revela-se importante meio para o Estado induzir, incentivar ou inibir determinada atividade privada. Tal finalidade é diversa da finalidade fiscal dos tributos. Na Ordem Constitucional de 1988, as políticas públicas são compreendidas como toda atuação estatal no

1 Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo IESA/RS. Bacharel em Direito pela UFPR.

2 Doutora em Direito pela UNISINOS/RS. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNISC e do IESA de Santo Angelo/RS.

sentido de promover os objetivos e fundamentos constitucionais estabelecidos, visando coordenar os meios à disposição do Estado e das atividades privadas. Desta forma, o instituto da extrafiscalidade é meio eficaz para a implementação de políticas públicas estatais.

Palavras-chave: Extrafiscalidade. Políticas públicas. Atuação estatal.

Abstract

Extra tax, as a way of promoting the duties constitutionally established by imposing tax, is an important way for the state to induce, encourage or inhibit certain private activities. This purpose is different from the one of tax impose. In the 1988 Constitution public policies are understood as every state action to promote the objectives and the ground constitutionally established. Thus, the extra tax institute is an effective way to implement public policies.

Key words: Extra tax. Public policies. State action

1 Introdução

Ao longo da história, o Estado brasileiro assumiu diversas posturas perante a população a depender da orientação política impressa no texto constitucional. A Constituição Federal de 1988 proclama o Brasil como Estado Democrático de Direito³, o qual possui como fundamentos⁴ a dignidade da pessoa e a livre iniciativa, e como objetivos⁵ a construção de sociedade justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução da pobreza e da marginalização e a promoção da igualdade em sentido material. Esses fundamentos, arrolados no art. 1^a da Constituição da República, e objetivos, arrolados no art. 3^o – mostram o espírito da Constituição e denotam a orientação política pretendida.

O Estado brasileiro tem matiz de Estado Liberal, cuja preocupação principal é assegurar as liberdades individuais de cunho negativo. Também não se configura como um Estado Social, tal como o Estado mexicano e alemão da Constituição mexicana de 1917 ou de Weimar de 1919, marcada pelo

3 Conforme art. 1^o da Constituição da República: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> acesso em 28/06/2011.

4 Conforme o art. 1^o da Constituição da República são fundamentos do nosso Estado: “I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 28/06/2011.

5 Conforme o art. 3^o da Constituição da República são objetivos da Federação: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 28/06/2011.

intervencionismo estatal exacerbado. A Constituição de 1988 propugna por um meio termo no qual a liberdade de iniciativa convive com os valores sociais do trabalho; a garantia dos direitos de propriedade convive com a função social desta, isso porque o Estado Democrático de Direito assenta-se num extenso rol de direitos e deveres fundamentais e na garantia dos meios para a sua efetivação.

Para que tais intentos sejam operacionalizados, não basta um Estado regulador, aliado das preocupações sociais brasileiras, é necessário que ele participe, seja ativo, executando diversas ações governamentais para garantir os direitos e garantias constitucionais. Com esse propósito, o Estado se valerá de meios constitucionalmente delimitados, tal como o instituto da extrafiscalidade no direito tributário. Esse é o contexto no qual se passa a tecer considerações.

Inicialmente, analisa-se a extrafiscalidade no direito tributário, distinguindo-a da forma mais comum de cobrança de tributo: a fiscal. Feito isso, apresenta-se o conceito de extrafiscalidade, tendo em vista o direito tributário constitucionalizado. A seguir, ingressa-se na análise da extrafiscalidade, como meio de implementação de políticas públicas, com o fim de verificar, a partir de verificação de aplicações, práticas adotadas no Brasil.

2 A extrafiscalidade

Com a finalidade de situar brevemente o tema explanado, Becker, ao tratar dos fundamentos jurídicos do direito tributário, afirma que o Estado nasce por uma relação natural, como engenho humano que, “uma vez criado, não subsiste ‘per se’, independente de seus criadores, porém é um Ser Social cuja criação é continuada”⁶. Esse “Ser Social” distingue-se dos indivíduos que o criam e dotam-no de personalidade própria, de cunho social, distinto da personalidade jurídica. Para o referido autor, a personalidade jurídica é o reconhecimento da personalidade social do Estado, pelo direito positivo⁷. O fundamento de validade de Estado está no *rapport politique*⁸ entendido como “conjunto das relações que a imposição e a obediência de regras de conduta estabelecem, vinculando a todos os indivíduos membros de um grupo social”.⁹

Nesse contexto, o Estado se sustenta e se retroalimenta pela inteligência e vontade dos indivíduos em prol de um bem comum que é um bem comum temporal, porque localizado numa concepção de mundo específica, por exemplo,

6 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 142.

7 Idem, p. 142.

8 Expressão de cunho francês criada por Duclos M. PIERRE, na obra “L’évolution des rapports politiques depuis 1975” e desenvolvida por Georges Bordeau.

9 Idem, p. 144.

liberal ou social¹⁰, que se materializa num texto constitucional, representando o “poder do Estado”, que nada mais é do que o “Poder dos Indivíduos que se transindividualizou”¹¹. O Estado brasileiro hodierno é Democrático de Direito por opção do povo brasileiro, detentor da soberania, manifestado pelo Poder Constituinte Originário no Texto de 1988.

O bem comum estabelece uma relação que liga todos os indivíduos a um e cada um a todos, por meio de um feixe de direitos e deveres que possui na igualdade (ou no princípio da igualdade) um corolário unificador. É sob esta base que se funda o direito tributário. Segundo Harada:

Com gradativa evolução das despesas, para atender às mais diversas necessidades coletivas, tornou-se imprescindível ao Estado lançar mão de uma fonte regular e permanente de recursos financeiros. Assim, assentou-se sua força coercitiva para a retirada parcial das riquezas dos particulares, sem qualquer contraprestação. Dessa forma, o tributo passou a ser a principal fonte dos ingressos públicos, necessários ao financiamento das atividades estatais¹².

Atualmente, o fenômeno tributário encontra-se juridicizado, sendo categoria jurídica regulada pelo direito com fundamento de validade no princípio da legalidade estrita, ao contrário de sua origem histórica.

Bastante semelhante é o pensamento de Ataliba, para o qual as normas tributárias têm por finalidade a atribuição de dinheiro ao Estado. Para o referido autor, o direito possui caráter instrumental¹³, pois a norma jurídica é “meio posto à disposição das vontades para obter, mediante comportamentos humanos, o alcance das finalidades desejadas pelos titulares daquelas vontades”¹⁴.

Toda essa construção doutrinária do direito tributário, seu fundamento e finalidade, culminam com a teoria contemporânea do dever fundamental de pagar impostos, desenvolvida por Nabais, sintetizada da seguinte forma:

Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem com o mero *poder* para o estado, nem como um mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo, antes, o contributo indispensável a uma

10 Idem, p. 150.

11 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. Ob. cit, p. 168.

12 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2008, p. 288.

13 Em sentido semelhante, Alfredo Augusto Becker afirma: “o direito tributário tem natureza instrumental e seu ‘objetivo próprio’ (razão de existir) é ser um instrumento a serviço de uma Política. Esta (a Política) é que os seus próprios e específicos objetivos econômicos-sociais”, In: BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. Ob. cit. p. 543-4.

14 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed., 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

vida em comunidade organizada em *estado fiscal*. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que se não possa falar num (pretensão) *direito fundamental* a não pagar impostos¹⁵. (grifos do original).

O Estado brasileiro, assim como a maioria das nações ocidentais, apresenta-se como Estado Fiscal, cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por tributos.¹⁶ Diante disso, a principal função dos tributos é prover os cofres públicos a fim de executar a função pública, a qual deve pautar-se pelo interesse público, conforme leciona Mello¹⁷. Nesse contexto, desenvolveu-se, também, a exação extrafiscal, cuja finalidade é diversa da mera arrecadação fiscal, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público.

Nesse sentido, conforme ensina Mélega, citado por Harada, “os tributos já não se apresentam como simples fontes do poder de tributar, mas simultaneamente como emanção do poder de polícia, ou melhor, o poder de tributar observe o poder de polícia na tarefa de regular a economia. A extrafiscalidade é finalismo que informa qualquer tributo.”¹⁸.

Assim, de um lado, apresentam-se os impostos de natureza fiscal, de outro, os impostos com finalidade extrafiscal, fundados no poder regulatório do Estado, que serão analisados nas sequência.

2.1 Conceito de extrafiscalidade

A extrafiscalidade vincula-se ao campo da intervenção do Estado no domínio econômico e social, desconexo do poder de tributar propriamente dito¹⁹,

15 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 678.

16 A título ilustrativo, no Estado do Rio Grande do Sul, em 2009, do total de receita arrecada (R\$ 28.565.477.078,82) mais de 60% decorrem da arrecadação tributária (R\$ 17.859.070.153,92), conforme planilha disponibilizada pelo Tesouro Nacional, órgão central do Sistema de Administração Financeira Federal e do Sistema de Contabilidade Federal. Informações disponíveis em arquivo eletrônico no sítio do Tesouro Nacional, denominado de *Execução Orçamentária dos Estados (1995-2009)*, disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/index.asp, acesso em 14 de junho de 2011.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

18 MÉLEGA, Luiz. *Uma introdução à ciência das finanças*. 5. ed., atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 189; citado em HARADA, Kiyoshi. *Sistema tributário na Constituição de 1988: tributação progressiva*. 2. ed., rev. e atual. até a EC 47/05. Curitiba: Juruá, 2006, p. 268.

19 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. Op. cit., 1980, p. 185.

cuja finalidade é meramente arrecadatória. São “duas competências, a de tributar e a de regular”²⁰. A extrafiscalidade se insere no último campo.

Autor igualmente clássico, Becker prenunciou que a principal finalidade dos tributos: “não será a de um instrumento de arrecadação das despesas públicas, mas a de um instrumento de *intervenção* estatal no meio social e na economia privada”²¹. Em verdade, na construção da figura tributária não mais será ignorada a finalidade extrafiscal, nem será esquecida a finalidade fiscal, ambas coexistem e convivem, com maior ou menor prevalência de uma em relação ao outro, a depender do contexto no qual se inserem. Segundo referido autor, a intervenção na economia privada, por meio de regras jurídicas tributárias, é necessidade inadiável, pois somente dessa forma se garantirá à pessoa dignidade.²²

Para Nabais, embora a extrafiscalidade esteja fora das preocupações erigidas em torno do direito fundamental de pagar impostos, esse dever exerce influência sobre o instituto.²³ O campo da extrafiscalidade está adstrito ao da “prosecução de objetivos económicos-sociais”²⁴, fundados no princípio do Estado social.

Não obstante, a doutrina nacional converge para um conceito de extrafiscalidade, como refere Carvalho, à “forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de extrafiscalidade”²⁵. No mesmo sentido, Carraza, observa:

Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou base de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Por aí se vê que a extrafiscalidade nem sempre causa perda de numerário; antes, pode aumentá-lo, como, por exemplo, quando se exacerba a tributação sobre o consumo de cigarros.²⁶

A extrafiscalidade pode também ser considerada como a cobrança de exação fundada no poder de polícia²⁷, o que parece impreciso, pois, embora os arts. 78 e 79 do CTN conceituem poder de polícia, este tem melhor compreensão

20 Idem, p. 187.

21 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. Op. cit, p. 536.

22 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário* Op. cit, p. 537.

23 NABAIS, José Casalta. *Dever fundamental de pagar impostos*. Op. cit., p. 695.

24 Idem, p. 695.

25 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

26 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed., rev., ampl. e atual. até à Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

27 HARADA, Kiyoshi. *Sistema tributário na Constituição de 1988: tributação progressiva*. op. cit., p. 268.

na doutrina administrativista. Veja-se, por exemplo, Mello, para o qual poder de polícia é:

[...] atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.²⁸

De fato, existem pontos em comum entre ambos os institutos jurídicos, notadamente no que se refere ao condicionamento da propriedade dos indivíduos mediante ação estatal, com a finalidade de conformação dos atos segundo os interesses da sociedade. Entretanto, a extrafiscalidade não decorre da atividade da Administração Pública, mas é atividade legiferante, que exige conformação constitucional, pois é matéria de natureza eminentemente tributária, subsumida ao princípio da reserva legal. Não há como vislumbrar a cobrança de uma exação tributária por meio de atos normativos ou concretos da Administração Pública.

Tal como os impostos de natureza fiscal, deve-se observar a conformação da regra-matriz de incidência dissecada por Carvalho ou pela hipótese de incidência tributária explanada por Ataliba²⁹. Segundo o primeiro, a regra-matriz de incidência é:

[...] norma de conduta, vertida imediatamente para disciplinar a relação do Estado com seus súditos, tendo em vista contribuições pecuniárias. Concretizando-se os fatos descritos na hipótese, deve-ser a consequência, e esta, por sua vez, prescreve uma obrigação patrimonial. Nela, encontraremos uma pessoa (sujeito passivo) obrigada a cumprir uma prestação em dinheiro. Eis o dever-ser modalizado.³⁰

Percebe-se que a regra-matriz de incidência tributária é o que legitima a instituição e cobrança de determinado imposto, ainda que extrafiscal. Portanto, não há como considerar os institutos – extrafiscalidade e poder de polícia – semelhantes, embora possuam finalidades convergentes.

Por fim, e bastante importante para o decorrer da explanação, é o conceito de extrafiscalidade aferido por Meirelles, para quem a “extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. op. cit., p. 724.

29 ATALIBA, Geraldo. *Hipóteses de incidência tributária*. op. cit., p. 68.

30 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. op. cit., 2010, p. 287.

reputadas convenientes à comunidade. É ato de política fiscal, isto é, de ação de governo para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária.”³¹

Portanto, a extrafiscalidade está alijada à função primordial dos tributos, qual seja, abastecimento dos cofres públicos, mas, constitui instrumento, no âmbito do poder estatal, para a prossecução dos objetivos econômico-sociais do Estado, seja por meio da regulação estatal, seja por meio do fomento de atividades.

2.2 Limites à extrafiscalidade

A doutrina em geral aponta os limites definidos pela Constituição à tributação excessiva e à legalidade, como os principais limitadores da imposição tributária, seja ela fiscal ou extrafiscal. No que atine ao último, ressalta-se a função do imposto extrafiscal e, desta forma, a ponderação principiológica é diversa. A doutrina apresenta alguns princípios como limites à extrafiscalidade.

Por primeiro, apenas para ressaltar, o princípio da legalidade é que legitima toda a atuação estatal no campo do direito. No direito tributário, em específico, esse princípio ganha contornos estritos, pois “somente poderá instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante a expedição de lei.”³². Qualquer incentivo fiscal, para que não se torne arbitrário, ou qualquer tributação restritiva, como a que incide sobre cigarros para que não implique em apropriação indevida, somente é concebível mediante lei, com antecedente constitucional prévio estabelecendo a competência.

Por segundo, destacamos o princípio da proibição do tributo com efeito de confisco. O direito econômico – ramo jurídico no qual se insere a extrafiscalidade em sentido último – não deve sofrer “exigentes limitações constitucionais”³³, sendo que, em regra, os Estados deixam à sua administração ampla liberdade de condução nesse quesito, sendo limite material à aplicação extrafiscal do tributo o princípio da proibição do excesso e do arbítrio³⁴. Esse princípio desdobra-se em: a) legitimidade dos fins, ou seja, relaciona-se com a finalidade constitucional almejada; b) imprescindibilidade do meio, ou seja, a utilização extrafiscal do tributo se impõe, pois não há meio sucedâneo com os mesmos efeitos e; c) razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito, que indica a relação direta entre o sacrifício exigido com a relevância da finalidade objetivada.

31 MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 57-58.

32 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. Ob. Cit., 2010, p. 206.

33 NABAIS, José Casalta. *Dever fundamental de pagar impostos*. Ob. cit., p. 695.

34 Idem, p. 695.

Esse princípio, também denominado de princípio da vedação ao confisco, ganha relevo em se tratando de exação extrafiscal como instrumento de proteção ao contribuinte, sugerindo a aplicação ponderativa dos princípios constitucionais envolvidos num caso em específico, conforme teorizações de Alexi e Dworkin.³⁵ Em todo caso, destaca-se a dificuldade em estabelecer parâmetros objetivos e claros, cabendo ao Poder Judiciário, em última instância, decidir fundamentadamente quanto ao mérito propriamente dito do direito pleiteado.³⁶

Percebe-se que definir o conceito de confisco não é difícil, todavia, complicado é definir os limites além dos quais a tributação torna-se confiscatória. Não há, na doutrina pátria ou europeia ocidental, quem enfrente satisfatoriamente o tema. Esse princípio, em verdade, apenas nos fornece um “rumo axiológico, tênue e confuso, cuja nota principal repousa na simples advertência ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhe que existe um limite para a carga tributária.”³⁷

Por terceiro, cumpre explicar brevemente sobre o princípio da igualdade e sua relação com a extrafiscalidade. Considera-se *a priori* ser limitador da atividade impositiva estatal, não coadunando com a extrafiscalidade, pois, por exemplo, em algumas situações, benefícios são concedidos a determinados setores da economia ou a alíquota do imposto de importação é elevada sobremaneira em relação a determinado bem. Na realidade, o princípio da igualdade na extrafiscalidade é buscado de maneira indireta, por buscar concretizar fins estatais diversos do propriamente fiscal, não se graduando especificamente pelo parâmetro da capacidade contributiva.

Em análise da capacidade contributiva, Carvalho a considerava como o “padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério do juízo de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo.”³⁸. Destaca dois momentos do princípio da capacidade contributiva. O primeiro o de “realizar o princípio pré-jurídico da *capacidade contributiva absoluta ou objetiva* retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza.”³⁹ (grifo do autor). O segundo “também é *capacidade contributiva*, ora empregada em acepção *relativa* ou *subjativa*, a repartição da percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento.”⁴⁰ (grifos do autor).

35 BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e fiscalidade*. 2. ed., revista e atualizada. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 169.

36 Idem, p. 169.

37 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. Op. cit., 2010, p. 212.

38 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. Op. cit., 2010, p. 213.

39 Idem, p. 214.

40 Idem, p. 214.

Na realidade, o princípio da capacidade contributiva – fortemente relacionado com o princípio da igualdade – no campo da extrafiscalidade não possui aplicação direta, pois a aplicação extrafiscal do tributo visa a garantir fins sociais ou econômicos do Estado por meio de atividades de incentivo ou regulatórias, restringindo ou oportunizando situações, nem sempre agindo de forma igual, mas, por vezes, relativizando o primado da igualdade para assegurar bens outros constitucionalmente relevantes ou para garanti-lo em sentido material.

Finalmente, Nogueira, no que diz respeito aos limites à extrafiscalidade, destaca que atuação extrafiscal deve estar concentrada na figura da União, tendo em vista que se trata de poder central do Estado brasileiro⁴¹. Além disso, para o referido autor é necessária a observância dos parâmetros constitucionais, fora dos quais não se concebe a atuação de qualquer ente da Federação.⁴²

Atualmente, no que tange à concentração da atuação na figura da União, embora na prática isso se confirme, tal postura sofre fortes críticas da doutrina, na medida em que, respeitados os parâmetros constitucionais de atribuição de competência, a atuação extrafiscal numa municipalidade é legal e aconselhável, pois um município está mais próximo da população em contato com as necessidades locais. Como exemplifica Boff, é necessário repensar uma melhor regulação da repartição de receitas tributárias, tendo em vista o modelo particular da Federação brasileira.⁴³

No mesmo sentido, observa Harada:

[...] o emprego da extrafiscalidade, [...], não fica adstrito ao âmbito federal. Estados e Municípios podem fazer uso da extrafiscalidade para regular matéria de sua respectiva competência, [...]. Do contrário, seria negar a autonomia das entidades periféricas, restringindo o exercício do poder de polícia a outros meios ou instrumentos normativos que não sejam de natureza tributária, isto é, excluindo o instrumento tributário como meio de manifestação do poder de política.⁴⁴

41 Segundo o referido autor: “O fato é que as exonerações tributárias de cunho extrafiscal, por meio de incentivos – sejam elas chamadas de isenções, reduções, favores, estímulos ou devolução do imposto pago – são expedientes que, acompanhados de outras medidas, só se completam quando adotados pelo poder nacional ou estejam dentro do contexto deste”. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. op. cit., p. 193

42 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. op. cit., p. 193.

43 BOFF, Salete Oro. *Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

44 HARADA, Kiyoshi. *Sistema Tributário na Constituição de 1988: tributação progressiva*. op. cit., p. 271. No mesmo sentido MÉLEGA, Luiz. *Uma introdução à ciência das finanças*. op. cit., p. 1.781.

Em tom de conclusão, frise-se que a extrafiscalidade é um instrumento jurídico posto à disposição do Estado para que ele, no campo do direito tributário, atue para além da arrecadação tributária, com o fito de garantir os direitos e deveres constitucionalmente delimitados, em especial as exigências do Estado Social. Assim, passamos, no capítulo seguinte, à análise das políticas públicas para, finalmente, correlacionar ambos os institutos.

3 Políticas públicas: conceituação e localização do tema

Exposto o funcionamento e a aplicação extrafiscal da exação tributária na teoria, passa-se à análise das políticas públicas. Inicia-se com a contextualização do tema.

No que atine ao direito administrativo, ramo afeto ao das políticas públicas, Barroso afirma que três circunstâncias devem ser consideradas: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) uma série de transformações que o Estado brasileiro sofreu nos últimos anos e; c) a influência da principiologia constitucional sobre as regras de direito administrativo⁴⁵. Desse modo, o princípio da supremacia do interesse público⁴⁶, considerado, inclusive, um dos princípios basilares do direito administrativo, deve ser analisado detidamente.

O princípio da supremacia do interesse público ao lado do princípio da legalidade são fundamentais porque denotam a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do administrado, por um lado, e autoridade da Administração Pública, por outro⁴⁷. O “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”⁴⁸

A temática das políticas públicas, como atuação da autoridade pública de modo a conduzir a Administração para a realização do bem comum, insere-

45 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, jan.-mar., 2007, p. 151.

46 Flávio de Azambuja Berti conclui que o princípio da supremacia do interesse público está presente quando da cobrança extrafiscal de tributos, já que para o autor pode-se afirmar “que o princípio inspirador deste uso extrafiscal do tributo é um daqueles princípios genéricos do Direito Público, aplicável não só ao Direito Tributário, mas também ao Direito Administrativo, Financeiro, Penal etc., qual seja, a ‘supremacia do interesse público sobre o particular’ sem desconsiderar-se outro princípio relevante, qual seja, ‘a indisponibilidade de referida supremacia’”. In: BERTI, Flávio de Azambuja. *Imposto: extrafiscalidade e não confisco*. op. cit., p. 42.

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. op. cit., p. 53.

se, portanto, no viés primário do interesse público e, em caso de colisão com os demais princípios presentes na Constituição, será utilizada a técnica da ponderação de princípios que predomina no direito contemporâneo. Embora não previsto expressamente no texto constitucional, o princípio da supremacia do interesse público é cediço na doutrina⁴⁹ e há na jurisprudência pátria sua integral aplicação.⁵⁰

A institucionalização do Estado Democrático de Direito, com ordens constitucionais definidas e vinculativas que dotam as regras e princípios constitucionais de juridicidade, cria ambiente positivo para o Administrador Público implementar políticas públicas, sobrepondo-se, inclusive, às liberdades e garantias individuais. Essa sobreposição, entretanto, não é direta, mas depende de filtragem constitucional, pois “nenhum interesse pode ser considerado público se levar ao sacrifício dos valores e dos direitos fundamentais. A preponderância do interesse público exige que todos os esforços sejam empregados, com a maior eficiência possível, para o atendimento do indivíduo.”⁵¹

Portanto, as políticas públicas podem ser situadas dentro da seara do direito administrativo, representando as diversas formas de atuação estatal para atendimento do interesse público. A origem do termo políticas públicas está inclinada às ciências administrativas e econômicas mais que propriamente ao direito. De acordo com Souza, são quatro os pensadores que teorizaram, pioneiramente, sobre políticas públicas: H. Laswell, que introduz, na década de 1940 a ideia de “análise de política pública” (*policy analysis*); H. Simon, que introduz o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makers*); C. Lindblom, que trata das variáveis que influenciam a prática de políticas públicas e, finalmente, e D. Easton, que define políticas públicas como sistema, como uma relação entre formulação, resultados e o ambiente.⁵²

Seguindo Teixeira, define-se política pública como:

[...] diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamento) que orientam ações que

49 Para além da referida autora cite-se Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 64; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. op. cit., p. 63.

50 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *A Constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas*. op. cit., p. 13.

51 Idem, p. 15.

52 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Artigo disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>, acesso em 28/06/2011

normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as ‘não ações’, as omissões, como forma de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.⁵³

As políticas públicas, portanto, constituem um conjunto das mais diversas atuações do poder público, visando ao atendimento da finalidade pública, o conjunto de atividades voltado para a satisfação do interesse público com a finalidade de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos. Como prover todas as necessidades dos administrados é impossível diante da escassez de recursos, o Administrador, por meio da eleição dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, estabelece fórmulas para elencar as políticas públicas prioritárias⁵⁴. Leal, em sentido semelhante, refere-se a “políticas públicas constitucionais vinculantes como as ações atribuídas pela Constituição aos Poderes Públicos destinadas à efetivação de direitos e garantias fundamentais.”⁵⁵. Assim, as políticas públicas constituem programas de atuação dos governos tendentes à realização dos fins estatais⁵⁶, que são consubstanciados nos objetivos fundamentais e nos direitos sociais, que, em grande maioria, exigem atuação ativa do poder público.

Nesse sentido, de acordo com Sarlet⁵⁷,

os direitos fundamentais prestacionais [...] sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a

53 TEIXEIRA, Celso Elenaldo. “O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na formação da realidade”. Artigo disponível em: < http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 28 jun.2011.

Cite-se, além da definição adiante, a de Celina Souza, para a qual políticas públicas é “campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”. SOUZA, Celina. “Políticas públicas: uma revisão da literatura”. Artigo disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. Acesso em: 28 jun.2011

54 Adiante, vamos analisar ambos os institutos com mais destaque, pois se apresentam como limites à atuação estatal no campo das políticas públicas.

55 LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direitos à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, v. 6, n.25, jul. 2006, p. 68.

56 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 250.

57 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 297.

regra geral, [...], no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

A forma com que esses direitos são positivados no texto constitucional, de acordo com o referido autor, determinará o *quantum* de eficácia dos direitos fundamentais prestacionais.⁵⁸

3.1 Mínimo existencial e reserva do possível como pressuposto e limite ao desenvolvimento de políticas públicas

É cediço que os direitos fundamentais prestacionais possuem relevância econômica, porque “diretamente vinculada à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais”⁵⁹. Em razão disso, desenvolveu-se, como limite à atuação estatal e, logicamente, como limite à instituição de políticas públicas, o princípio da reserva do possível, sintetizada por Sarlet como uma “espécie de limite fático e jurídico dos direitos fundamentais”⁶⁰, que depende de uma série de fatores, tais como, a efetiva disponibilidade fática do direito prestacional, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a questão orçamentária, competência legislativa e competência administrativa e, finalmente, com a questão da proporcionalidade e razoabilidade da prestação e sua exigibilidade.⁶¹

Além da reserva do possível, como um limite máximo para se imporem políticas públicas, há um outro limite: o mínimo existencial. Trata-se, em verdade, de pressuposto que aponta para o dever estatal de atuação. O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à sobrevivência e à vida digna de uma pessoa, constituindo o núcleo do princípio da dignidade da pessoa. São condições mínimas que o poder público deve levar em consideração na atuação governamental.⁶²

Portanto, o conceito de política pública no direito é operacional, pois se centra na noção de atuação estatal conforme os ditames constitucionais e legais. Os postulados da reserva do possível e do mínimo existencial, por sua vez, coexistem e delimitam as margens fora das quais a política pública torna-se violadora de direitos fundamentais.

58 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit, p. 297.

59 Idem, p. 301.

60 Idem, p. 305.

61 Idem, p. 304.

62 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit, p. 298.

4 Extrafiscalidade como forma de implementar políticas públicas

Como anotado, a extrafiscalidade é um instrumento jurídico de que se vale o Estado para garantir e dar efetividade aos direitos e garantias constitucionalmente delimitados por meio da maior ou menor exigência de tributos. As políticas públicas, por sua vez, constituem toda atuação do poder público na consecução da finalidade pública.

Desta forma, é evidente que a utilização dos meios extrafiscais de cobrança tributária é uma forma de implementação de políticas públicas que pode ser de diversas naturezas. Por exemplo, quanto ao grau de intervenção, poderíamos vislumbrar uma política pública estrutural, por exemplo, ao interferir em determinadas relações sociais como o fomento da empregabilidade de pessoas portadoras de necessidades sociais por meio de isenções fiscais.

Quanto à abrangência da política pública de natureza extrafiscal, ela poderia ser universal, segmentada ou fragmentada como ocorre com aumento de tributos sobre bens exportados como forma de fortalecimento da economia nacional.

Relativamente aos impactos nas relações sociais, pode-se supor uma tributação diferenciada para produtos alimentícios básicos como forma distributiva de política pública. Ou, até mesmo, uma tributação mais forte em termos de comércio de cigarros como forma de inibir o consumo para fins de saúde pública.

Dessa forma, diante da diversidade de valores e bens tutelados pelo Estado brasileiro, as políticas extrafiscais servem para fomentar o desenvolvimento econômico e social, regular a utilização da propriedade privada, a livre iniciativa ou a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para o apoio à educação, à cultura e aos desportos, entre outros valores constitucionais.

Dado que a aplicação extrafiscal da exação tributária incide “sobre situações, fatos ou estados de fato, indicativos da existência de capacidade econômico-contributiva dos sujeitos passivos, os impostos viabilizam a efetivação de inúmeras políticas públicas voltadas à realização de objetivos sociais e econômicos nas mais diferentes áreas da atuação das pessoas físicas e jurídicas”, promovendo ou reprimindo condutas, “estimulando ou dificultando o desenvolvimento de mercados, ensejando ou inviabilizando atos e negócios jurídicos”.⁶³

Portanto, a extrafiscalidade é corolário do Estado Social e tem como objetivo criar condições para que o Poder Público preserve valores importantes da sociedade, cuja realização é de fundamental importância. E mais, as políticas

63 BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e não confisco*. Op. cit., p. 44.

públicas extrafiscais, embora mais próximas à atuação prestacional do Estado, não devem descurar da dinâmica do direito tributário e sua conformação, estando, desta maneira, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Diante da vasta gama de possibilidades de cobrança extrafiscal para a implementação de políticas públicas, passa-se à análise de casos em específico: o primeiro, em relação à contribuição sobre *royalties* para a geração de tecnologia; o segundo, sobre o regime simplificado de tributação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

4.1 Casos específicos de extrafiscalidade como forma de implementação de políticas públicas

4.1.1 Contribuição sobre royalties para a geração de tecnologia

A lei nº 10.168/2000 instituiu Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE – destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação. Esse programa tem por finalidade estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro por meio de programas de pesquisa científica e tecnológica. Tal intento visa acelerar a inovação tecnológica no país, que, ainda hoje, é eminentemente exportador de matérias-primas. A legislação insere-se no rol de políticas públicas com o fito de mobilizar a sociedade para a criação de ambiente favorável para que empresas, universidades, centros de pesquisas e instituições de ensino conjuntamente desenvolvam programas para a inovação tecnológica.

A incidência da referida CIDE dar-se-á sobre pessoa jurídica detentoras de licença de uso ou adquirentes de conhecimentos tecnológicos, bem como sobre aquela que for signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior, nos termos do art. 2º, da Lei nº. 10.168/2000. Além disso, conforme alteração promovida pela Lei nº 11.452/2007, essa contribuição não incidirá sobre remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.

Conforme o §2º, do art. 2º, da lei sob análise, a CIDE incidirá sobre pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. Este dispositivo constitui, em verdade, modelo inibidor de aquisição de tecnologia estrangeira, como forma de privilegiar a tecnologia nacional.

A CIDE incidirá à base de 10% (dez por cento), de acordo com o § 4º, da Lei nº.10.168/2000, sendo devido sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, para residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações assumidas nos termos do §2º, visto acima.

Os recursos captados serão destinados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, com o fim de custeio de diárias, passagens, material de consumo, investimentos, obras civis, instalações, equipamentos e outros itens necessários ao desenvolvimento de programas em parceria entre empresas e instituições de ensino para a inovação tecnológica no país.

Essa lei, recentemente, passou pelo crivo do STF, num processo interpartes⁶⁴, no qual uma empresa de motosserras arguiu violação de diversos princípios constitucionais, entre eles o da livre iniciativa, o da livre concorrência e o da propriedade. Na realidade, como já referido, esta é uma hipótese de colisão entre princípios, que deve ser subsumida pela técnica de ponderação de valores, hipótese em que o STF entendeu ser mais relevante, na situação em concreto, o princípio do desenvolvimento tecnológico do país. Além disso, em termos formais, foi alegada a inconstitucionalidade da lei que instituiu a CIDE por não se tratar de lei complementar. Tal alegação também não obteve êxito, pois entende a Corte ser “dispensável a edição de lei complementar para a instituição desta espécie tributária”.⁶⁵

64 Recurso Extraordinário nº 492.353 AgR/RS, com a seguinte ementa: “DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR E VINCULAÇÃO À ATIVIDADE ECONÔMICA: DESNECESSIDADE. ARTS. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, DA CF/88: OFENSA INDIRETA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que é constitucional a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei nº. 10.168/2000 em razão de ser dispensável a edição de lei complementar para a instituição dessa espécie tributária, e desnecessária a vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. Precedentes. 2. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa – podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. 3. O fato de a decisão ter sido contrária aos interesses da parte não configura ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LEI-010168&base=baseAcordaos>>

65 Recurso Extraordinário n. 492.353 AgR/RS, relatado pela Ministra Ellen Gracie, com julgamento em 22/02/2011, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620560>>.

4.1.2 Regime de tributação simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte

No art. 146, inciso III, alínea “d”, da CF⁶⁶ há previsão de possibilidade de lei complementar instituir regime tributário diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte. Esta forma diferenciada de tributação objetiva conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III da Constituição da República, por meio de aplicação extrafiscal de tributação como instrumento do desenvolvimento nacional e da superação de desigualdades sociais.

Atualmente, este dispositivo é regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o qual possui uma série de instrumentos para operacionalizar o mandamento constitucional, com destaque para o regime único de arrecadação de tributos – conforme o art. 1º, inciso I, da Lei nº. 123/2006 – e o acesso ao crédito e ao mercado, inclusive com preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, nos termos do art. 1º, inciso III, da referida Lei Complementar.

A respeito da constitucionalidade dessa lei, já se manifestou o STF no sentido de que não é possível vislumbrar

ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do simples aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.⁶⁷

5 Considerações finais

Diante do exposto tecem-se as seguintes e breves conclusões:

1. A extrafiscalidade é expediente de natureza notadamente tributária cuja finalidade é diversa da incidência tributária de natureza fiscal, que tem por objetivo

66 Conforme o art. 146, III, d, da Constituição da República: “Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239”, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Constitucao.htm>. Acesso em: 28 jun.2011.

67 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.643, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, julgamento em 5-12-2002, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516889>>, Acesso em: 28 jun.2011.

operacionalizar os direitos e as garantias fundamentais postulados na Constituição, por meio de diversas técnicas, tais como benefícios fiscais e isenções ou alíquotas severas com intuito de inibir determinadas atividades ou setores econômicos.

2. Juridicamente falando, política pública é toda atuação estatal visando atingir a finalidade pública. O Estado Democrático de Direito, tal como se apresenta no Brasil contemporaneamente, exige não apenas uma atitude negativa estatal, mas também, e ao mesmo tempo, um Estado que providencie meios para prover os direitos constitucionalmente assegurados.

3. Nesse contexto, a extrafiscalidade é um dos expedientes de que se pode valer o Poder Público para implementar políticas públicas, seja para regular determinado setor da econômica, seja para fomentar determinado setor econômico ou atividade, seja para prover meios para garantir a saúde pública.

4. Como exemplo desse tipo de prática pela Administração, apresentamos a Lei nº 10.168/2006, que dentre outras disposições, prevê a imposição de uma CIDE sobre tecnologia adquirida no estrangeiro, como forma de fomentar a inovação tecnológica no território nacional, bem como a utilização dos recursos arrecadados para a criação de programas entre empresas e instituições de ensino para a inovação tecnológica.

5. Finalmente, o último exemplo, no qual a Lei Complementar nº 123/2006 instituiu um regimento diferenciado e mais facilitado para as microempresas e empresas de pequeno porte, como forma de efetivar os objetivos constitucionais definidos nos incisos II e III da Constituição da República.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed, 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, jan.-mar., 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e fiscalidade*. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

BOFF, Salete Oro. *Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, disponível no sítio do planalto, em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24 ed., rev., ampl. e atualizada até à Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Artigo disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso&cu serID=-2>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A Constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, Salvador, n. 19, set-nov, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-REGINA%20NERY.pdf>>

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público*. São Paulo: Ministério Público do Trabalho da 2ª Região – Centro de Estudos, 1995.

GOUVEA, Marcus Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18 ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Sistema Tributário na Constituição de 1988: tributação progressiva*. 2. ed., rev. e atualizada até a EC 47/05. Curitiba: Juruá, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direitos à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v.6, n.25, jul. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MÉLEGA, Luiz. *Uma introdução à ciência das finanças*. 5. ed., atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5. ed., reescrita e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 492.353 AgR/RS, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620560>>.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516889>>.

TEIXEIRA, Celso Elenaldo. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na formação da realidade. Artigo disponível em: < http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf>.

TESOURO NACIONAL. Execução Orçamentária dos Estados (1995-2009), disponível em: http://www.resouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/index.asp, acesso em 14 de junho de 2011.

Recebido em 27/07/2011

Aceito para publicação em 22/11/2011

DIREITO DE GREVE NO BRASIL E NO CHILE, UM COMPARATIVO NORMATIVO

STRIKE RIGHT IN BRAZIL AND CHILE: A NORMATIVE COMPARISON

Patrícia Fontes Marçal¹

Sumário

1. Introdução. 1.1. Origem da palavra greve. 1.2 . Conceito de greve. 2. Histórico da greve no Brasil. 2.1 A greve nas Constituições Brasileiras. 3. Lei de greve – Lei 7.783/89. 4. Greve nas atividades essenciais. 5. Lockout (locoute). 6. Direito de greve no Chile. 6.1. Restrições normativas ao direito de greve no Chile. 6.2. Alcance e finalidades do direito de greve. 6.3. Regulamentação do exercício de greve: Procedimento. 6.4. Regras para o procedimento. 6.5. Greve nos serviços essenciais no Chile. 6.6. Substituição de trabalhadores na greve. 6.7. O direito de greve e a seguridade do Estado Chileno. 6.8. Restrições institucionais ao Direito Fundamental de Greve; 6.9. A Corte Suprema Chilena e a substituição de empregados na greve. 6.10. A Controladoria Geral da República e os serviços essenciais: caso das empresas Sanitárias; 6.11. A greve e conflito laboral. 6.12 A passividade do governo e o direito de greve. 7. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 1.1. Origin of the word strike. 1.2. Strike concept. 2. Strike History in Brazil. 2.1. strike in Brazilian constitutions. 3. Strike law – Law 7.783/89. 4. Strike on essential activities. 5. Lockout. 6. Strike right in Chile. 6. Normative restriction to strike right in Chile. 6.2. Reach and purposes in strike law. 6.3. strike exercise regulation: Procedures. 6.4. Rules for procedure. 6.5. Strike on essential services in Chile. 6.6. Workers substitution during strike. 6.7. strike right and Chile security. 6.8. Institutional restrictions to the fundamental right to strike. 6.9. Chilean Supreme Court and the employee substitution during a strike. 6.10. General Republic Controller and essential services: sanitary companies case. 6.11 Strike and labor conflict. 6.12. Government passivity and strike right. 7. Finals remarks. References.

¹ Graduada pela UNB. Professora do ESADE, Pesquisadora de Grupos de Pesquisa na PUC – RS, autora de diversos livros.

Resumo

O presente trabalho tem como enfoque estabelecer um estudo comparativo entre o Direito de Greve no Brasil e no Chile. No nosso país observa-se, que desde o advento da Constituição de 1988 e, com a regulamentação dada pela Lei nº. 7783/89, ficou determinado o direito de greve aos trabalhadores como um direito também fundamental para o pacto laborativo, sendo que, na prática, muita coisa ainda deve ser assentada. No Chile, por sua vez, o direito de greve é um determinante para a estruturação dos direitos fundamentais, embora tenha sido cobrada por organizações internacionais sua efetivação, tendo em vista a aplicabilidade sem observância a alguns preceitos normativos e a opressão patronal que ainda predomina na relação obreira, seja pelo percurso histórico de ditadura, seja pelo amadurecimento da democracia recente. Por esta e outras é que passamos a dissertar acerca dos temas e estabelecer parâmetros de diferenciação, não só com o intuito crítico acadêmico, mas com o objetivo de levantarmos dados para um mundo mais harmônico, fraterno e com o respeito aos direitos fundamentais assegurados e, principalmente, para um trabalho digno como valor da pessoa humana para sua existência na terra.

Palavras-chave: Greve. Movimento paredista. Direitos

Abstract

This paper concerns to settle a comparing study between the law about the work stoppage in Brazil and Chile. In Brazil the 1988 Brazilian Constitution and the Law number 7783/89 which fixed the rights about strike as a fundamental right for the labor relationship but many rights aren't respected as they should. In Chile, on the other hand, the rights for strike are necessary for the concept of the fundamentals rights. Although international organizations demand substantially applicability of the laws necessary labor relationship the Government in Chile still does observe the value of this right and the pressure of the boss still prevails in the relationship with employee, for the long dictatorship and the recent democracy do not applying the laws as it should be done to effective labor rights. These are the reasons for this study and also to establish a difference between both Countries, not only as a critical academic research but also to share data for a world with more respect and to assure the fundamental rights for work dignity as a value for the human being.

Key-words: Law. Rights. Strike. Work stoppage.

1 Introdução

Neste primeiro momento iremos abordar quanto aos temas que regem a greve no Brasil, a Constituição Federal e a Lei nº. 7783/89 aplicável no ordenamento nacional e suas características e estruturação. Faremos uma análise dos conteúdos e aplicabilidade da norma no ordenamento jurídico nacional e, ainda, definiremos suas origens e história rumo à efetivação da aplicabilidade do direito fundamental de greve no nosso país.

1.1 Origem da palavra greve

A palavra origina-se do francês *grève*², com o mesmo sentido, proveniente de uma praça na França, em Paris que se chamava *Place de Grève*, e que ficava localizada na margem do Sena. Também lá foi um lugar de embarque e desembarque de navios e, depois, local das reuniões de desempregados e operários insatisfeitos com as condições de trabalho. Muitos empregados que eram dispensados de seus ofícios acabavam se juntando na *Place de Grève* para reuniões e discussões acerca do momento laboral. O termo *grève* significa, originalmente, “terreno plano composto de cascalho ou areia à margem do mar ou do rio”, onde se acumulavam inúmeros gravetos. Daí o nome da praça e o surgimento etimológico do vocábulo, usado pela primeira vez no final do século XVIII.

1.2 Conceito de greve

A greve nada mais é do que a busca mais eficaz dos interesses da classe trabalhadora no sistema laboral. É a forma de obtenção dos reclames da classe trabalhadora. Segundo o artigo 2º da Lei nº. 7783/89, é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Pode-se definir também à luz da amplitude a ela conferida pelo artigo 9º da Constituição do Brasil, na qual seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregados ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos³. Como características que definem o movimento paralista verifica-se o caráter coletivo do movimento, da suspensão provisória de atividades laborativas como núcleo desse movimento, o exercício direto de coerção. Sendo a greve objeto de autotutela, é instrumento direto das próprias razões efetivado por um grupo social, em outras palavras, conforme Godinho⁴, é o direito de causar prejuízos”, do enquadramento variável de seu prazo de duração.

A paralisação coletiva da força de trabalho era um modo para pressionar a classe patronal a posicionar-se nas negociações. É um instrumento essencial na luta de classes. A natureza jurídica determina tratar-se de um direito potestativo coletivo amparado por lei. Potestativo, pois o objeto do direito de greve é a sua realização. Coletivo, pois é no grupo que o exercício do direito de greve alcançará seu objetivo final. Quanto às vedações legais, é um instituto de natureza híbrida,

2 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. Ed. São Paulo: Atlas, p. 857

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR. 2009

4 Idem p. 1297.

uma vez que o direito de greve é concedido a determinadas classes de trabalhadores, mas não a todas. Exemplo: magistrados e funcionários públicos estão proibidos, somente funcionário público celetista. A finalidade é a obtenção da concessão dos direitos sociais dos trabalhadores, como acréscimo salarial.

A Organização Internacional do Trabalho na Convenção nº. 87 considera o direito de greve um corolário da liberdade sindical. Para Mauricio Godinho⁵, a greve é um mecanismo de auto-tutela de interesses e exercício direto das próprias razões, acolhido pela ordem jurídica.

2 História da greve no Brasil

Em 1888, com a extinção da escravidão fundou-se a Imperial Sociedade de Artistas, Mecânicos e Liberais, no Recife, criando-se o Partido Operário que em 1892, que já reivindicava sufrágio livre e universal, salário mínimo, jornada de 8 horas e a proibição do trabalho para menores de 12 anos. No ano 1890 com o surgimento do Código Pena, ficou tipificada a greve como ato ilícito, mas não durou muito. A greve se apresentou em São Paulo, Santos e no Rio de Janeiro, contra as injustiças sociais. A *Enciclica Rerum Novarum* posicionou-se contra os ideais marxistas, mas aceitou o sindicalismo como forma de defesa da opressão do patronato. Papa Leão XII afirmava que os grevistas eram elementos perniciosos que poderiam corromper os bons trabalhadores e ameaçar patrões na perda de sua propriedade privada. Na Primeira Guerra Mundial, começa a crescer a indústria e com isto novas reivindicações por parte dos trabalhadores. No ano de 1917, surgem greves em São Paulo e em Porto Alegre. Formou-se a Liga de Defesa Popular, que prelecionou:

- a) diminuição dos preços dos gêneros de 1ª necessidades;
- b) estabelecimento de um matadouro municipal que fornecesse carne para a população a preço razoável;
- c) mercados livres nos bairros operários;
- d) obrigatoriedade de venda do pão a peso e fixação semanal do preço do quilo;
- e) aumento salarial na base de 25%;
- f) jornada geral de 8 horas;
- g) jornada para mulheres e crianças de 6h.

Ocorrem, nessa época, outras greves, como no Rio de Janeiro com 50.000 operários⁶, passeatas com força policial. No Recife, entra em Greve o Sindicato

⁵ Idem p. 1289

⁶ Idem p. 1289

dos Ofícios Vários. Em 1930, Getúlio cria o Ministério do Trabalho e assina a Lei da Sindicalização que visava controlar o operário e suas ideologias. Bloqueou a luta de classes. Dessa época até 1945, implantou-se o modelo sindical brasileiro, de caráter corporativo-autoritário. No ano de 1932, ocorrem mais de 200 greves no Brasil. Em 1940, foi instituído o salário mínimo. Em 1942, foi Instituído o imposto sindical. Em 1964, fica declarada ilegal qualquer manifestação grevista. Nessa época, mais de 2.000 líderes grevistas foram presos. As greves no Brasil foram proibidas no período militar, os chamados anos de chumbo, nos anos de 1964-1985. No entanto, houve paralisações nesse período, como as famosas greves de Contagem (MG) e Osasco (SP), em 1968, e as greves do ABC, no final da década de 70. A greve atualmente é um dispositivo democrático assegurado pelo artigo 9º da Carta Magna.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Observa-se que, com a mudança do ambiente laboral foi surgindo a necessidade de novas regulamentações e, estas só foram possíveis com as reivindicações obreiras por meio do instrumento de greve, mesmo que, muitas consideradas ilegais, até por falta de lei que previsse o instituto.

2.1 A greve nas constituições brasileiras

A Constituição Monárquica de 1824 não se manifestou sobre a greve. A Constituição Republicana de 1891⁷ também nada disse acerca do tema, mas o Código Penal vigente considerava delito punível de 1 a 3 meses de reclusão. A Constituição Federal de 1934 também não se manifestou sobre a greve, embora, nessa época muitos direitos trabalhistas foram assegurados, como salário mínimo, férias etc. Em 1937, a Constituição a considerada ilícita e nociva a Nação. Já em 1946, a greve volta a ser permitida, assim como o *lockout*; entretanto, atividades essenciais não podem entrar em greve. Na Constituição de 1967, ocorre a proibição de greve, considerada atentatória à segurança nacional e, finalmente na atual Carta Magna, de 1988 surge a Lei de greve nº. 7.783/89. A greve volta a ser permitida e regulamentada como instrumento de defesa do trabalhador, exceto para os servidores civis e militares e magistrados, por falta de lei regulamentadora.

7 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho* 22.. ed. São Paulo: Atlas, p. 854

3 Lei de greve – Lei nº 7.783/89

Conforme o artigo 2º da Lei, a greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial de prestação pessoal de serviços a empregador.

Assinala também o artigo 9º da CF que:

É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

A Lei atribui algumas características à greve, que são elas:

Coletiva; Sustação provisória de atividades laborativas como núcleo desse movimento; Exercício direto de coerção; Objetivos profissionais; Enquadramento variável de seu prazo de duração (suspensão contratual).

Quanto aos requisitos, a lei determina que, para a legalidade da greve, é necessário que se façam os seguintes procedimentos:

a) negociação coletiva; b) aprovação da respectiva assembleia de trabalhadores; c) aviso prévio. 48h (art. 3º parágrafo único, Lei de Greve. 72 h, artigo 13 (neste caso não se avisa somente ao empregador, mas também ao público interessado); d) Aprovação Assembleia (art. 4º); e) respeito ao atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade.

A Lei de greve nº. 7783/89, estabelece em seu artigo 4º, que:

Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia-geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

O artigo 6º da Lei de greve determina quais são os direitos dos grevistas:

I – emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve; II – a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

Podemos observar que a Lei regulamentadora da greve especifica os direitos, a forma, a oportunidade de exercer, o prazo e outros requisitos fundamentais para a garantia do seu exercício.

4 Greve nas atividades essenciais

Outro ponto a ser visto são as atividades de serviços essenciais. O artigo 10 da citada lei elenca as atividades consideradas serviços essenciais, que terão tratamento específico:

Tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; Assistência médica e hospitalar; Distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; Funerários; Transporte coletivo; Captação e tratamento de esgoto e lixo; Telecomunicações; Guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; Processamento de dados ligados a serviços essenciais; Controle de tráfego aéreo; Compensação bancária.

Outros dispositivos Constitucionais e normativos dispõem sobre o tema, conforme preceitua o artigo 114, § 3º da Carta Política atual, que estabelece em seu bojo:

Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Ainda a OJ-SDC nº 38 assevera que:

Greve. Serviços essenciais. Garantia das necessidades inadiáveis da população usuária. Fator determinante da qualificação jurídica do movimento. É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade, se não assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários dos serviços, na forma prevista na Lei. nº. 7783/89.

A OJ-SDC nº 10 afirma que:

Greve abusiva não gera efeitos. É incompatível com a declaração de abusividade de movimento grevista o estabelecimento de quaisquer

vantagens ou garantias a seus partícipes que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo.

A OJ-SDC nº 11:

Greve. Imprescindibilidade de tentativa direta e pacífica da solução do conflito. Etapa negocial prévia. É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentando, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto.

OJ-SDC nº 12.

Greve. Qualificação Jurídica. Ilegitimidade ativa ad causam do sindicato profissional que deflagra o movimento. Não se legitima o sindicato profissional a requerer judicialmente a qualificação legal de movimento paredista que ele próprio fomentou.

A normatização tem sido intensificada para a garantia do exercício do direito considerado fundamental que é o direito de greve.

5 *Lockout* (locaute)

Para Godinho⁸, o locaute é a paralisação provisória das atividades da empresa, estabelecimento ou seu setor, realizada por determinação empresarial, como o objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores, frustrando negociação coletiva ou dificultando o atendimento a reivindicações coletivas obreiras. Para o autor, trata-se do fechamento provisório, pelo empregador, da empresa, estabelecimento ou simplesmente de algum de seus setores, efetuado com objetivo de provocar pressão arrefecedora de reivindicações operárias. A tipicidade do locaute envolve quatro elementos combinados: paralisação empresarial; ato de vontade do empregador; tempo de paralisação; objetivos por ela visados.

Pela lei de greve citada, o locaute é proibido no nosso país, *ex vi* do artigo 17.

6 Direito de greve no Chile

O Tratado do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais⁹, no art.6º, reconhece o direito ao trabalho. O artigo 7º reconhece uma remuneração que proporcione o mínimo, como um trabalho igual e de igual valor, sem distinção

8 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho* 22. ed. São Paulo: Atlas, p. 1290

9 <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm> Acesso em: 5 jun. 2011.

de nenhuma espécie e condições dignas de existência. O Direito de Greve é tido como um direito fundamental reconhecido pelo artigo 8º, nº 2, do Pacto de Direito Econômicos Sociais e Culturais. A convenção nº 87 OIT, nos seus artigos 3º ao 10º está vigente no Chile desde o ano 2000. Em 2007, a sociedade chilena enfrentou um debate acerca das propostas da Igreja Católica para a fixação de um salário ético embasado: na consciência Cristã do Chile pela qual não se pode ficar indiferente ao sofrimento de tantos homens e mulheres trabalhadores, aposentados que não vivem com dignidade. Com esse debate, criou-se o Conselho Assessor Presidencial de Igualdade e Trabalho cujo objetivo era melhorar a distribuição da renda e as políticas públicas tendentes a esse fim.

Num levantamento feito em 2007 mostrou-se que:

- 40% dos trabalhadores chilenos não creem que se pague o justo em razão do que se faz e o que se ganha não é suficiente;
- 80% dos trabalhadores valorizam muito a negociação coletiva e a liberdade sindical como um mecanismo para reivindicação de seus direitos, eles acreditam que elas servem para relações de trabalho mais justas;
- 77% acreditam que as negociações coletivas trarão melhores salários;
- 62% acreditam que a greve é uma forma de pressão incorreta porque causa dano a economia do país.

Atualmente, o exercício de greve no Chile se encontra num contexto hostil, ou seja, se expressa em múltiplas restrições a esse direito, desde a regulamentação até a jurisprudência. Tudo isso graças ao tratamento que é dado pelos discursos públicos e pelos meios de comunicação. Cerca de 74% dos chilenos acreditam que a greve não tem nenhuma capacidade para influir na remuneração.

6.1 Restrições normativas ao direito de greve no Chile

Quanto às restrições normativas do direito de greve no Chile, o Plano laboral de 1978 (DL nº 2.758/79) pretendia negar o conflito coletivo nas relações laborais, acusando de doutrina marxista. Aduz que a autoridade estatal tem poder para interromper a greve. Trata-se de um ato do poder executivo.

6.2 Alcance e finalidade do direito de greve

A greve no Chile é considerada uma etapa dentro do processo de negociação coletiva regulada pelo Código do Trabalho. O movimento pardiستا

só é permitido após posterior negociação direta das partes e como uma medida de ação direta vinculada única e exclusivamente a negociação ou renegociação de um contrato coletivo. Sem a negociação coletiva, a greve é uma falta disciplinar que possui efeitos contratuais, além do que se pode considerar um delito que configura interrupção ou suspensão coletiva que está prescrito na Lei nº. 12.957/58 – Lei da Seguridade Interior do Estado. A greve no Chile é um direito de finalidade múltipla e de exercício autônomo de seus titulares, restringindo seu alcance à negociação coletiva regulada e dentro do momento previsto pela lei, e deve ser exercida após o fracasso da negociação direta das partes.

A greve não é regulada por lei, portanto, fica na mão dos autores sindicais determinarem qual será o objetivo da greve. Apesar da restrição legal, diversos ordenamentos reconhecem a greve como uma pluralidade de objetivos e finalidades legítimas, tais como a reivindicação salarial, a solidariedade, o cumprimento de contratos coletivos etc. Um modelo contratualista fixa uma única finalidade, que é a negociação ou renegociação de um contrato coletivo. Qualquer greve que não persiga esse objetivo é considerada ilegal. Esse modelo de greve viola a liberdade sindical contemplada pela Convenção nº 87 da OIT em todas as suas dimensões.

Por este motivo, a OIT tem questionado a normativa legal chilena, assinalando que:

A Comissão estima que as organizações sindicais encarregadas de defender os interesses socioeconômicos e profissionais dos trabalhadores deveriam, em princípio, poder recorrer a greve para apoiar suas posições na busca de soluções aos problemas derivados das grandes questões política, econômica e social que têm consequências imediatas para seus membros e para os trabalhadores em geral, especialmente em matéria de emprego, de proteção social e de nível de vida. Ainda, os trabalhadores deveriam poder realizar greves de solidariedade quando a greve inicial for considerada legal.

Demonstra toda esta explanação que os movimentos e ações coletivas, se não se ajustam ao estreito e restritivo marco da lei vigente, são rapidamente desqualificados tanto pela autoridade como pelas empresas, como greves ilegais, relegando a segundo plano o conteúdo dos direitos do movimento.

6.3 Regulamentação do exercício de greve: procedimento

A Constituição Chilena de 1980 não enuncia expressamente o direito de greve; segundo a doutrina nacional, dito direito foi reconhecido como uma garantia constitucional implícita. A Suprema Corte Chilena também admite

implicitamente o direito de greve, apenas proibindo-o para os funcionários do Estado. O Plano Laboral assumiu as limitações do direito de greve, estabelecendo um procedimento restritivo para o exercício desse direito.

6.4 Regras para o procedimento

Quanto às regras para o procedimento do movimento paredista a lei destaca os seguintes:

- a) Oportunidade. Os trabalhadores devem decidir dentro dos últimos 5 dias da vigência do contrato coletivo e dentre 45 dias da apresentação do projeto. A negociação deve ser submetida a uma arbitragem voluntária ou obrigatória.
- b) Declaração. A votação deve ser perante um Ministro de fé de forma pessoal e secreta. O artigo 372 do Código do Trabalho afirma que deve consignar a expressão greve ou última oferta do empregador;
- c) Quórum para aprovação. Maioria absoluta dos trabalhadores;
- d) Prazo para a greve. A greve deve ser efetiva após 3 dias de votada, podendo ser prorrogada de acordo com as partes;
- e) Bons ofícios. Dentro de 48 horas as partes podem requerer os bons ofícios da Inspeção do Trabalho, que é obrigatório para a empresa e para os trabalhadores envolvidos. Este prazo não pode ser superior a 5 dias.

O artigo 373 do Código do Trabalho Chileno assinala que:

A greve deverá ser acordada por maioria absoluta dos trabalhadores da respectiva empresa envolvida na negociação. Se não tiveram o quórum se entenderá que os trabalhadores aceitam a última oferta do empregador.

O artigo 374 do Código do Trabalho Chileno afirma que:

Acordada a greve, esta deverá ser efetiva do início da respectiva jornada do terceiro dia após sua aprovação. Este prazo poderá ser prorrogado por acordo entre as partes, por outros 10 dias. Se a greve não se efetivar na oportunidade indicada, se entendera que os trabalhadores da empresa respectiva desistiram dela e por consequência aceitaram a última oferta do empregador.

Para a OIT, os trabalhadores não deveriam perder seus direitos de recorrer a greve por não torná-la efetiva dentro de 3 dias de declarada. Esse sistema

qual possui dupla votação, primeiro no momento de votar a greve e, depois no momento de torná-la efetiva, é um trabalho desnecessário que leciona a autonomia sindical e debilita o exercício de direito de greve.

6.5 Greve nos serviços essenciais no Chile

O artigo 384 do Código do Trabalho admite que:

Não poderá declarar a greve os trabalhadores das empresas que:

- a) atendam serviços de utilidade pública;
- b) cuja paralisação por sua natureza cause grave dano à saúde, ao abastecimento da população, à economia do país e à seguridade nacional.

Nesses casos, se não houver acordo entre as partes no processo de negociação coletiva, proceder-se-á a arbitragem obrigatória nos termos estabelecidos pela lei. Em uma resolução conjunta os Ministros do Trabalho e Previdência Social, Defesa Nacional e Economia, Fomento e Reconstrução, no mês de julho, de cada ano, assinalarão as empresas que se encontram nas atividades essenciais. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas assinalam que os serviços essenciais não estão bem definidos no artigo 384 do código do Trabalho. Isto significa que a OIT entende que as atividades essenciais devem estar definidas na Lei e não na mão de autoridades governamentais.

Admite que o artigo 384 do Código do Trabalho vulnera o princípio da essencialidade, pois regula um direito constitucional, sem que se respeite o conteúdo essencial, ao permitir, sem limitação alguma, sua completa supressão por uma resolução administrativa, e vulnera ao mesmo tempo, o direito ao devido processo legal, porque a norma legal não entrega, com as garantias do caso, dita determinação aos Tribunais de Justiça senão a uma autoridade administrativa, ou seja, a três Ministros de Estado.

A Constituição chilena de 1980, assinala que a lei fixará um procedimento para determinar as empresas que atendem serviços essenciais, e o artigo 384 não contempla tal procedimento. O Tribunal Constitucional Chileno assinala que esta norma legal padece de grande vício de constitucionalidade, uma vez que deixa nas mãos de autoridades administrativas a existência de direito fundamental de greve, cuja resolução administrativa não limita, mas priva aos trabalhadores de seus direitos, sem que o citado preceito estabeleça o devido processo para que os trabalhadores afetados exerçam as mínimas garantias do processo legal, de um juiz imparcial etc.

O Sindicato do Grupo Enersis S.A, Chilectra S.A. e outras filiais interpueram um recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade contra o artigo 384 do Código do Trabalho. As razões arguidas foram que havia a privação de um direito fundamental por uma autoridade administrativa, sem respeito ao devido processo legal. O recurso foi declarado inadmissível pelo Tribunal Constitucional, por estar sem fundamento razoável.

6.6 Substituição de trabalhadores na greve

O artigo 381 do Código do Trabalho afirma que os trabalhadores mantêm nominalmente seu direito de greve, exercida a faculdade de substituição por parte do empregador. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem sustentado a preocupação com o artigo supramencionado. Com a atual democracia, se tem reconhecido sigilosamente que a substituição de trabalhadores lesiona o direito fundamental de greve; então a Lei nº 20.123, Lei da Subcontratação, tem proibido essa forma de ilegalidade do trabalhador na greve.

6.7 O direito de greve e a seguridade do Estado Chileno

A Lei nº 12.597, Lei sobre a Seguridade Interior do Estado, estabelece a greve como um delito, assim determina:

Art.11 – Toda interrupção ou suspensão coletiva para a greve de serviços públicos ou de utilidade pública, ou em atividades de produção, do transporte ou do comércio, produzindo, sem sujeição às leis e que produzam alterações de ordem pública ou perturbações nos serviços de utilidade pública ou de funcionamento legal obrigatório ou dano a qualquer das indústrias vitais, constituem delito e será castigado com prisão ou detenção menores em graus mínimo ou médio.

Trata-se de um total despropósito legislativo criminalizar as greves. Disposição legal injustificável no estado atual de direito internacional, onde a greve é um direito fundamental. Trata-se de um direito dirigido a sancionar greves ilícitas que buscam criminalizar a dissidência política laboral. Ao finalizar a ditadura militar no Chile, a Corte Suprema revogou uma decisão da Corte de Apelação de Santiago que condenava os dirigentes sindicais Manuel Bustos e Arturo Martinez à detenção de 541 dias. Para evitar outros danos como este, a OIT reiteradamente tem solicitado ao Chile a derrogação da norma legal em questão. Embora tenha havido diversas petições da OIT, o governo do Chile nada tinha feito a respeito.

6.8 Restrições institucionais ao direito fundamental de greve

O sistema institucional para a aplicação do direito fundamental de greve é muito precário uma vez que limita o seu exercício. Não há uma proteção diante das condutas empresariais que violentam o direito de greve, derivadas da inexistência de um mecanismo de tutela judicial. Sendo assim, esse modelo:

a) não contempla a greve como um direito fundamental protegido por ação de proteção, uma vez que priva os trabalhadores da principal ferramenta processual prevista no nosso sistema jurídico para a tutela desse tipo de direito. E, isso contrasta com os direitos fundamentais que, eventualmente, poderiam ver-se confrontado com a greve, como a propriedade e a livre iniciativa econômica;

b) radicar a proteção da greve em um plano legal por via de ação de denúncia de práticas antisindiais, submetendo sua tutela a um procedimento ordinário, procedimento este previsto no artigo 292 do Código do Trabalho.

Por tratar-se de um direito fundamental que se exerce dentro do contexto de um conflito laboral de natureza transitória, com prazos pautados pela própria lei, como ocorre, precisamente, com a negociação coletiva regulada, é essencial, para sua devida proteção, que o mecanismo institucional de tutela de dito direito seja particularmente rápido e sumário. A inexistência de uma ação de proteção constitucional, com as garantias de velocidade que importa, e o reenvio à proteção legal através de uma ação ordinária, de conhecimento, significam que, as condutas empresariais lesivas do direito à greve logram menos efeito se não receberem repressão jurídica significativa.

Um caso exemplar é a substituição de empregados por parte do empregador em tempos de greve. Dita ação, na prática priva ilegalmente de toda consequência ao direito de greve. Permitir ao empregador com infração da lei seguir funcionando com normalidade somente poder ser reprimida juridicamente pela via de uma denúncia de práticas desleais na negociação coletiva. Trata-se de uma consequência do ato lesivo da greve, que tem produzido todos os seus efeitos. Os piores efeitos são a falta de respeito a greve, uma vez que nunca se restabelece o exercício do direito afetado. As denúncias por práticas desleais na negociação coletiva terminal, muito depois das lesões que se produzem, assim como as condenações são meramente simbólicas, porque a sanção consiste fundamentalmente em uma multa. Mesmo assim, o montante da multa é consideravelmente baixo para o resguardo e a tutela de um direito fundamental que é o de Greve no Chile.

6.9 A corte suprema chilena e a substituição de empregados na greve

As restrições institucionais ao direito de greve se têm agravado pelas decisões da Suprema Corte Chilena. Uma delas é a substituição ilegal de empregados na

greve, considerada uma conduta ilícita no artigo 381 do Código do Trabalho. O principal problema jurisprudencial é entender o que é a substituição ilegal de trabalhadores na greve. Pergunta-se se são trabalhadores contratados externamente ou mobilidade dos trabalhadores internos da própria empresa?

Recentemente, a Suprema Corte Chilena considerou que uma empresa de transporte interurbano que substituiu trabalhadores em greve “mediante substituição por outros empregados da mesma empresa” não infringiu a lei, pois não produziu a figura estipulada pelo artigo 381 do Código de Trabalho que é a prática desleal.

6.10 A Controladoria Geral da República e os serviços essenciais: caso das empresas sanitárias

Em 21 de agosto de 2007, a Controladoria Geral da República declarou como não ajustada ao direito Resolução 35.06 do Ministério do Trabalho, Economia e Defesa que excluiu a empresa de serviços sanitários da lista de trabalhadores que de acordo com o artigo 384 do Código do Trabalho Chileno, estavam impedidos de exercer o direito de greve.

A justificação legal é de que este órgão de controle informou que a empresa não pode declarar greve, tendo em vista seus serviços essenciais de utilidade pública.

Essa argumentação fere a letra da lei.

Tanto a OIT como o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão sendo questionados quanto a essa restrição ao direito fundamental da greve, prevista no artigo 384 do Código do Trabalho Chileno.

Os trabalhadores das empresas elétricas recorreram desta decisão nos Tribunais de Justiça, em 2007, sustentando que suas empresas deveriam ser excluídas da lista elaborada pelos Ministérios e assinalando que deveriam exercer o direito de greve.

A Corte de Apelação de Santiago, em 22 de outubro de 2007, rechaçou o recurso de proteção interposto pelos trabalhadores sustentando que: “Precisamente em virtude do artigo 384 do Código de Trabalho Chileno os três Ministros ditaram a Resolução nº 30 de 27/07/2007 objeto de ação constitucional.” Portanto, não poderiam qualificar a greve de ilegal, uma vez amparada por uma disposição de leis como o Código do Trabalho.

Os Trabalhadores recorreram à Corte Suprema, mas o recurso não foi sequer conhecido. Atualmente, o artigo legal deixa brecha para os ministros decidirem quais empresas estão excluídas do direito de greve.

6.11 A greve e o conflito laboral

As restrições normativas e institucionais recém-apontadas sobre o direito de greve se produzem dentro de um contexto social caracterizado por uma significativa e permanente hostilidade ao exercício de greve proveniente, fundamentalmente, do discurso público e, em particular, derivado dos meios de comunicação social. Esses meios tratam a greve como uma questão de alteração da ordem pública, reforçando uma percepção social estereotipada e negativa sobre o direito de greve. O discurso público feito em relação à greve desvincula do contexto de negociação econômica e salarial e se vincula ao conflito laboral, trazendo uma ideia explicitamente negativa de juízo de valor dominante de que o conflito laboral é um modo ilegítimo de reivindicação de direitos dos trabalhadores. Assim, torna-se uma forma de hostilizar o exercício do direito de greve pelos discursos públicos.

Houve um grande aumento no número de greves ilegais¹⁰. A porcentagem de greves ilegais é de 45,5%, no ano de 2007, contra 46% de greves legais. No ano de 2007, se efetuaram as mesmas greves ilegais desde o retorno da democracia. É possível assinalar que no Chile existem vários setores de atividade produtiva ou comercial que têm um número mínimo de greves em relação com o número de trabalhadores que emprega, dando conta que para estes trabalhadores a greve é um direito praticamente inexistente.

6.12 A passividade do governo e o direito de greve

O Governo Chileno reconhece como grave o problema da igualdade das relações laborais, expressado fundamentalmente em baixos salários, e criou um Conselho assessor sobre a matéria, demonstrando que tem feito muito pouco para remover as numerosas batalhas normativas que impedem ou dificultam o direito de greve. Direito esse reconhecido pela comunidade internacional com um dos princípios fundamentais para expressar e canalizar a demanda de igualdade e melhores salários. A atitude passiva do governo não mudou ante a solicitação direta de organismos especializados como a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturas da ONU e da Comissão Internacional da OIT, que tem solicitado a remoção das restrições legais e normativas explicadas. Cabe consignar que o Governo do Chile, através do Ministério do Trabalho, não respondeu à consulta efetuada pelos consultores destes órgãos internacionais. Até o momento, não houve nenhuma medida de ação por parte do Governo Chileno para fortalecer o direito de greve, nem para a remoção das restrições solicitadas pelos organismos

10 http://sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11%3Ael-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3%3Ainformacion-de-utilidad&Itemid=1 Acesso em: 5 jun.2011.

internacionais. Apesar da passividade, algumas Convenções foram ratificadas pelo Governo chileno:

- Convenção n. 11 - Direito de associação na agricultura;
- Convenção n. 87 - Liberdade Sindical;
- Convenção n. 98 - Direito de sindicalização e de negociação coletiva;
- Convenção n. 135 - Os representantes dos trabalhadores;
- Convenção n. 151 - Relação de trabalho na Administração Pública.

Embora o Chile tenha suas Convenções, ainda é cediça a participação de organizações internacionais para a efetiva aplicabilidade das mesmas.

7 Considerações finais

O que se pode observar da análise dos países estudados é que, no Brasil, a regulamentação da Greve já é edificada desde 1988, com o advento da nova Carta Magna e, em 1989, com regulamentação da Lei própria de nº 7783/89, – Lei de Greve, que estabeleceu os requisitos para a declaração do movimento paretista nacional, de forma legítima. Tendo uma normatização e um Sindicato atuante no exercício do direito de greve, resta claro o caráter democrático e social que é exigido para a configuração do exercício de aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana e de outros princípios e direitos fundamentais, erradicando, assim, as possíveis violações que possam advir da relação obreira e da opressão patronal.

No Chile, o direito de greve é parte do catálogo dos direitos fundamentais reconhecidos por tratados internacionais ratificados pelo País e que se encontram vigentes. Entretanto, ainda existem obstáculos para seu real reconhecimento e eficácia jurídica e social. Devem-se remover, ainda, numerosos obstáculos normativos que impedem ou dificultam o direito de greve. Direito este reconhecido pela comunidade internacional como um dos meios fundamentais para expressar e canalizar essa demanda de igualdade e melhoria salarial.

O Governo Chileno possui uma atitude passiva diante do fato, apesar dos apelos internacionais. Por um lado, o Governo planeja fortalecer o direito fundamental de greve como elemento central de uma sociedade democrática. O propósito dos direitos laborais é, fundamentalmente, reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana e coletiva que reclama por uma sociedade mais justa. Esses direitos são aspirações morais e são reconhecidos pelo direito internacional, mas o Governo Chileno ainda reluta em exercê-los juridicamente e, portanto, cumprir com o compromisso social e democrático que se exige nos dias de hoje.

Referências

CARVALHO, Augusto César Leite. *Direito individual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR. 2009.

MARÇAL, Patrícia Fontes. *Direito do trabalho: curso didático*. Brasília: Vestcon, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STURMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Recebido em 26/04/2011

Aceito para publicação em 05/06/2011

O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: UM ENFOQUE CRÍTICO

CONTEMPORARY BRAZILIAN STATE MODEL:
A CRITICAL APPROACH

Priscila Sparapani¹

Sumário

Introdução. 1. O Estado moderno: evolução. 1.1. Estado absolutista. 1.2. Estado liberal. 1.3. Estado Social. 1.4. Estado subsidiário. 2. As mudanças do papel do Estado e a alternância do poder ao longo da era moderna. 3. O modelo de Estado brasileiro contemporâneo: um enfoque crítico. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Summary

Introduction. 1. The modern State: evolution. 1.1. Absolutist state. 1.2. Liberal State. 1.3. Social State. 1.4. Subsidiary State. 2. contemporary Brazilian State model: A critical approach. 3. The contemporary Brazilian state model: a critical outlook. 4. Final remarks. References.

Resumo

Na análise da situação do Estado Brasileiro contemporâneo é possível verificar que, na tentativa de atribuir ao Estado social uma concepção antidemocrática, elege-se o Estado subsidiário como a manifestação do verdadeiro Estado Democrático de Direito. Contudo, o verdadeiro intento desse discurso que privilegia as forças do mercado e da livre iniciativa está em minar a força do Estado social, com o fim de aumentar a exclusão social. No entanto, em nosso país, persiste a necessidade da intervenção estatal para amenizar os problemas das classes menos favorecidas. E, apesar da reforma dos anos 90 tornarem contemporânea a forma de Estado social com certas diretrizes do Estado subsidiário ou neoliberal, tal evento não transformou o Brasil nesse último, coexistindo, nos dias de hoje, a mescla do Estado garantidor dos direitos sociais com o Estado fomentador e regulador. Palavras-chave: Estado moderno. Estado social. Neoliberalismo.

1 Mestre e doutoranda em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora da Faculdade de Direito de São Bernardo de Campos-SP, Advogada.

Abstract

From the analysis of the current Brazilian State situation it is possible to verify that by attempting to give the social state an anti-democratic conception, the subsidiary State is elected as the voice of true democratic state of law. However, the true intent of this speech that privileges market dynamics and enterprising is to undermine the strength of the welfare state in order to increase social exclusion. But, in our country, there is a remaining need for government intervention to relief the issues of the underprivileged classes. And despite the rework of the 90's to make the welfare state contemporary with certain guidelines of the subsidiary or neoliberal State, such event does transform Brazil into the aforementioned neoliberal state, still coexisting nowadays, the mix of a state that secures social rights with regulatory State that stimulates its economy.

Key words: Modern State. Social State. Neoliberalism.

Introdução

Para iniciar o exame do Estado contemporâneo partir-se-á de um corte metodológico bastante importante para melhor compreensão do assunto, qual seja: o paradigma do Estado moderno. Parte-se deste ponto com a finalidade de se conhecer o Estado da era moderna, desde sua origem até os dias atuais, na medida em que toda esta sistematização será fundamental para contextualizá-lo e permitir o exato entendimento dos aspectos sociais, políticos e econômicos que influenciaram nas mudanças dos modelos do ente estatal nos diversos períodos², o que facilitará a apresentação de comentários críticos ao papel do Estado, em especial no cenário brasileiro hodierno (conforme será visto no item 3).

Na esteira do que se propõe, em razão do fato de que o Estado é fruto de uma evolução histórica que conjuga diversos fatores, será ele melhor compreendido se o início de sua abordagem revelar o panorama encontrado anteriormente ao nascimento do Estado moderno, que bem reflete a razão de sua instituição, além de revelar, igualmente, o motivo do surgimento do absolutismo monárquico.

2 Dalmo de Abreu Dallari, apoiando-se em lição de Anderson Menezes ensina que “[...] os tipos estatais não têm um curso uniforme, muitas vezes exercendo influência em períodos descontínuos. Não se pode, assim, dispor cronologicamente, em ordem sucessiva apoiada na História, os exemplares de Estado que tenham realmente existido uns após os outros. Habitualmente, para efeitos didáticos, faz-se a diferenciação entre diversas épocas da história da Humanidade, em sucessão cronológica, evidenciando as características do Estado em cada época. Isso, entretanto, deve ser feito para melhor compreensão do Estado contemporâneo, servindo ainda como um processo auxiliar para uma futura fixação de *tipos de Estados*”. (*Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60).

1 O Estado moderno: evolução

1.1 Estado absolutista

O panorama anterior ao nascimento do Estado moderno refletia um período permeado por instabilidade política, lutas sociais, conflitos entre o Sacro Império Romano-Germânico e a Igreja Católica, guerras internas e externas (estas ligadas às invasões bárbaras) que geravam dificuldade de desenvolver o comércio, sujeição e submissão da camada mais pobre da população aos senhores feudais, e múltiplos centros de poder³. O quadro era de insegurança permanente, que só gerava prejuízo para a vida econômica e social⁴.

Contudo, essa sensação de incerteza constante, permeada por lutas e conflitos, não tardaria a aproximar-se do seu limite, pois os integrantes da sociedade feudal (clero, senhores feudais e servos) estavam cansados de viver neste eterno estado de beligerância. Diante deste cenário, ganhava espaço a ideia de que, para pôr fim aos conflitos, era necessário concentrar o poder político. Despertava a consciência de que era preciso buscar a unidade, e que, para tanto, dever-se-ia unir forças para combater a poliarquia medieval.

O resultado desse processo de busca da unificação concretizar-se-ia, afinal, “com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma delimitação territorial”⁵, identificado na figura do monarca. Entretanto, para ascender à suprema posição almejada, os reis precisavam impor aos seus adversários a sua autoridade, tanto no plano interno quanto no externo. Era preciso submeter os senhores feudais, a Igreja Católica e, igualmente, o Sacro Império Romano Germânico ao comando real.

Destarte, os monarcas lutaram para impor sua autoridade aos seus oponentes. Na esteira desse processo, após medirem forças com todos os rivais e lograrem-se vitoriosos, os reis conseguem estabelecer uma nova forma de organização substitutiva do regime feudal. Assim, com o esforço dos reis e príncipes na concentração do poder político⁶, os vários feudos dos senhores e de seus vassalos, que representavam o poder pulverizado, começam a dar lugar à formação dos Estados nacionais. Erige-se o Estado moderno centrado no absolutismo⁷.

3 Dallari, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 67.

4 Dallari, Dalmo. *op. cit.*, p. 70.

5 Idem, *ibidem*.

6 Nesse sentido é a lição de Enrique Ricardo Lewandowski em sua obra *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 201.

7 Giorgio Del Vecchio ao elencar os principais tipos históricos de Estados, segundo a doutrina preponderante, diz que o Estado moderno é o “[...] nome com que se pretende designar o Estado dotado de ordenamento unitário próprio, isento de toda e qualquer sujeição à Igreja e ao Império, mas limitado em seus poderes por sua própria constituição, com um sistema de garantias dos direitos individuais”. (*Teoria do Estado*, tradução portuguesa de António Pinto de Carvalho, São Paulo: Saraiva, 1957, p. 49).

Com efeito, para embasar e justificar o poder real consolida-se a ideia de que a figura do rei é sagrada, com a *teoria do direito divino dos reis*, defendida avidamente pelos teóricos do absolutismo⁸. Diante da concepção de que o príncipe representaria o poder de Deus na terra, os súditos não poderiam contestar o comando do soberano, nem sequer questioná-lo, porque, em última análise, estariam contrariando o sagrado. Logo, a obediência ao rei tornar-se-ia irrestrita.

Pois bem, dada a importância do monarca e de sua simbologia para o Estado moderno, o que se evidencia é que a conjuntura dos aspectos sociais, políticos e econômicos fez com que a nobreza, a burguesia, a Igreja, e também os súditos, reconhecessem no rei o representante supremo do Estado nacional que se formava. Aos interesses do monarca uniram-se os interesses dos nobres, dos burgueses, do clero e da população desejosa de viver em maior segurança. Mesmo que o poder régio tenha sido imposto a essas classes, lhes foi conveniente aceitá-lo. Assim, o governante único, sobremaneira prestigiado, concentrou em suas mãos o controle total do Estado.

Nesses termos, aceita a autoridade do soberano – pela junção dos interesses supracitados, e pela sua legitimação forjada na doutrina do direito divino dos reis⁹ –, o Estado “passa a ser considerado patrimônio do príncipe: ‘Tudo o que se encontra em nossos Estados nos pertence’, diz Luís XIV”¹⁰. Proclama com absoluta convicção: “O Estado sou eu”¹¹.

Com efeito, a ideia das monarquias absolutistas começa a ser contestada. Em oposição à sociedade de ordens e de privilégios do *ancien regime*, a burguesia, detentora do poder econômico, revolta-se, na medida em que se encontra cansada de viver à margem do poder político. A par disto, alia-se ao restante da população de súditos que pertenciam às camadas inferiores da sociedade e que estavam insatisfeitos com sua condição de miseráveis¹². Forma-se aí a aliança adversária do absolutismo.

Assim, ao final do século XVIII, o absolutismo entra em crise. A tolerância mútua compactuada pelas diferentes classes sociais (nobreza, clero, burguesia e

8 Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, foi Bossuet o intérprete da concepção religiosa e teológica do poder. Ensina Brandão Cavalcanti que: “Para Bossuet o rei é um verdadeiro deus, porque a origem e a inspiração do poder e da justiça emanam diretamente da providência divina. O rei é sagrado e é a cúpula de uma hierarquia irremovível. Os príncipes agem como ministros de Deus, e seus representantes na terra, por intermédio deles, exercem o seu império”. (*Teoria de Estado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 97).

9 Cumpre analisar que a teoria da origem divina do poder real serviu para embasar e forjar a justificativa ideológica para dar legitimidade ao governante supremo e ao absolutismo monárquico. A Igreja, por meio da religião que professava, também passou a servir ao monarca na medida em que conferia caráter religioso ao dever dos súditos de obediência ao rei.

10 REALE, Miguel. *Obras políticas*. 1ª fase – 1931/1937, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, *Cadernos da UnB Obras políticas*, p. 211.

11 Em relação à autoria dessa frase atribuída a Luís XIV, Miguel Reale ensina que ela é uma frase de Bossuet: “*Tout l’Etat est en lui*”. (*Obras políticas*, p. 211).

12 LEWANDOWSKI, op. cit., p. 222.

camadas inferiores), momentaneamente equilibrada em virtude dos interesses em comum que gravitavam em torno da figura do monarca, rompe-se na medida em que o pacto da classe burguesa com os estratos inferiores se fortalece. A burguesia passa “a buscar um espaço político compatível com sua importância econômica”¹³. Além disto, referida classe almejava superar o mercantilismo¹⁴ – pensamento econômico desenvolvido no absolutismo –, com a ampliação dos mercados e a obtenção de novas fontes de matérias primas. Ademais, “tal empreitada foi facilitada pela contestação generalizada ao poder monárquico desenvolvida pelas diversas seitas protestantes em sua luta em prol da liberdade de culto”¹⁵, ¹⁶.

Por conseguinte, o absolutismo estava definitivamente ameaçado. O empenho da burguesia para alcançar o poder político bem como o seu esforço para promover a economia de mercado na área econômica, somados às questões conflituosas ligadas à religião, abrem campo para uma nova ordem: a chamada ordem liberal.

1.2 Estado liberal

Como forma de pensamento, o liberalismo foi idealizado na segunda metade do século XVIII e dominou a política da Europa e dos Estados Unidos da América do Norte, no século XIX.

Fundamentado em novas concepções filosóficas e literárias, por meio do ideário racionalista e empirista do iluminismo, o liberalismo consagrou o triunfo da classe burguesa e das aspirações do povo evidenciadas pela Revolução Francesa. Por meio do famoso trinômio da “liberdade, igualdade e fraternidade”, a Revolução buscou a ascensão do homem-súdito ao *status* de homem-cidadão¹⁷. Fez romper definitivamente com o *ancien regime*, “com a velha aristocracia ociosa e protegida, que vivia à sombra dos tronos, desdenhando a burguesia e sendo por esta desdenhada”¹⁸. Possibilitou o surgimento do Estado de Direito, guardião das liberdades individuais, e permitiu a consolidação da “separação de poderes”

13 LEWANDOWSKI, Enrique. *Globalização, regionalização e soberania*, p. 222-223.

14 Essa é a afirmação de Lewandowski, *Globalização, regionalização e soberania*, p. 223. .

15 Lewandowski apoia-se na obra *Luther and Calvin on secular authority*, Tradução Harro Höpf, para fazer essa afirmação no tópico em que trata do *absolutismo em xeque*. (*Globalização, regionalização e soberania*, p. 223).

16 É com John Locke, em sua obra *Ensaio sobre o governo civil* que se estabelece a base do pensamento filosófico antiabsolutista. Locke, defensor do protestantismo e do antiabsolutismo, no *Ensaio* firma “[...] de uma vez por todas, as bases da democracia liberal, de essência individualista, cujas Declarações de Direitos, - direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, - das colônias americanas insurretas, depois da França revolucionária, constituiriam a magna carta”. (Jean Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias, 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990, p. 115).

17 Expressões utilizadas por Paulo Bonavides em sua obra *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

18 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 68.

idealizada por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*. Defendeu-se que a pluralidade de “poderes” salvaguardaria a liberdade e protegeria os direitos do indivíduo perante o poder estatal¹⁹.

Com isso, ao adotar a doutrina do Estado limitado no que diz respeito aos seus “poderes” e a experiência do império das leis – elaboradas segundo o processo ordinário, em contraposição à influência do poder arbitrário –, o liberalismo abrigou os ideais do Estado de Direito²⁰ e deixou para trás o Estado de Polícia do absolutismo que acolhia o poder despótico e ilimitado do soberano.²¹

Cabe dizer que “no plano institucional, o liberalismo significou a construção de um Estado em que o poder se fazia função do consenso, e em que a divisão de poderes se tornava princípio obrigatório; o direito prevalecia em seu sentido formal e a ética social repudiava as intervenções governamentais”²². Nesse passo, o Estado liberal assumiu “essencialmente características de abstenção: não atuar na ordem econômica nem afrontar os direitos e as liberdades individuais”.²³

Por conseguinte, da separação entre Estado e economia, coube ao Estado mínimo a missão de não intervir, a fim de possibilitar a concretização dos anseios liberais. Os dogmas do livre mercado e da livre iniciativa proporcionariam o desenvolvimento automático das potencialidades humanas em prol da sociedade, por meio de uma *mão invisível*.

Em relação aos direitos fundamentais (em especial à vida, à liberdade e à propriedade), o Estado liberal os preserva de qualquer intervenção do ente estatal: “a sua realização não pressupõe a existência de prestações estaduais, mas apenas a garantia das condições que permitam o livre encontro das autonomias individuais”²⁴. Referidos direitos ganham o caráter de direitos dos indivíduos contra o Estado, ou seja, são reconduzíveis a “uma esfera livre da intervenção estatal onde se prosseguem fins estritamente individuais”.²⁵

Daí decorre que essa liberdade concedida a cada indivíduo era indispensável para que a burguesia mantivesse “o domínio do poder político” que não se estendia às outras classes sociais²⁶.

19 Nesse ponto Paulo Bonavides afirma que: “A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade”. (*Do estado liberal ao estado social*, p. 45).

20 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito, Dissertação de Pós Graduação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em outubro de 1985, Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1987, p. 48.

21 Idemp. 26.

22 Nelson Saldanha, *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 51-53.

23 BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 12.

24 NOVAIS, op. cit p. 73.

25 Idem, p. 74.

26 Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 44.

Por conseguinte, pode-se afirmar que dita liberdade:

Permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto [...] se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir.²⁷

Nesse viés, estava o sufrágio restrito, com direito de voto possível de ser exercido apenas por quem era proprietário. Deveras, quem detinha a propriedade, além de usufruir dos exercícios políticos, podia desfrutar igualmente da garantia de liberdade, que era traduzida no poder de escolha (de aquisição de bens), e que, conseqüentemente, era também garantia de felicidade.²⁸

Por outro lado, aqueles que não detinham o controle dos meios de produção e eram proprietários unicamente da sua força de trabalho, não tinham outra via de sobrevivência a não ser permitir a exploração da sua mão de obra pelos burgueses em troca de baixos salários, o que se traduziria na expressão: *a exploração do homem pelo homem*.

Isso é fácil de compreender ao se deitar o olhar no contexto pouco democrático da época. Conforme acima salientado, na medida em que os “proprietários eram os únicos que tinham direito de voto, era natural que pedissem ao poder público o exercício de apenas uma função primária: a proteção da propriedade”²⁹. Desta forma, obviamente, o Estado não precisava se preocupar em proteger o proletariado, já que mantinha a ordem e a segurança “para a defesa daquele direito natural supremo”³⁰, isto é, o direito de propriedade³¹. De resto, “tudo o mais, saúde, educação, previdência, seguro social” deveria ser “atingido pela própria atividade civil”³². Era o Estado absenteísta.

Diante desse cenário, quem não era proprietário encontrou imensa dificuldade em manter sua sobrevivência, na medida em que, “pelo livre jogo das forças econômicas, não foi possível atingir o bem-estar da classe trabalhadora”³³, que ficou abandonada à sorte do que era estabelecido de forma unilateral pelos

27 BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado Social*, p. 44.

28 Esses são os dizeres de Novais apoiado nos ensinamentos de Vieira Andrade, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito, p. 75.

29 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 47.

30 idem, ibidem.

31 Bobbio menciona Locke nesse ponto, para quem o direito natural supremo era o direito de propriedade. op. cit, p. 47.

32 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69.

33 Idem, ibidem.

detentores dos meios de produção³⁴. Neste sentido, o Estado liberal – com sua máxima *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*³⁵ –, acabou inevitavelmente em crise.³⁶

Ao defender os interesses da burguesia e do seu status de classe dominante, o liberalismo fez com que as contradições sociais se evidenciassem e agravassem cada vez mais o quadro de diferenças existentes no século XIX.

Para tentar dirimir essa situação, abriu-se caminho para uma progressiva atuação por parte do Estado em vários setores: da economia à educação, dentre outros. Era o despontar do intervencionismo estatal.

1.3 Estado social

Os dogmas adotados no liberalismo – não intervencionismo e importância dos direitos de primeira dimensão, em especial os direitos de liberdade e propriedade – fizeram evidenciar a real necessidade de um Estado centralizador e interventor para conter a estipulação unilateral, pelos detentores dos meios de produção, das regras referentes à classe trabalhadora, relegada à sua própria sorte. Constatou-se que a liberdade pregada pelo pensamento liberal era incapaz de realizar a felicidade humana.

Sob essa ótica:

O Estado liberal, no qual não se falava de iniciativa estatal, salvo a relacionada exclusivamente com a manutenção de ordem e segurança, cede lugar ao Estado intervencionista; o movimento liberal, que teve em Adam Smith a sua grande expressão, não resiste às consequências da Revolução Industrial; e a experiência da Primeira Grande Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917 determinou profundas modificações no Estado ocidental que abandona a sua postura de mero guardião da ordem e da segurança e transforma-se em inspirador e realizador do bem-estar social.³⁷

34 Nesse sentido está a afirmação de Luciana de Medeiros Fernandes, que assim escreve: “[...] não se pode desconsiderar o depauperamento crescente da classe trabalhadora, abandonada à regulação fixada unilateralmente pelos detentores dos meios de produção, sem a participação do Estado, fazendo com que à liberdade consagrada pelo Estado liberal fosse conferida feição meramente formal. [...]”. [Subsidiariedade e parceria: O Terceiro Setor (As Organizações da Sociedade Civil), *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife – Pernambuco, nº 6, 2004, p. 272].

35 Essa era a máxima francesa do liberalismo, cuja tradução consiste na seguinte sentença: Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só.

36 BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*, p. 188.

37 BAZILLI; MONTENEGRO. *Apostamentos sobre a reforma administrativa*, p. 12.

Em decorrência da Segunda Grande Guerra caem por terra os ideais liberais, culminando na ruína desse modelo de Estado.³⁸ Desta maneira, o ente estatal adotou de modo mais ativo a forma de atuação que seria a grande marca do Estado social: a intervenção em vários setores. Com o escopo de prover as necessidades básicas da população que estava à margem dos benefícios sociais (tais como saúde, educação, previdência, proteção contra o desemprego, moradia etc.), o enfoque central deixou de ser a *liberdade* e passou a ser a *igualdade*, direito fundamental esse que pode ser considerado o “centro medular” da ordem jurídica do Estado do bem-estar³⁹.

O intento foi o de intervir no âmbito econômico, mas não só. Realizar com amplitude a justiça social era uma aspiração mais do que desejada, era, em verdade, essencial para que a camada populacional, dantes abandonada ao bel-prazer dos donos da mão de obra assalariada, pudesse ter acesso a condições materiais que satisfizessem as suas necessidades vitais básicas, ou seja, a condições mínimas para uma existência humana digna. Neste viés, o Estado social buscou alcançar, mormente, a igualdade substancial, procurando suplantar a igualdade tão-só formal do modelo de Estado que o precedeu.

Renegou a antítese liberdade *versus* poder estatal, que prevaleceu no liberalismo para instituir “a era do Estado produtor, repartidor, distribuidor e distributivo, que não deixa à sorte dos indivíduos a sua situação social, mas vem auxiliá-los através de medidas positivas e de garantias efetivas.”⁴⁰

Deveras, o Estado social agregou e controlou várias atividades: estabeleceu limites à iniciativa privada e impôs diretrizes de caráter primordialmente social. Nesse contexto, passou a ser “mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital”⁴¹. Os menos favorecidos começaram a se sentir amparados diante da nova postura do ente estatal, que passou a ser denominado de Estado prestador de serviços.

Perante tais características não se há de negar que:

38 Mais exatamente na década de 30 do século passado, com a grande depressão e a quebra da bolsa de valores de Nova York.

39 Esse ideal da igualdade é bem colocado por Paulo Bonavides. Diz o autor: “O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.” (*Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 301-302).

40 TORRES, Sílvia Faber, *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

41 BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*, p. 185.

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado [...] que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.⁴²

Ao adotar essa linha protetiva, o Estado do bem-estar social – que, inicialmente, centralizou em demasia as atividades da máquina estatal, e, num momento posterior, passou a sentir a necessidade de descentralizá-las, para obter melhores resultados na prestação dos serviços públicos – agigantou-se, e tornou-se improdutivo, ineficiente e burocratizado.

Nesse sentido, o alargamento das atividades estatais trouxe consigo o aumento do déficit público; a grande interferência na sociedade civil e na esfera privada; uma legislação social onerosa, que afugenta o investimento de grandes empresas; o sentimento de dependência da população em relação ao poder público e aos serviços por ele prestados; a sensação de o dinheiro público ser gasto, muitas vezes, de forma indevida e leviana, já que o volume com as despesas públicas é enorme; o destaque da função executiva diante das demais funções do Estado, em face da ingerência estatal em todos os setores da vida econômica e social⁴³.

Diante desse cenário de protecionismo e de magnitude do Estado social, começou-se a questionar a sua eficiência e economicidade⁴⁴. Além disto, a avantajada dimensão intervencionista do ente estatal passou a ser tida como fator de inibição do crescimento da economia e óbice à livre concorrência. Isto fez com que a concepção de uma forma de Estado baseada no princípio da subsidiariedade ganhasse força e fizesse emergir o Estado subsidiário, na segunda metade do século XX.

1.4 Estado subsidiário

Com efeito, diante do alargamento do Estado social e da sua consequente dificuldade em bem desempenhar todas as atividades a que se propôs, começou a ganhar espaço e projeção o denominado Estado subsidiário (ou neoliberal), considerado garantidor da autonomia e liberdade dos indivíduos e incentivador da sociedade civil e do papel de destaque que esta conquistou nesse modelo estatal.

42 BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*, p. 200.

43 Argumentando nesse sentido sobre as consequências negativas advindas com a grandiosidade do Estado social está Fernandes, *Subsidiariedade e parceria: o terceiro setor (as organizações da sociedade civil)*, Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife – Pernambuco, nº 6, 2004, p. 274.

44 FERNANDES, *Subsidiariedade e parceria: o terceiro setor*, p. 274.

Além de vir com a missão de estabilizar a moeda e reduzir o déficit público, o Estado subsidiário veio também com a incumbência de superar o Estado-providência. Para tanto, tornou-se imprescindível priorizar metas que possibilitassem a reversão da enorme intervenção do Estado social e das amarras que envolviam os cidadãos, impedindo-os de desenvolver suas próprias potencialidades.

A redefinição do papel do ente estatal caracterizar-se-ia, sobretudo:

[...] pela diminuição de seu tamanho; pela privatização das entidades estatais não comprometidas na realização das atividades típicas do Estado; pelo prestígio da liberdade econômica e da livre concorrência; pela extinção dos monopólios; pela descentralização das atividades do Estado ainda que típicas; pela agilidade e eficiência da máquina estatal, inclusive com novos modelos gerenciais; pela parceria com a sociedade civil; pela participação do cidadão na Administração Pública, em especial no controle da qualidade dos serviços prestados etc.⁴⁵

Diante desse quadro, com o escopo de atingir citadas metas, reinventou-se, portanto, a política liberal. A novel tese tornou-se “uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar”⁴⁶. Assim, a recente ordem abriu espaço para o novo, com o discurso de buscar um Estado forte, moderno e uma economia nacional mais sólida. Todavia, com a diferença de que agora, Estado e sociedade civil não estariam mais em oposição como no liberalismo clássico, mas em situação de colaboração e complementaridade.⁴⁷

Esse novo perfil do ente estatal obteve inspiração, como dantes afirmado, no princípio da subsidiariedade. Referido preceito, originário da doutrina social da Igreja Católica, buscava evidenciar que, onde existe carência da atuação da iniciativa privada, o despotismo toma posse do Estado. Tal primado foi concebido para proteger o indivíduo de toda intervenção estatal despropositada.⁴⁸

45 BAZILLI; MONTENEGRO. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*, p. 18-19.

46 ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, Edmir; GENTILI, Pablo (Orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9.

47 Nesse sentido do Estado e da sociedade civil serem “compertes” e “não mais concebidos como reciprocamente excludentes” se pronuncia Fernandes, *Subsidiariedade e parceria: o terceiro setor (as organizações da sociedade civil)*, p. 275.

48 Conforme aponta Silvia Faber Torres: “O princípio da subsidiariedade, cuja concepção moderna é tributária da doutrina social da Igreja Católica que o erigiu em ‘solene princípio da filosofia social’, como expresso na Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI (1931), foi concebido para proteger a esfera de autonomia dos indivíduos e da coletividade contra toda intervenção pública injustificada, contrapondo, de um lado, a autonomia individual e o pluralismo social às ideologias socialistas do final do século XIX e início do séc. XX, e, de outro, contestando os excessos do liberalismo clássico, que propugnava pelo afastamento do Estado do âmbito social. Esse princípio deriva de uma concepção cristã de sociedade, ou seja, de um ‘humanismo

Proveniente da expressão latina *subsidiium*, que significa *ajuda* ou *socorro*, a subsidiariedade não conduz a um mero limite à ação do poder público, assinando-lhe, ao revés, a função de estímulo, coordenação, integração e, excepcionalmente, suplência⁴⁹. (destaques da autora).

Nesse viés, abriga essencialmente três ideias básicas: a primeira relaciona-se aos direitos individuais, em que se reconhece que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal; neste sentido, o Estado deve-se abster de desempenhar atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria conta e com seus próprios recursos; sob esta ótica, o princípio acarreta uma limitação ao intervencionismo estatal. A segunda ideia diz respeito ao fato de que o Estado deve ser fomentador, colaborador e fiscalizador da livre iniciativa, a fim de possibilitar aos particulares a consecução de seus propósitos empreendedores, sempre que estiver ao alcance do ente estatal fornecer condições para tanto. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a relacionada à parceria entre o público e o privado, no sentido de auxílio do Estado à iniciativa privada quando esta for deficiente⁵⁰.

Ainda, pode-se relacioná-lo a uma quarta ideia que está ligada ao fato de que a subsidiariedade representa uma nova e adequada *repartição de funções*, ou seja, as organizações políticas locais devem resolver as questões que puderem ser por elas solucionadas, sem precisar recorrer às organizações regionais, que, por sua vez, devem resolver o que for de sua competência e capacidade, sem necessidade de apelar para o governo central. E este, por seu turno, deve atuar de maneira subsidiária, para que não exceda suas possibilidades de solucionar questões de forma eficiente⁵¹. Agasalha, enfim, a ideia de que não se deve transferir a uma sociedade maior o que pode ser feito por uma sociedade menor.

Trata-se, portanto de um princípio que busca estabelecer diretrizes para o novo papel do Estado, que deve tentar conciliar a importância e a capacidade de

cristão' que não se identifica nem com o 'humanismo individualista', nem com o 'humanismo socialista'. (*O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7).

49 TORRES, *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 268.

50 Estas ideias advindas do princípio da subsidiariedade são expostas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-34.

51 Esse é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que chama o princípio da subsidiariedade de "dádiva do pragmatismo suíço", já que a Suíça desenvolveu ao longo de sua história as bases da subsidiariedade e que é a "chave de sua organização política", conforme ensina o autor. Diz Moreira Neto que referido princípio é uma resposta: à excessiva concentração de poder no Executivo ou no Governo; ao dogma da unidade jurídico-política que está intrinsecamente relacionada ao conceito de soberania; e por fim, à centralização das funções estatais. Entende que o princípio da subsidiariedade "[...] vem a ser uma nova doutrina de repartição de poderes, que consiste apenas na adequada e precisa definição dos sucessivos níveis de concentração do poder necessários, e das decorrentes competências, para atender do modo mais eficientemente possível as demandas da sociedade, respeitando os espaços de decisão reservados aos indivíduos e aos grupos sociais secundários". (Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Vol. 211, p. 3-4, janeiro/março 1998).

realização dos particulares e da sociedade civil, com seu lugar de coadjuvante (ou subsidiário) na atuação dos serviços públicos, cuja ingerência deve-se restringir somente à prestação de serviços que a esfera privada não é capaz de realizar por si mesma.

Os particulares recebem, por conseguinte, uma carga maior de responsabilidade, na medida em que se envolvem na tarefa de executar serviços sociais que não são exclusivos do Estado (como a educação e a saúde). Nessa empreitada, lhes é permitido agir de acordo com os interesses do mercado, como em qualquer atividade privada rentável, recebendo auxílio material do ente estatal apenas na medida necessária à consecução de seus objetivos. O Estado não substitui, não abarca um incontável número de atividades, mas presta ajuda aos indivíduos quando eles se mostram incapazes de realizarem os fins a que se propõem.

Verifica-se, portanto, que o postulado da subsidiariedade dá uma nova dimensão ao Estado e, igualmente, à sua relação com a sociedade, passando de interventor e ator principal para regulador e colaborador. Por intermédio dessa particularidade, a iniciativa privada ganha o papel de grande protagonista do Estado subsidiário, o qual irrompe erguendo a bandeira do controle do dinheiro com os gastos públicos e a redução na intervenção econômica.

Com efeito, pode-se dizer que, do ora exposto, do antigo regime de outrora, ao Estado subsidiário contemporâneo, profundas transformações ocorreram no âmbito estatal.

Diante de todas as mudanças verificadas, torna-se relevante fazer uma breve análise sobre as crises que afetaram o Estado moderno, as alterações do seu papel e de quem o comandou ao longo dos séculos, com o fito de facilitar a análise crítica que se fará ao final do presente trabalho.

2 As mudanças do papel do Estado e a alternância do poder ao longo da era moderna

Como se viu nos tópicos precedentes, o Estado moderno assumiu formas diversas, com o escopo de solucionar os problemas e desafios das conflituosas relações travadas entre os indivíduos e a sociedade, buscando, com isto, a sua paz interna e externa.

Nesse viés, mudanças significativas ocorreram em diferentes épocas: o antigo regime cedeu espaço ao Estado liberal, seguido pelo Estado social, até chegar ao denominado Estado subsidiário (ou neoliberal) na atualidade.

Na esteira dessa linha evolutiva do Estado moderno, as alterações que se foram sucedendo evidenciaram que (a) no comando do Estado, ocorreu a alternância do poder, ao longo da era moderna. Do mesmo modo, ao se analisar

o processo de transformação progressivo e gradual do ente estatal, pode-se constatar outra inegável realidade, qual seja, (b) a de que os ocupantes do poder não conseguiriam exercer seu domínio sem a colaboração do Estado, mesmo nos modelos de cunho liberal.

Por conseguinte, com base em referidas assertivas, (a) e (b), caberá traçar comentários importantes a respeito do tema, os quais servirão para fundamentar a visão que se pretende estabelecer a respeito do assunto *sub examine*.

É de ver-se que:

De fato, no absolutismo monárquico, o soberano foi imprescindível para unir os diversos centros de poder que se encontravam fragmentado. O rei tornou-se peça determinante no contexto da época e conferiu força agregadora à anterior poliarquia do medievo; com isto, possibilitou a formação dos Estados nacionais. O monarca virou figura central porque foi conveniente com o jogo de interesses da época. Se, de um lado, o governante supremo, ao impor-se perante seus oponentes, propiciou a instituição do Estado, de outro, apoderou-se dele para servir aos seus fins.

No liberalismo os burgueses revolucionários de outrora, uma vez no poder, tornar-se-iam os “novos aristocratas”, buscando utilizar o Estado como aparato ideológico a serviço dos seus interesses de classe dominante. Assim, é, com efeito, “a necessidade de defesa da propriedade burguesa que justifica os *entorses* aos direitos fundamentais”⁵². O Estado serve para defender e proteger os anseios burgueses⁵³. Logo, verificar-se-ia que os ideais da Revolução Francesa teriam apenas caráter formal, “uma vez que no plano de aplicação política” preservar-se-iam apenas “como princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.⁵⁴

No Estado do bem-estar social, o intervencionismo estatal, em diversos setores, foi fundamental não só para a sobrevivência da maior parte da população – que se encontrava carente de saúde, educação, previdência, dentre outras necessidades básicas –, como igualmente para a sobrevivência dos detentores do capital e daqueles que estavam no comando do Estado. Na medida em que o Estado fornecia aos indivíduos o que precisavam, pois não tinham outros meios para sua obtenção, o ente estatal promovia o desenvolvimento da economia e riqueza social, o que acabava sendo, por via de consequência, uma medida de

52 NOVAIS, op. cit., p. 75.

53 Na linha desse pensamento está o ensinamento de Eros Roberto Grau que afirma: “O fato é que o *Terceiro Estado*, a burguesia, apropriou-se do Estado e é a seu serviço que este põe o direito, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado. O estado, que inicialmente regulava a vida econômica da nação para atender a necessidades ditadas pelas suas finanças, desenvolvendo políticas mercantilistas, passou a fazê-lo para assegurar o *laissez faire* e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema. [...]”. (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11 ed. revista e ampl. São Paulo: Malheiros, , 2006, p. 31-32).

54 BONAVIDES, op. cit., p. 42.

contenção de conflitos e de proteção ao patrimônio da classe dominante.⁵⁵ O ente estatal oferecia o que “os grupos privados não podiam ou não queriam oferecer”.⁵⁶

Aqui, neste ponto, abre-se um parêntese para fazer a seguinte ressalva: a ampla participação do Estado no contexto social, decorrente do intervencionismo – embora tenha gerado comodismo à população e proporcionado proteção ao patrimônio dos mais abastados como medida de contenção de conflitos, como se ressaltou –, tem mérito muito maior do que demérito, especialmente no cenário brasileiro, o que possibilita constatar-se que o ente estatal tem uma importância tamanha na vida atual devido à sua onipresença, que sua abstenção como agente interventor acabaria por comprometer o funcionamento de importantes setores da sociedade.

Após essa estreita digressão no que diz respeito ao Estado social, encerrar-se-á esta análise comparativa, com a abordagem do papel do Estado subsidiário, e da manipulação ideológica que o acompanha, destacando que um maior enfoque crítico ao papel do Estado social e do Estado subsidiário será dado no item seguinte.

Pois bem, em relação ao Estado subsidiário (ou neoliberal), ao contrário do que se afigura, ocorre que, sob o disfarce e a pretexto de alcançar o “fortalecimento” da sociedade civil e dos agentes privados para que possam substituir o Estado na prestação dos serviços públicos, tais como saúde, educação, assistência social, entre outros, as classes privilegiadas buscam, na verdade, aumentar a miséria, a ignorância e dificultar o acesso aos direitos essenciais do cidadão.

Ao se conceder primazia à livre iniciativa com incentivo aos indivíduos e aos grupos intermédios, como as associações e fundações, o que se pretende é privilegiar os interesses de grandes corporações privadas (representadas por um grupo seleto de grandes empresas transnacionais e instituições econômicas mundiais), que são as reais investidoras na nossa sociedade capitalista, e que, em contrapartida, ao “colaborarem” com o Estado, participam e influenciam nas decisões políticas de forma inegável. O que ocorre é que os interesses dos particulares, nesse sentido, acabam confundindo-se com os interesses do Estado, facilitando a imposição das diretrizes neoliberais. Nesse viés, “a apologia ideológica do mercado é produzida em função exclusivamente do interesse do investidor, que é o de baixar os custos que oneram a empresa (os salários, os tributos e as cargas sociais)”.⁵⁷

55 Nesse sentido é o ensinamento de Dalmo de Abreu Dallari. (*O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59).

56 DALLARI, *O futuro do Estado*, p. 59.

57 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 48-49.

Com efeito, embora, como visto, o poder ora esteja nas mãos de uma classe, ora nas mãos de outra, quem o detém passa a ser o comandante da vez, e os ocupantes do poder exercem seu domínio sempre com a cooperação do Estado, seja ele absolutista, (neo) liberal ou social. Entretanto, nos modelos ditos liberais, esta colaboração do ente estatal ocorre por omissão (que acarreta em contrapartida o ônus econômico) e não por ação, o que sem dúvida traz consequências muito mais graves e perniciosas para a população do que quando o Estado atua e interfere na órbita privada.

E é com essa visão, transposta do cenário geral para o cenário pátrio, que se fará a análise da situação do Estado brasileiro contemporâneo. Para tanto, ver-se-á, de forma mais explícita e contundente, o contraponto e o exame crítico do Estado social e do Estado subsidiário.

3 O modelo de Estado brasileiro contemporâneo: um enfoque crítico

O Estado brasileiro possui, desde as primeiras décadas do século passado, um manifesto perfil intervencionista, com ênfase nas áreas econômica e social.⁵⁸ Ressalta-se que, mesmo com todas as mudanças introduzidas na esfera pública, o ente estatal, no Brasil, não deixou de lado a intervenção na esfera privada. A nossa realidade evidencia e reafirma fortemente a necessidade do Estado social, que apenas diminuiu de tamanho (em decorrência das inúmeras privatizações), permanecendo, todavia, no comando e direcionamento das esferas políticas, econômicas e sociais do país.

Ver-se-á que, embora com os defeitos apontados ao final do item 1.3, e mesmo tendo servido como medida protetora em face de possíveis revoltas sociais, com o fim de defender os interesses dos detentores do capital (cf. tópico anterior), ainda assim o Estado do bem-estar é de longe muito menos perverso do que querem fazer crer os defensores do neoliberalismo e da economia de mercado.

Portanto, sob esse prisma, deve ser dado um enfoque crítico ao tema.

O governo idealizou a reforma do Estado, nos idos dos anos 90, com o escopo de achar a saída para a crise estatal brasileira e amenizar a grave situação do país.

Porém, como toda mudança clama por algo inovador – e é exatamente na transformação que está a essência de toda reforma – dever-se-iam introduzir novos termos e conceitos no cenário brasileiro para justificar a pretensão de reformar com o fim de “solucionar” a crise. Pois bem, a novidade ficou a cargo

58 SILVA, Reinaldo Pereira e. O neoliberalismo e a reforma constitucional, *Resenha Eleitoral*, TRESPC – Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Florianópolis, vol. 4, nº 1, p. 41 jan/jun 1997.

da apresentação da Reforma Gerencial, buscando instituir, no país, o Estado subsidiário e suas diretrizes (conforme preconizado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado).⁵⁹

A implantação dessa nova forma de Estado baseou-se, como já visto, no princípio da subsidiariedade. Dessa maneira, deu-se primazia ao papel da sociedade civil, entregando-lhe a tarefa de realizar atividades de utilidade ou necessidade pública, de sorte que ao Estado caberia tão-somente incentivar, auxiliar o particular nas atividades que esse se inclinasse a desempenhar, só assumindo as tarefas, se acaso as ações da esfera privada não conseguissem alcançar a finalidade pretendida, isto é, não obtivessem sucesso nesta empreitada à qual se lançaram. Deste modo, de interventor no campo econômico e social e provedor de bens e serviços, o Estado torna-se fomentador e regulador das atividades deixadas à esfera privada.

Há, contudo, uma evidente contradição nessa concepção. O Estado realmente não precisaria se ocupar de atividades que pudessem ser desenvolvidas de modo satisfatório pelo particular; entretanto, pretender que o ente estatal deva dar auxílio ao particular sempre que esse não tenha condições de ele próprio desenvolver a atividade para a qual direcionou seu intento, acarreta, como consequência, a transferência de recursos públicos para a esfera privada e mais ônus ao erário público. Isso é uma distorção.

Esse fato em análise – que enfatiza o novo papel da sociedade civil e das atividades que ela deve assumir, em busca de um pretenso alívio para a sobrecarga do Estado – traz à tona os interesses da classe econômica dominante na reforma estatal e, igualmente, sua ideologia. Nos bastidores dessa transferência de responsabilidade (que se aproxima do Estado mínimo), encontra-se a luta pela manutenção do poder.

Nesse passo, evidente que o Estado social, constantemente associado ao Estado burocrático (por causa do crescimento do seu aparato), precisava aparentar uma imagem negativa, antidemocrática, para que o objetivo de implantação do Estado subsidiário fosse alcançado.

O que não se observou foi o fato de que:

Estado democrático e Estado burocrático estão historicamente muito mais ligados um ao outro do que a sua contraposição pode fazer pensar. Todos os Estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte uma consequência do processo de democratização. Prova disso é que hoje o desmantelamento do

59 A subsidiariedade nunca deixou de existir no país, embora durante o intervencionismo do Estado Brasileiro tenha havido uma estagnação. Todavia, esse modelo subsidiário ressurgiu com maior força nos anos 90, com o projeto de reforma do Estado.

Estado de serviços – Estado este que exigiu um aparato burocrático até agora jamais conhecido – esconde o propósito, não digo de dismantelar, mas de reduzir a limites bem circunscritos o poder democrático.⁶⁰

Sob esse prisma, na tentativa de atribuir ao Estado social uma concepção antidemocrática – em que o indivíduo perde sua liberdade de escolha diante da dominação da sociedade pelo aparato estatal –, afirmam alguns que o verdadeiro Estado Democrático de Direito se manifesta apenas no modelo de Estado apoiado no neoliberalismo, pois é o modelo que se preocupa em redefinir os limites entre o Estado e a sociedade civil, para que esse resgate qualidades que lhe são próprias “tais como autointeresse, trabalho duro, flexibilidade, autoconfiança, liberdade de eleição, propriedade privada e desconfiança na burocracia estatal”.⁶¹

Deveras, essa visão pretende estabelecer um argumento ideológico estrategicamente elaborado, que procura inverter a verdade dos fatos, qual seja, a de que:

Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito.⁶²

Diante dessa afirmação, ao se defender fortemente a prevalência da iniciativa privada e das forças do mercado, busca-se diminuir a força do Estado social e lhe atribuir o título de modelo ultrapassado, aquém do que se espera de um Estado contemporâneo. Isto com o fim de que sua intervenção se enfraqueça precisamente para aumentar a exclusão social. E os excluídos não reivindicam, não exigem a observância dos seus direitos (pois muitos desconhecem os direitos e garantias que lhes são assegurados pelo ordenamento), o que é verdadeiramente interessante para conter os gastos estatais (inimigos da política neoliberal), pois, quanto menos se exige do Estado, menores as suas despesas, menor a sua atuação como provedora dos direitos sociais, e, portanto, menor a sua ingerência.

Assim, reduzir o papel do Estado do bem-estar e ampliar a ação do Estado neoliberal era essencial para o sucesso das ideias político-ideológicas das

60 Esse é o pensamento de Bobbio que ainda continua dizendo em relação ao assunto: “Que democratização e burocratização caminharam no mesmo passo é algo evidente, como de resto havia já observado Max Weber”. (*O futuro da democracia*, p. 47).

61 TORRES. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 59. A autora defende esse pensamento de que o Estado Democrático de Direito “se manifesta à perfeição” no modelo do novo liberalismo.

62 GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 57.

superpotências, melhor infiltradas graças ao processo de globalização, incentivadas, sobretudo pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, para a concessão de créditos aos países em desenvolvimento. O escopo consistia em “apedrejar” o Estado intervencionista⁶³ e, igualmente, atribuir à Constituição de 1988 o estigma de “grande vilã” da manutenção da burocracia e do agravamento da crise estatal⁶⁴. Portanto, nada era mais consentâneo com esta visão do que propor a “transformação” do Estado interventor para o subsidiário.

Na verdade, esse discurso distorcido preconizado pela reforma, almejava alterar dois fatos inconteste da realidade brasileira: o primeiro, que dificilmente modificar-se-á, é o fato de que só o Estado – e não os particulares – pode resolver as mazelas das desigualdades sociais existentes em nosso país e, assim, ainda que se intente instituir um Estado subsidiário, persiste e persistirá no Brasil a necessidade da intervenção estatal para amenizar os problemas das classes menos favorecidas; o segundo, consiste no fato de que a Constituição de 1988 define “um modelo econômico de bem-estar” e, neste sentido, “os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso”⁶⁵. Do contrário há que se fulminar qualquer mudança introduzida na Carta Magna, incompatível com o modelo que agasalha, com o vício da inconstitucionalidade⁶⁶. Isso porque “A substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, *neoliberal*, não pode ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170”⁶⁷. Portanto, há que se observar a ordem constitucional, agrade ou não o pensamento e o discurso de quem prima pelo afastamento do Estado de cunho social.

4 Considerações finais

63 Interessante é notar o ponto de vista de Pierre Salama quando expõe que: “O neoliberalismo se caracteriza por sustentar que não existe solução fora do modelo que propõe: uma confiança cega na dinâmica do mercado. Os liberais sustentam que uma crise é sempre consequência de comportamentos viciados derivados de um Estado onipresente. Conclusão: há que reduzir o tamanho do Estado e aumentar o papel do mercado. [...] Trata-se de uma espécie de terrorismo de pensamento. Na defensiva, às vezes nós mesmos aceitamos alguns dos argumentos neoliberais, como se fossem universalmente válidos”. (*Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*, p. 178).

64 Nos dizeres de Roberto Ribeiro Bazilli e Ludmila da Silva Bazilli Montenegro em relação a essa questão, está a seguinte colocação: “na contramão das tendências mundiais, noticiadas por Hayek já na década de 1940 e em plena concretização a partir de 1979, com o programa de privatização adotado pela Inglaterra, no governo Margaret Thatcher, o Brasil promulga a Constituição de 1988, excessivamente detalhista e, sobretudo, dirigista”. (*Apontamentos sobre a reforma administrativa*, p. 19). Essa doutrina, portanto, enfatiza o enfoque dado por muitos, de que a CF/88 é excessivamente burocrática.

65 GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 47.

66 Idem, p. 47.

67 Idem, p. 48.

Em suma, e caminhando para a conclusão que se pretende aqui estabelecer, está o argumento de que, se o Estado só centralizar sua ação na esfera das decisões políticas, tendo em vista sua capacidade de “intermediar interesses, garantir legitimidade perante a sociedade e governar”⁶⁸, abstendo-se de interferir, contenta a livre iniciativa, beneficia o mercado, mas escancara as dessemelhanças sociais.

Não importa que se dê nova roupagem ao Estado. Com efeito, mesmo que venha a se solidificar a gradativa transformação do ente estatal, de interventor para regulador, ainda espera-se – e esperar-se-á quiçá por muito tempo – que o Estado interfira nas diversas esferas, para o atendimento e o fortalecimento do bem-estar dos indivíduos, pois, do contrário, os conflitos sociais e os desníveis econômicos e culturais contribuirão para aumentar cada vez mais a injustiça no país.

Assim sendo, embora se afirme, criticamente, por um lado, que a interferência do Estado é excessiva muitas das vezes, por outro não se pode negar que sua presença contribui para a subsistência de milhares de pessoas que contam com a presença e participação estatal em vários setores da sociedade moderna (veja-se, p. ex., os Programas Bolsa-Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás, hoje unificados ao Programa Bolsa Família) a tal ponto de ser inimaginável um retrocesso à política absenteísta.

Com efeito, se à época da reforma dos anos 1990 (marco regulatório para a tentativa de consolidação do setor privado no país), o que se quis foi priorizar a economia de mercado, passada mais de uma década do advento da EC nº 19/98, responsável por introduzir na Carta Política brasileira as diretrizes e metas neoliberais idealizadas à imitação de modelos alienígenas, o que hoje se verifica é o desapontamento de quem achou que as alterações transformariam o modelo de Estado brasileiro, uma vez que “tais mudanças [...] redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas, sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro”.⁶⁹

Dentro desse panorama, o que se evidencia é uma verdadeira mistura de modelos, o que torna contemporânea a forma de Estado social com certas diretrizes do Estado subsidiário. Entretanto, referida reforma não transformou o Brasil neste último. O que se pretende ressaltar é o fato de que coexiste, nos dias de hoje, a mescla do Estado social – que interfere nas atividades dos indivíduos a fim de realizar o bem comum e o interesse público – com o modelo de Estado que privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência.

68 Definição de governabilidade segundo Alice Gonzalez Borges. (A implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional 19/98, *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27).

69 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 52/2006, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64

Todavia, o que parece ser difícil ao Governo é saber dosar a ingerência estatal com a importância atribuída à sociedade civil e ao livre mercado. Achar o equilíbrio, o “caminho do meio”, representa um grande desafio na atual conjuntura do Estado brasileiro, que passa por tantas mudanças embaladas pela globalização. É imprescindível que as ideias preconizadas pelos defensores da política de controle, das superpotências em relação aos países em desenvolvimento ou emergentes, num verdadeiro culturalismo econômico, não comprometam a justiça social, devendo ser adotadas e praticadas de forma consciente e dosada.

Contudo, e para encerrar, embora não se saiba qual o modelo de Estado que virá a prevalecer no futuro, não se pode esquecer, insista-se, o fato de que, na atualidade, a necessidade da atuação estatal ainda é fundamental para não gerar o caos no âmbito social.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 8ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Paz e Terra 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial, a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. A implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional 19/98, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria de estado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As Organizações da Sociedade Civil), *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife – Pernambuco, nº 6, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Globalização, regionalização, reforma do estado e da constituição*. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, , Vol. 211 – janeiro/março 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Dissertação de Pós Graduação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em outubro de 1985. Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1987.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. *Obras políticas*, 1ª fase – 1931/1937. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, (Cadernos da UnB.)

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Reinaldo Pereira. O neoliberalismo e a reforma constitucionária. *Resenha Eleitoral*, vol. 4, n. 1, TRESC – Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Florianópolis, jan/jun 1997.

THERBORN, Göran. *Pós-neoliberalismo*: as políticas sociais e o Estado democrático, organizadores Edmir Sader, Pablo Gentili. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VECCHIO, Giorgio Del. *Teoria do Estado*. Tradução portuguesa de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

Recebido em 23/04/2010

Aceito para publicação em 23/02/2011

O REVISIONISMO NO CONTEXTO DA PESSOA JURÍDICA

REVISIONISM ON CORPORATE BODY

Nelson Borges¹

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira²

Fernanda Mesquita Serva³

Sumário

1 A noção de Pessoa Jurídica. 2 Personalidade jurídica e sua desconsideração. 3. O reflexo da função social nas contratações das empresas. 4 Breve historicidade sobre o revisionismo. 5 O revisionismo no universo da pessoa jurídica. 6 Considerações finais. Referências.

Summary

The notion of corporate. 2. Legal status and its de-consideration. 3. The reflection of the social role on enterprises hiring. 4. Brief history on revisionism. 5. The revisionism on corporate body universe. 6. Finals remarks. References.

Resumo

O desenvolvimento das relações econômicas e sociais com a forte massificação dos pactos projeta a pessoa jurídica para o centro das negociações. Neste contexto, são pontuadas as dimensões da desconsideração da personalidade jurídica da empresa enquanto mecanismo das relações negociais. A função social avulta em relação ao individualismo, fazendo do revisionismo instrumento indispensável ao equilíbrio do contrato de execução diferida, alterado por evento imprevisível dando, origem a uma lesão.

Palavras-chave: Empresa. Pessoa jurídica. Revisionismo.

Abstract

The development of social and economic relations with the strong mass pacts project the corporate to the center of negotiations. In this context, the dimensions of corporate as a mechanism of the company's dealings are highlighted. The social function looms large in relation to individualism

1 Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado e professor universitário.

2 Doutora em Direito pela PUC/SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR.

3 Mestre em Direito pela Universidade de Marília- UNIMAR.

making revisionism an indispensable tool to balance to execution agreement, amended by unpredictable event giving rise to a lesion.

Key words: Company. Corporate. Revisionism.

1 Noção de pessoa jurídica

Até o final do século XVIII e início do XIX, conseqüente à manifestação de vontade consagrada no artigo 1.134 do Código Civil francês de 1804⁴, fruto do Iluminismo que permeou a Revolução Francesa (1789), sob o estandarte do *laissez faire, laissez passer*, os reais efeitos dos direitos e obrigações inerentes ao sujeito de direito, no exercício de suas prerrogativa subjetivas, não eram inteiramente conhecidos. Entre outras, a grande dificuldade que, de pronto, se apresentou para compreensão, foi o da estreita relação entre personalidade jurídica e direito subjetivo, marcada no campo obrigacional pela indissociabilidade.

Pretender adentrar a órbita gravitacional da pessoa jurídica e, nela, discutir o revisionismo obrigacional sem destacar, ainda que *en passant*, o lapidar trabalho do professor Lamartine Corrêa de Oliveira sobre pessoas jurídicas, seria injustiça de grau inqualificável. Para ele, o estudo estaria

[...] intimamente ligado ao problema da personalidade humana, porque de seu exato equacionamento pende a correta solução dos problemas das relações entre o Estado e os grupos intermediários existentes na sociedade, de um lado, e entre todas as realidades coletivas e o ser humano, por outro.

Nesse passo, arrolar apenas o fato de serem inseparáveis, personalidade jurídica e direitos subjetivos, porque impossível a existência de pessoas jurídicas sem a presença dos entes físicos, mas possível a destes sem aquelas, embora de alguma relevância como justificativa, seria muito pouco, quase uma levandade.

Diante da necessidade imperiosa, então existente, de ordenamento crítico à diversidade de conceituação que, na década de 1960 grassava no campo jurídico sobre a *vexata quaestio* (da conceituação de pessoa jurídica então existente), o professor Leonardo⁵, assim se manifestou:

Para tanto, J. Lamartine Corrêa de Oliveira elegeu dois critérios distintivos para as diversas teorias. O primeiro deles diferenciava as

4 Artigo 1.134 do Código Civil francês: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

5 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Pessoa Jurídica*: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje? Disponível em: <<http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/45pdf>>. Acesso em: 5 set. 2011. Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira.

teorias mediante *visão de sociedade* dos diversos doutrinadores, especificamente quanto ao reconhecimento dos agrupamentos sociais, O segundo critério pautava-se pela concepção de *direito subjetivo* subjacente a cada uma das teorias voltadas a explicar a natureza das pessoas jurídicas. Os dois critérios refletem algumas das mais importantes posições filosóficas do nosso autor.

E prosseguiu ele:

Ao eleger a visão da sociedade como um dos divisores entre teorias da pessoa jurídica, o estudioso procurava destacar a necessidade de distinguir teorias jurídicas centralizadas na norma jurídica das demais doutrinas que procuravam soluções jurídicas com maior aderência à realidade social. Por outro lado, ao alertar para a concepção de *direito subjetivo* subjacente a cada uma das teorias, ao mesmo tempo, expressava a advertência teórica de uma prestigiosa doutrina e abria o campo para que as premissas jusnaturalistas, eleitas pelo autor como corretas, iluminassem suas conclusões.

E Leonardo⁶ explicou, ainda, que Lamartine, ao assim se posicionar, reagrupou teorias sobre a conceituação do tema: *doutrinas individualistas*, das *realidades coletivas* e *normativistas*.

Por muito tempo vigeu entre os juristas a concepção de que pessoa jurídica nada mais era do que uma *ficção de direito*, de resto essência do entendimento normativista, tendência que se observou no Brasil durante muito tempo. A postura legalista recebeu severas críticas de Lamartine Corrêa, por negar, absurdamente, a existência de grupos intermediários entre o Estado e o indivíduo, que, por seu voluntarismo, não poderia consubstanciar teoria adequada à conceituação da verdadeira natureza da pessoa jurídica. E qual seria, então, essa autêntica natureza jurídica? Gonçalves⁷ explicou:

A razão de ser, portanto, da pessoa jurídica está na necessidade ou conveniência de os indivíduos unirem esforços e utilizarem recursos coletivos para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades individuais.

A propósito do normativismo kelseniano, Leonardo⁸ resumiu o pensamento de Lamartine Corrêa:

6 LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit., p. 4.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008, p. 47.

8 LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit., p. 13.

A objeção de J. Lamartine Corrêa de Oliveira às correntes normativistas é proporcional ao grau de limitação à norma jurídica adotado em cada doutrina. No que diz respeito ao pensamento kelseniano, por exemplo, a crítica é contundente: “[...] criar o Direito numa torre de marfim, separado das realidades econômicas e sociais, pretender para a ciência jurídica total autonomia, e seu desligamento de tudo o que é ‘ideológico’ é intento, quando não inalcançável, absurdo e, paradoxalmente, antijurídico.”

Buscando uma conceituação satisfatória, Lamartine Corrêa, na interpretação de Leonardo⁹, explicava:

A pessoa jurídica é um ser, uma unidade ontológica. Essa unidade, no entanto, não teria “forma substancial”, mas sim “forma accidental”. A pessoa jurídica, por sua vez, “como pessoa humana, ela é um ser”. E, mais, como a pessoa humana, *ela é indivisa, individual. É permanente [...] Possui “independência externa”*. Diversamente da pessoa natural, todavia, a pessoa jurídica “não é substancial. Depende, para existir, dos seres humanos, que estão sob sua existência”. Entretanto, é ser, pois o acidente é ser.

E tentando dar uma ideia da verdadeira postura de Lamartine Corrêa, criador emérito de uma teoria *sui generis* sobre a pessoa jurídica, Leonardo¹⁰ acrescentou:

A sensível diferença entre a pessoa humana e a pessoa jurídica estaria na substância. Segundo os postulados da filosofia tomista adotados pelo autor, os seres existentes poderiam ser diferenciados entre aqueles dotados de forma substancial e outros dotados de forma accidental. Os seres humanos de forma substancial seriam aqueles que não necessitariam de fundamentos extrínsecos para sustentar-se, ou seja, existiriam por si mesmos. Por outro lado, os seres de forma accidental não teriam existência em si mesmos, na medida em que seriam dependentes de outros seres de substância. Por conclusão, “o ser humano é reconhecido como indivíduo, mas não apenas indivíduo: substância também, isto é, ser que existe por si mesmo; e de natureza racional. Irredutível fim em si mesmo, a pessoa humana é dotada de *dignidade*. Mais que uma realidade ontológica, trata-se de uma realidade axiológica, vez que “*ser e valer* estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido

9 LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit., p. 15.

10 LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit., p. 14.

no ser. O homem vale, tem a excepcional e primacial de que estamos a falar, porque é”.

Para Lamartine¹¹, a pessoa jurídica era uma “[...] realidade análoga à pessoa humana, porque idêntica em inúmeros aspectos e distinta no mais importante: a substancialidade, que esta possui e aquela não”. No Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná o Professor costumava dizer: “Aceitarei o risco de ser um homem que crê no primado do espírito. Sou fiel à minha vocação jurídica, mas só sou capaz de entendê-la à luz de um compromisso com a realidade social, inspirado por uma orientação filosófica”.

No Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná costumava dizer: “Aceitarei o risco de ser um homem que crê no primado do espírito. Sou fiel à minha vocação jurídica, mas só sou capaz de entendê-la à luz de um compromisso com a realidade social, inspirado por uma orientação filosófica”.

2 Personalidade jurídica e sua desconsideração

Na conceituação de Coelho¹²,

[...] a personalidade da pessoa jurídica inicia-se com a inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio. As sociedades simples, associações e fundações inscrevem-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e as sociedades empresariais, na Junta Comercial.

Como regra geral, a responsabilidade da pessoa jurídica não alcançaria seus membros, conseqüente à existência da chamada autonomia patrimonial, traduzida esta como inimputabilidade obrigacional dos sócios de uma empresa pelos atos daquela sociedade, decorrente do fato de serem sujeitos de direito distintos e autônomos. Entretanto, o cotidiano tem demonstrado que, na prática, excepcionalmente pode servir de instrumento marginal, utilizado com fins subalternos para descartar o cumprimento de obrigações sociais e mesmo da própria lei, sob o manto daquela excludente de responsabilidade.

Explicando que a moderna teoria da *desconsideração da pessoa jurídica* não tem posto em cheque o princípio da autonomia patrimonial, mantendo-se como válido e incólume a independência dos elementos que a compõem (a pessoa jurídica), Coelho¹³ declinou as razões do acautelamento legal, diante de comprovado desvio de fim:

11 OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 165

12 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 240.

13 COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., p. 243.

Pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que esta é manipulada na realização de fraudes. Os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. (CC, art. 50).

O desenvolvimento das relações econômicas e sociais, conjugado às exigências da celeridade de suas soluções, fez nascer um fenômeno denominado *massificação*. Encontrada nas cidades, fábricas com produção em série, mídia escrita, televisiva, relações de trabalho (convenções coletivas exemplificam), incluindo-se a responsabilidade coletiva, o fenômeno massificador tem levado, principalmente na justiça do trabalho, à criação do que foi chamado uma verdadeira *justiça de massa*.

Observou Seleme¹⁴:

A partir da obra de Enzo ROPPO, consegue-se constatar claramente que, no patamar contemporâneo de evolução das relações socioeconômicas, a concepção clássica de contrato não é mais suficiente.

O contrato está modificado, de forma a permanecer no universo jurídico, agora como instrumento configurado estrutural e funcionalmente para atender às necessidades do instituto econômico-jurídico da empresa. Sobre este, porém, pesam sérias dúvidas de caracterização.

Contrato e empresa devem, hoje, atender a finalidades distintas daquelas perseguidas pelo Estado liberal que engendrou os Códigos modernos. No nosso sistema jurídico, em especial, atender a valores e finalidades traçados como orientadores de todo o ordenamento jurídico no texto constitucional.

3 O reflexo da função social nas contratações das empresas

Com o advento do Código Reale, aplaudida inclusão da função social dos contratos e consagração expressa do princípio da boa-fé (art. 421 e 422) e, principalmente, pela passagem do individualismo oitocentista para o coletivismo de uma era marcada profundamente pelos avanços tecnológicos, as contratações deixaram de ser simples disposições destinadas apenas a produzir consequências jurídicas como proteger, alterar e pôr fim às convenções entre os homens para ser, em um segundo tempo, instrumento de socialização do Direito, via disciplina das sociedades por eles criadas.

14 SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa*: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.270-271,

O postulado centenário de que “[...] o contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, mas porque o direito vale enquanto procede de um contrato” foi obrigado a ceder espaço à função social das convenções, não deixando saudades do voluntarismo e individualismo que dominou os séculos XVIII e princípio do XIX.

Impossível deixar de trazer a esta colação a conceituação do jurista escocês, Ian R. Macneil, grande responsável por profundas alterações no common law americano, em sua inédita configuração sobre contratos relacionados¹⁵:

Se quisermos entender contratos, temos de sair do isolamento intelectual que nos impusemos e absorver algumas verdades básicas. Contrato sem as necessidades e gostos comuns criados somente pela sociedade é inconcebível; contrato entre indivíduos totalmente isolados, que buscam a maximização de seus benefícios não é contrato, mas guerra; contrato sem linguagem é impossível; e contrato sem estrutura social e estabilidade é – de modo bem literal – racionalmente impensável, do mesmo modo como é racionalmente impensável o homem fora da sociedade.

A raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade. O contrato nunca ocorreu sem sociedade; nem ocorrerá sem sociedade; e nunca seu funcionamento poderá ser compreendido isolado de sua sociedade particular.

Ainda que a vontade humana continuasse sendo a principal fonte das obrigações – ao fim e ao cabo, talvez a única –, destinada a produzir efeitos jurídicos, com o novo Código Civil outras dimensões se configuraram, assentadas em novos postulados, com ampliação de causas e efeitos.

O diploma legal em vigor, com sua concepção mais humanista, porque impregnado do *coletivismo* que substituiu o *individualismo* reinante, deu especial ênfase à socialização do Direito, levando Fachin¹⁶ a proclamar: “Sabe-se que quem contrata, não contrata mais apenas com quem contrata, e quem contrata, não contrata mais somente o que contrata”, em perfeita e acaba proclamação do Solidarismo defendido por Louveau que, de resto, nunca deixou de ser socialização do Direito. Antes da publicação, dissera ele: “Em 1975 o Poder Executivo remeteu ao Congresso Nacional um novo projeto de Código Civil formulado de costas para o futuro e distante da realidade brasileira contemporânea.”¹⁷

15 MACNEIL, R. Ian Apud BORGES, Nelson. *Revisão das Convenções nos Ordenamentos Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2011, p.559-560.

16 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331.

17 FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 127.

Tendo como fulcro a premissa de que pessoas jurídicas, em última análise, têm representado nada mais do que *pessoas físicas que se unem com objetivo mercantil*, resultou indiscutível que as regras dos artigos 421 e 422 (função social e boa-fé) encontrariam seguro abrigo nas contratações empresariais e, conseqüentemente, gozariam das mesmas prerrogativas revisionais, quando sua base negocial fosse atingida por evento imprevisível de grandes proporções. Assim, como efeito daquela mutação basilar, nascida a *lesão virtual*, na prevenção de sua transformação em *lesão objetiva*, para evitar grave injustiça a uma das partes, somente o *redium iuris* da ação revisional, na proteção tanto de pessoas físicas como jurídicas.

Santos¹⁸ considerou:

O contrato será passível de modificação se não observar os critérios de justiça, de equidade e de paridade. Que o forte não se aproveite da credibilidade do mais fraco e abuse da confiança depositada, obrigando-o a efetuar contratos que contenham cláusulas leoninas e abusivas. Sempre se fala nessa ampla possibilidade de o contrato perder aquele caráter de *pacta sunt servanda*, porque objeto de espoliação e ser aberto ao prejudicado o caminho do recurso ao Poder Judiciário para a revisão ou resolução dos contratos, os ortodoxos que ainda não conseguiram se desprender do liberalismo econômico brandem com o argumento de que a segurança e a certeza jurídicas se desvanecem quando o legislador confere poderes ao juiz para alterar o que as partes aceitaram, celebraram e quiseram.

Nos dias que correm, tem sido bastante comum ouvir-se falar em Direito Civil Constitucional, como também Processual, Penal, Tributário e outros, ainda que a ideia de suas respectivas constitucionalidades sempre estivesse subentendida, sob pena de seu contrário, a inconstitucionalidade. Antes do Código Reale, nenhum dispositivo existia na lei civil que, de forma expressa, se referisse a um princípio que juristas e tribunais sempre entenderam como implícito na relação entre os homens, configurado na chamada *função social das contratações*. Jurisprudência e doutrina, sempre vigilantes em relação às mudanças sociais, acabaram por dar corpo e guarida à expressão *função social*, levando-a à conquista de espaço no Código Reale, ao se postar sob o manto seguro do artigo 421.

Soto¹⁹ analisou o tema:

A partir das aplicações do princípio da função social do contrato, somado aos mecanismos inspirados nos paradigmas do Direito Contratual moderno, buscou-se uma superação do voluntarismo.

18 SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004, p. 127-128.

19 SOTO, Paulo Neves. *Diálogos sobre direito civil: novos perfis do direito contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 256.

Porém, em um primeiro momento, surgindo apenas como exceções previstas em leis especiais, mas que se inspirava nos dogmas da igualdade fundamental de todos, e da liberdade de cada um.

É neste momento de desequilíbrio entre a realidade social e o ordenamento jurídico que surge a ideia de se aplicar a Constituição como fonte e filtro das decisões legais ordinárias, judiciais e administrativas.

Pela força normativa da Constituição foram reconhecidos implicitamente os princípios setoriais de direito contratual, como consequência da aplicação mediata dos princípios fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88) e, principalmente, da igualdade substancial (art. 5º, I, da CF/88).

4 Breve historicidade sobre o revisionismo

As primeiras contratações perderam-se na noite dos tempos e – testemunham os registros históricos –, praticamente nasceram com o surgimento dos homens. A primeira modalidade de transação, a *troca* ou *permuta*, tem sido noticiada como forma inicial do relacionamento comercial, desde que surgiram as primeiras comunicações. Na legislação hamurabiana (1800 a.C.), a chamada Lei 48 forneceu prova incontestada de que a assunção de obrigações, expressa em um *tábua de contrato*, já era de inteiro conhecimento dos povos da Mesopotâmia, há quase quatro mil anos.

Na doutrina mundial tem sido considerado de consenso geral que a mais importante codificação da Antiguidade foi, sem dúvida, o Código de Hamurabi. Elaborado em datas controversas (de 1800 a 2200 ou de 1200 a 1800 a.C.), ao que se sabe, até hoje não há unanimidade entre os estudiosos.

Disse a Lei 48 daquele Código:

Se alguém tem um débito a juros e a tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar a sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.

Por muitos e muitos séculos – e ainda nos dias de hoje –, a Lei 48 foi considerada um perfeito e acabado exemplo (codificado) de aplicação do *revisionismo contratual* ou, como hoje é conhecida, Teoria da Imprevisão. Na verdade, embora o equívoco fosse de fácil constatação, o conceito enganoso ainda persiste para muitos juristas. A hipótese nunca passou de perfeita e acabada situação de *caso fortuito ou de força maior* e não um precedente legal de *revisionismo contratual*.

Sempre foi, e continuará sendo, do conhecimento geral que as três grandes codificações consideradas definitivas na história da humanidade foram assim

identificadas: Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas e Código de Justiniano. Todavia, no plano das contratações, a verdadeira essência só surgiria nos séculos II e III da Era Cristã, com Lucius Neratius Priscus e Eneo Domitius Ulpiano. Os juristas romanos – a partir daqueles séculos –, foram os únicos responsáveis pelos princípios fundacionais do contratualismo. O primeiro, Neratius, por via de formulação comutativa, deixou expresso que os pactos deveriam manter seu estado inicial de criação (*rebus sic stantibus*); o segundo, Ulpiano²⁰, estabeleceu suportes e salvaguardas de segurança às partes, ao exigir o fiel cumprimento das obrigações (*pacta sunt servanda*). Tem sido absolutamente impossível discutir contratos, seja entre pessoas físicas ou jurídicas, entre aquelas e estas e vice-versa, em qualquer parte do mundo ocidental, sem que os princípios romanos, *rebus* e *pacta* estejam presentes e orientem manifestações de vontades.

Um registro curioso: a despeito da codificação de Hamurabi, o direito que vigia na Mesopotâmia (berço da civilização) era fundamentalmente consuetudinário. As formulações de Neratius e Ulpiano, ainda que primitivamente estruturadas, buscaram transformar em princípios jurídicos o que já era dos usos e costumes dos povos, no contexto obrigacional. Os princípios esculpidos por Neratius²¹ (anteriores aos de Ulpiano), carreados para o Digesto (a mais importante das quatro partes do Código de Justiniano) dizia: “*Contractus qui habent tratum sucesivum et dependentia de futuro, rebus si stantibus*” – os contratos que têm trato sucessivo ou dependem do futuro, devem conservar seu estado de criação).

Em obra recente, ficou expresso:

Radicado em elementar lógica jurídica e cronologia dos fatos, como resultante do aprofundamento por décadas de estudos sobre a Teoria da Imprevisão, foi possível afirmar categoricamente: as cláusulas (manutenção do estado de criação das contratações) e *pacta* (as convenções sempre foram lei entre as partes) surgiram nos séculos II e III da Era Cristã por engenho e arte dos estudos de Neratius e Ulpiano, na condição de princípios jurídicos, ainda que rudimentarmente estruturados. Como corolários lógico-jurídicos uma da outra, nunca existiu em suas gêneses qualquer referência à *primeira como exceção da segunda* e, muito menos, com *destinação daquela exclusivamente a readequações alteradas por causas imprevisíveis*, fruto de equivocada (e conveniente) criação da doutrina romana, posterior ao advento da formulação de Ulpiano, por razões que a história nunca registrou²².

20 ULPIANO, Êneo Domitius. *Pacta sunt servanda* (as partes estão sujeitas às cláusulas dos contratos celebrados). In: Livro XVI, III, I, § VI, Código de Justiniano.

21 NERATIUS, Lucius Priscus. In: *Digesto*, Livro XII, 4, 8, Código de Justiniano.

22 BORGES, Nelson. *Revisão das convenções nos ordenamentos jurídicos*. Curitiba: Juruá: 2011, p. 63.

Por interesses exclusivamente mercantis, no início do século III da Era Cristã, após a formulação do *pacta sunt servanda*, os contratos só eram (raramente), modificados por convenção das partes e, excepcionalmente, por *alterações profundas da base contratual*. A razão: por serem, convenientemente, as contratações consideradas pelos comerciantes *lei entre as partes*, deveriam ser cumpridas a qualquer custo, relegando-se à condição de exceção o princípio *rebus sic stantibus*. *Ex vi* do fato de ser o direito romano formalista e individualista, raramente era concedida revisão de obrigações, mesmo que profundamente alteradas.

A passagem de mais dez séculos seria necessária para que outro expoente das letras jurídicas, Bártolo, surgisse e retomasse a discussão sobre a cláusula *rebus sic stantibus* (essência do revisionismo), considerando-a como *tacitamente contida ou subentendida em todas as contratações diferidas*. Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), foi considerado o mais importante jurista medieval, ocupando o posto privilegiado dos que, isentos da contaminação mercantilista que grassava, interpretaram corretamente a concepção neraciana. Arregimentou muitos seguidores dentre os pós-glosadores, como Baldo, Bartolomeo da Brescia, Tiraquelo, Giason del Mayno, Juan de Andrea, Coccejo e tantos outros. Seus escritos constaram das Ordenações Filipinas de 1603 que, expressamente, determinavam: “[...] guarde-se a opinião de Bártolo, porque sua opinião comumente é mais conforme a razão.”²³

Como era de se esperar, em todo o mundo duas correntes se formaram: a *antirrevisionista*, a princípio majoritária por óbvias razões, e a *revisionista* na qual expressivos nomes da literatura jurídica nacional estiveram na linha de frente. Clóvis Beviláqua manteve-se neutro: no Código Civil de 1916, vários artigos, implicitamente, admitem o revisionismo e outros tantos o proíbem. E, curiosamente, quando de seu advento, a famosa decisão do Conselho de Estado francês, favorável ao revisionismo, no caso da *Cie. D’Éclairage de Bordeaux contra a Municipalidade* (30/03/1916), já repercutia mundialmente.

No Brasil, em 1938, o Supremo Tribunal Federal consagrou o revisionismo ao entender que “[...] a cláusula *rebus sic stantibus* era perfeitamente compatível com o direito brasileiro”. Entretanto, mais de 60 anos se passariam até que, nos artigos 317, 478, 479 e 480, o princípio fosse aceito de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas como se poderia definir a readequação contratual, identificada como Teoria da Imprevisão? Na pesquisa publicada pela Editora Juruá constou:

A Teoria da Imprevisão é o remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade de uma convenção, que ocorre no campo

23 Ordenações Filipinas (1603). SIMÃO, Rodrigues Jorge. História Universal I – Estudos de Direito, Economia, Ciências Sociais, Históricas e União Europeia. Disponível em: <<http://direitoeconomia.glogdrive.com/conv/archi-Ve7.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

extracontratual – ou “aura” das contratações –, de que se podem valer as partes não enquadradas em situações moratórias preexistentes, para adequar ou extinguir os contratos – neste caso com possibilidades indenizatórias –, sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível, entendido este como aquele evento ausente dos quadros do cotidiano, possível, mas não provável, por elas não provocado mediante ação ou omissão, tenha causado profunda alteração na base negocial, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento ou considerável modificação depreciativa do objeto da prestação, de sorte a fazer nascer uma lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha cumprir a obrigação assumida.

Se, em decorrência de atos praticados pelas partes ou terceiros, a base contratual desaparecer, alterando as circunstâncias que serviram de fundamento ao contrato, não sendo possível adaptá-lo ao novo estado, ele poderá ser extinto, aferindo-se responsabilidades pela existência ou não de lesão objetiva, como decorrência da supressão do alicerce contratual.²⁴

A rigor, no plano da estrutura, pressupostos de aplicação, procedimentos e efeitos, o revisionismo tem sido considerado um só, tanto para pessoas físicas como jurídicas. Suas exigências de admissibilidade e utilização em nada diferem. Assim, desde que, ao contratar, ambos preencham as exigências legais de se constituírem como sujeitos de direito e, logicamente, inexistirem vícios de consentimento, o tratamento legal foi sempre o mesmo, gerando idênticas consequências, desde que a convenção celebrada fosse de execução diferida.

Destaque: a vida do ser humano, por sua natureza, tem sido considerada ontologicamente situacional. O homem sempre esteve, está e estará em uma determinada situação, esteja ele vivo ou morto. E, se sempre existiu situacionalidade na vida do ser, com muito mais razão há de havê-la nas contratações que, inexoravelmente, sempre estiveram, estão e estarão, disciplinando situações, as mais diversas, tão somente porque para tanto é que foram criadas.

5 Revisionismo no universo da pessoa jurídica

Em princípio, tanto pessoas físicas quando jurídicas, têm sido consideradas titulares de direitos e prerrogativas previstas na lei civil, no que se refere à *readequação judicial de contrato de execução* diferida, alterados por evento imprevisível. A readequação dos pactos sempre terá hora e vez, desde que o suporte contratual tenha sido atingido profundamente por evento imprevisível,

24 BORGES, Nelson. op. cit., p. 188.

dando origem ao nascimento de *lesão virtual*. Isso porque, esta, não atendida a tempo, poderá transformar-se em *lesão objetiva*, com graves prejuízos para uma das partes, o que o princípio da imprevisibilidade ou Teoria da Imprevisão tem buscado evitar. Contudo, tal postura judiciosa não tem ocorrido em todos os quadrantes da juridicidade nacional. Como regra geral (ressalvando-se exceções), para o CDC, pessoa jurídica será sempre o fornecedor ou prestador de serviços. Em tal polo da relação jurídica, não só a lei como também o entendimento doutrinário e jurisprudencial têm negado direito à revisão contratual às pessoas jurídicas em situações regidas pelo CDC, embora lídimos sujeitos de direito, nunca se soube bem qual a razão. Talvez a justificativa estivesse na convicção de não representarem, aqueles fornecedores ou prestadores de serviços, a chamada parte hipossuficiente no pacto e ser a codificação destinada fundamentalmente à proteção do consumidor. O certo tem sido que, naquele diploma legal, o reconhecimento de direitos líquidos só tiveram um destinatário: o consumidor, devedor da obrigação, ficando ao desabrigo da lei, o credor.

Em trabalho publicado pela Editora Juruá (2011) fixou expresso:

A despeito das inúmeras vantagens ao consumidor no CDC – até por sua própria natureza –, o que se observou foi que o legislador, em alguns instantes, acabou por deixar de lado o valor bilateral da justiça, ao outorgar titularidade do direito de ação (também identificada como pretensão de direito material) exclusivamente a uma das partes, o consumidor, por considerá-lo o elo mais fraco da corrente contratual. No art. 6º (“São direitos do consumidor...”), como de resto em todo o CDC, ficou expresso que só o consumidor teria direito de pedir readaptação contratual ao novo estado fático, caso sua prestação se tornasse excessivamente onerosa. O radicalismo denunciado ensejou indispensável discussão, porque, tanto fornecedor como consumidor, diante do evento imprevisível, teriam pleno e integral direito à utilização da Teoria da Imprevisão. Não subsistiram dúvidas de que a parte final do artigo 6º, V, iria servir de inspiração aos arts. 478 a 480 do novo Código Civil (ali, identificado como devedor), cópia que foram dos artigos 1.467 a 1.469 do Código Civil italiano (1942), modelo a ser condenado por não haver representado o que de melhor existia sobre o tema.”²⁵

A postura do CDC, ao negar o valor dúplice da justiça (devedor e credor devem ter tratamento igual), em 2002 foi transportada para o artigo 478 do Código Civil, ao disciplinar a aplicação da Teoria da Imprevisão: “[...] nos contratos de execução continuada ou diferida se a prestação *de uma das partes se tornar excessivamente onerosa...*” (Destacou-se). Inexplicavelmente, em apenas

25 BORGES, Nelson. op. cit., p. 417.

dezoito palavras o legislador *incluiu* o credor (*uma das partes*) para, em seguida (*se tornar excessivamente onerosa*), *excluí-lo*. Outorgou-lhe a pretensão de direito material para estar em juízo postulando direitos e, incontinenti, retirou-a, uma vez que onerosidade é atributo exclusivo do devedor, nunca do credor. Assim, desde o nascimento do CDC, o único destinatário tem sido, indiscutivelmente, o devedor da obrigação, em flagrante e inadmissível injustiça. Para ilustração do caráter restritivo da lei, apresentou-se a seguinte hipótese. Em contrato de longa duração, um comerciante de couros obrigou-se contratualmente a fornecer a uma fábrica de calçados (consumidor) algumas toneladas de matéria prima para ser manufaturada. O couro fora adquirido no mercado argentino, ao preço de cem dólares o quilo, ali compradas por apenas sessenta. Em curso a contratação sobreveio uma guerra (acontecimento reconhecidamente imprevisível) entre Brasil e Argentina e a importação foi suspensa. Para evitar interrupção no fornecimento, o fornecedor-importador se viu obrigado a transferi-la para a Austrália, não mais ao preço cobrado pela nação vizinha, mas ao custo de seiscentos dólares a mesma quantidade. À luz de elementares princípios de justiça comutativa (e mesmo do bom senso), não haveria como negar a esse fornecedor o direito à revisão contratual em juízo, caso não lograsse conciliação extrajudicial com seu consumidor.

Assim, afora as situações do CDC – que, ainda assim, não são de restrição definitiva, cabendo o bom senso da decisão ao julgador –, a conclusão final foi a de que a readequação contratual é extensiva, em todos os seus aspectos e efeitos, direitos e deveres, tanto às pessoas físicas como às jurídicas, desde que observada a presença dos pressupostos de admissibilidade do princípio.

6 Considerações finais

As clássicas discussões acerca da natureza da pessoa jurídica são consolidadas diante do reconhecimento de sua condição como sujeito de direito dotada de personalidade jurídica, assegurada, de regra, a autonomia patrimonial.

Considerando que excepcionalmente, a empresa pode servir de instrumento marginal, utilizado com desvirtuamento de seus fins para descartar o cumprimento de obrigações, foi adotado pelo ordenamento o instituto da desconsideração da personalidade. A teoria da *desconsideração da pessoa jurídica* não tem, contudo, posto em cheque o princípio da autonomia patrimonial.

Tem sido absolutamente impossível discutir contratos, seja entre pessoas físicas ou jurídicas, entre aquelas e estas e vice-versa, em qualquer parte do mundo ocidental, sem que os princípios romanos, *rebus et pacta* estejam presentes e orientem manifestações de vontades. Sem dúvida que a este contexto histórico reúnem-se novos postulados, com ampliação de causas e efeitos. A socialização dos pactos funcionalizados, em paralelo com a boa-fé objetiva, a função social da

empresa e o equilíbrio dos contratos, assenta nas novas bases da negociabilidade mais humanista, porque impregnada do *coletivismo* que substituiu o *individualismo* dominante.

Assim, afora as situações do CDC – que, ainda não são de restrição definitiva, cabendo o bom senso da decisão ao julgador –, a conclusão final foi a de que a readequação contratual é extensiva, em todos os seus aspectos e efeitos, direitos e deveres, tanto às pessoas físicas como às jurídicas, desde que observada a presença dos pressupostos de admissibilidade do princípio.

Referências

- BORGES, Nelson. *Revisão das Convenções nos Ordenamentos Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CÓDIGO CIVIL FRANCÊS DE 1804. Paris: Dalloz, 1995 – 1996. Artigo 1.134.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa Jurídica: Por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje? Disponível em: <http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/45pdf>. Acesso em: 5 set. 2011. Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008, p. 47.
- NERATIUS, Lucius Priscus. In: *Digesto*, Livro XII, 4, 8, Código de Justiniano.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS (1603). SIMÃO, Rodrigues Jorge. História Universal I – Estudos de Direito, Economia, Ciências Sociais, Históricas e União Europeia. Disponível em: <http://direitoeconomia.glogdrive.conv/archi-Ve7.html>. Acesso em: 5 set. 2011.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do Contrato*. São Paulo: Método, 2004.
- SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SOTO, Paulo Neves. *Diálogos sobre Direito Civil: novos perfis do direito contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ULPIANO, Êneo Domitius. Pacta sunt servanda (as partes estão sujeitas às cláusulas dos contratos celebrados). In: *Digesto*. Livro XVI, III, I, § VI, Código de Justiniano.

Recebido em 17/11/2011

Aceito para publicação em 18/12/2011

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO, de autoria de Arturo Fernandois Vöhringer

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA¹

Obra:

VÖHRINGER, Arturo Fernandois. *Derecho Constitucional Económico*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, 2005.

O autor:

O professor Arturo Fernandois foi considerado um estudioso destacado na comunidade interna chilena, como também é reconhecido por vários trabalhos publicados internacionalmente.

Apresentação da obra e do seu conteúdo:

A obra que aqui se comenta teve como objetivo principal, da forma como foi apresentada por seu autor, estudar o caso concreto do Chile, no que diz respeito às mudanças sofridas no plano econômico, político e jurídico nos último 30 anos, considerando-se a Constituição chilena editada em 1980, que foi apresentada como um marco de inovação e de proteção aos Direitos fundamentais para os seus cidadãos, na busca de assegurar juridicamente o não retorno àquilo que se tinha antes da sua edição.

Partindo do estudo do caso concreto chileno, e, talvez, esta seja a grande distinção do seu trabalho em relação a outras obras sobre o mesmo tema, o autor localiza os princípios jurídicos fundamentais e as garantias constitucionais fundamentais, sistematizando-os e demonstrando como tais princípios e garantias estão sendo aplicados no momento atual, inclusive construindo, ao longo do desenvolvimento de sua obra, uma crítica em relação à insuficiência da produção jurisprudencial para dar cabo de oferecer as explicações suficientes para o entendimento do texto constitucional.

Segundo o autor, essa consequência está ocorrendo em virtude do não apego interpretativo aos princípios formulados na própria Constituição.

¹ Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNIMAR – Marília-SP.

É interessante o desenrolar da sua narrativa, em que, de forma repetitiva, é declarado, que sem que sejam, de fato, alcançadas as liberdades econômicas não se é possível a realização dos Direitos Fundamentais. Também, revela-se uma construção crítica em relação à insuficiência da produção jurisprudencial para dar cabo de oferecer as explicações necessárias para a aplicação do texto constitucional, voltando ao tema anteriormente tratado, que se traduz na constituição enquanto fonte reveladora de método interpretativo.

A partir de 1980, no Chile, tem-se um divisor de águas com a Constituição editada, que inaugurou o chamado “constitucionalismo econômico”, que trouxe um novo entendimento sobre alguns valores, cabendo cita-los: a liberdade pessoal, a igualdade de oportunidades e, a construção de uma nova relação entre o Direito e a Economia.

O autor, quando trata da relação cidadão ou pessoa (nos dizeres do autor) e o Estado, apoiando-se filosoficamente, na maioria das vezes, em Gusmán Errázuriz Don, eleva o primado do “homem” em relação ao Estado. Em síntese, tem-se o apoio à realização pessoal do indivíduo para que se produza o desenvolvimento no plano social. E este parece o cerne filosófico da sua obra.

Em seu primeiro capítulo, o autor conceitua o “Direito Constitucional Econômico” a partir da Constituição chilena, onde foi defendida a autonomia desse ramo do Direito em relação ao próprio Direito Constitucional. São apresentados as regras e ou princípios que irão nortear o desenrolar do seu trabalho. Logo neste capítulo o autor critica a forma como a doutrina estrangeira se expressa sobre a Ordem Econômica, no qual são apresentados os poderes do Estado de controle e intervenção, principalmente.

Em sua concepção, como que invertendo a ordem e apropriando-se do estudo das garantias que são constitucionalmente fornecidas aos governados, no caso, os cidadãos, fixou-se como base o primado do homem sobre o Estado. Trata-se, em curtas palavras, do estudo da segurança jurídica que constitucionalmente é fornecida ao cidadão, tomando este estudo comoparte do estudo maior que é a “ordem econômica”.

Na segunda parte do seu trabalho, o autor anuncia uma série de princípios da “Ordem Política Econômica”, voltando a dar ênfase a questões como: o primado do homem, o princípio da igualdade, da proteção à propriedade privada e o princípio da reserva legal (no sentido de se atribuir ao legislador a competência de regular a atividade econômica, não deixando ao executor esta atribuição). Talvez este último princípio concentre a proteção ao cidadão contra a arbitrariedade já apresentada ao longo da história, como ocorreu no Brasil com os planos econômicos desequilibrados, o confisco do Plano Collor, caracterizados por uma prematura e inconveniente interferência do Estado na economia.

Ainda na segunda parte do livro, o autor se aprofunda nos pontos de maior importância do seu estudo, que são as garantias para os empresários, tomando-se aqui o tema no sentido amplo (é importante frisar que por empresário deve ser entendidos aqui todos que desenvolvem ou querem desenvolver uma atividade econômica). Vale citar: o direito de desenvolver qualquer atividade econômica, que não seja contrária à moral, à ordem pública e à segurança nacional, igualdade de tratamento a ser dado pelo Estado, livre acesso à propriedade, justiça e comprometimento não fiscal e, por último, inviolabilidade das garantias constitucionais.

A terceira parte trata do direito à não discriminação econômica. Volta o autor para o difícil estudo da igualdade econômica. Nessa parte do seu estudo, é importante ressaltar a crítica que é feita quanto aos benefícios econômicos que podem surgir a partir do Estado, como, por exemplo, os incentivos tributários e as consequências desastrosas que podem produzir quando não respeitados o princípio da igualdade econômica.

É importante frisar que circundam a liberdade econômica outras espécies de liberdades, como, por exemplo, a liberdade de aquisição de bens, a liberdade de associação, a liberdade do trabalho e outras, que, no seu conjunto, comporão a chamada “ordem público-econômica”, que no Chile é identificado como “Estatuto Constitucional da Liberdade Econômica”.

Em síntese, a obra espanca o intervencionismo estatal vivido por aquele país no período de 1930 a 1973, principalmente. Indica que o desenvolvimento econômico chileno deu-se a contar do momento em que a liberdade empresarial constituiu-se em algo real, possibilitando como resultado o surgimento de uma economia de mercado.

A crítica que se faz é a exaltação em demasia da liberdade de mercado. Embora preso a princípios básicos, não deixou de transparecer, em todo o contexto, o estudo em paralelo dos dois períodos com a prevalência do segundo enquanto bastante próximo àquilo que se compreende como modelo neoliberal.

O momento maior da obra talvez seja o estudo das limitações impostas ao Estado, independentemente de quem esteja ocupando o governo, como por exemplo, a proibição ao confisco, como o já ocorrido no Brasil, e a liberdade de mercado, com o fim dos privilégios econômicos.

É difícil travar um estudo constitucional doutrinário partindo de um recorte da história chilena, com a tomada de posições políticas como as feitas pelo autor. Contudo, é evidente a importância e o alcance obtidos pela construção acadêmica produzida, o que se revela na tomada de posições e na sistematização dos princípios referentes à ordem econômica.

Não fica de lado a função interpretativa e sua importância, constitucionalmente falando, sem a qual não se garantiria a vigência e aplicação

dos mesmos princípios estudados. Para tanto, valeu-se o autor do critério finalístico, no sentido de, através dele, ser construída uma concepção doutrinária, partindo-se da sobreposição do homem em relação ao Estado, capaz de contribuir para um processo de organização, em especial das decisões judiciais que estão sendo produzidas, sob pena de perder de vista os valores consubstanciados na Constituição.

(Elaborado em abril de 2011)

ANÁLISE SOBRE O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Débora Maria Ribeiro Neves¹

1 Notas introdutórias

O Recurso Extraordinário nº. 418.416-8 julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) traz importante debate sobre os direitos constitucionais previstos *no* art. 5º, incisos XII, LIV, e LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que dispõem sobre o sigilo das comunicações, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. Veremos, adiante, o entendimento firmado, *por maioria*, pelo Supremo Tribunal Federal à luz desse caso concreto, que negou provimento ao recurso extraordinário, gerando precedente sobre a matéria.

A Ementa do acórdão destaca os seguintes aspectos principais: a) validade da decretação judicial da busca e apreensão de objetos “interessantes à investigação” e pertinentes ao crime; b) ausência de violação da proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados (art. 5º, XII da CF/88), tendo em vista que a apreensão dos computadores se deu em conformidade com o mandado judicial; c) inaplicabilidade da tese de “inviolabilidade absoluta de dados de computador”, tendo em vista que, nesse caso, a apreensão se deu com ordem judicial não havendo ofensa à inviolabilidade de domicílio da empresa; d) não violação do art. 5º, XII da CF/88, não havendo que se falar em “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações)”, tendo ocorrido apenas a apreensão da base física, onde se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial; e) a proteção prevista no art. 5º, XII da CF/88, refere-se à comunicação

1 Mestranda em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/Universidade Federal do Pará – UFPA, Belém-PA. Advogada, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade da Amazônia – UNAMA.

de “dados” e não dos “dados em si mesmos (armazenados em computador)” ; f) reconhecer a possibilidade de utilização de dados obtidos durante a investigação criminal de forma regular. Analisaremos os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (Min. Relator), Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

1.1 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O presente caso trata do deferimento, por um juiz federal, de um pedido de busca e apreensão na sede de duas empresas, sob o fundamento de que os documentos indicavam a existência de “caixa 2” “falta de registro de empregados”, e “sonegação de tributos”. O pedido de busca e apreensão visava à apuração de eventuais crimes tributários.

O juiz federal em sua decisão enfatizou que a diligência se justificava pela necessidade de esclarecimento do caso à luz do interesse público que envolve a matéria tributária, tendo em vista ainda os fortes indícios de atuação de uma organização criminosa que sonegava impostos. Cita o entendimento firmado por Celso de Mello (p. 2 do voto), quanto ao *aparente conflito entre o interesse individual (sigilo) e o interesse público (investigação criminal)*, segundo o qual:

[...] o direito individual à preservação do sigilo opõe-se a um bem jurídico de valor coletivo (a primazia do interesse público subjacente à investigação penal, à persecução criminal e à repressão dos delitos em geral) – torna-se relevante admitir, no que concerne à superação do conflito entre direitos fundamentais, a adoção de critério que, fundado em juízo de ponderação, faça prevalecer, em face das circunstâncias concretas, o direito vocacionado à plena elucidação da vontade real [...], nota da ilicitude penal. (grifos nossos).

Enfatizou, ainda, a necessidade, nesse caso, da medida de busca e apreensão com fulcro na Lei nº. 9.034/95, que trata dos meios de prevenção e repressão das ações de organizações criminosas (em especial quanto ao art. 2º, III desta Lei²), cumulada com o art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal – CPP, que tratam da busca e apreensão, tendo em vista a facilidade com que os dados armazenados no computador podem ser apagados, e o elemento surpresa da medida. Não obstante, entendeu igualmente pela necessidade de decretar *segredo de justiça, a fim de resguardar as pessoas investigadas* e o interesse público da

2 Lei nº. 9.034/95. Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais;

[...].

apuração criminal. A decisão *a quo* determinou expressamente que fosse efetuada a busca e apreensão de documentos (livros, registros e papéis contábeis), bem como dos *equipamentos de informática, incluindo computadores e disquetes “interessantes à investigação”*, que deveriam ser selecionados pela autoridade responsável pela diligência, no caso, a Polícia Federal.

Houve a instauração de inquérito policial e, posteriormente, de ação penal proposta pelo Ministério Público Federal pelo crime de descaminho. O TRF/4ª Região determinou o trancamento do processo. Ocorre que, depois de devolvido parte do material que foi apreendido, foi determinada a *extensão dos efeitos do decreto de busca e apreensão para que a Receita Federal e que o INSS tivessem acesso aos dados e documentos apreendidos* da empresa, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, com a restrição de que fosse *observado o sigilo imposto às informações*. Com base nesses dados, a Receita Federal instaurou procedimento fiscal e requereu a quebra do sigilo bancário da empresa, o que foi deferido.

A empresa ingressou com mandado de segurança contra essa decisão e contra o decreto de busca e apreensão, tendo o TRF/4ª Região concedido a segurança parcialmente, desobrigando as instituições financeiras de fornecerem as informações bancárias. Em consequência, foram desentranhadas dos autos as informações bancárias, e foi devolvida a documentação à empresa. Com base no restante do material apreendido, foram instaurados outro inquérito policial e outra ação penal, sendo o denunciado (sócio-gerente das empresas) *condenado* em primeira instância por crime contra a ordem tributária (Lei nº. 8.137/90, pela sonegação de tributos e contribuições sociais) e crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203 do Código Penal). O condenado recorreu alegando, dentre outras coisas, que a condenação estava amparada em *prova obtida por meio ilícito*, que a decisão teria violado o art. 5º, X, XI, XII, e LVI da CF/88 e o art. 243, II, do CPP³, requerendo a absolvição por insuficiência de provas. No entanto, o TRF/4ª Região confirmou, por unanimidade, a condenação entendendo que: a) foi válida a quebra do sigilo de dados; b) a sentença estava devidamente fundamentada e não possuía nulidade; c) o direito à inviolabilidade dos arquivos de dados, da correspondência e das comunicações *não constitui direito absoluto*, podendo ser afastado por busca e apreensão determinada por autoridade judicial; d) existência de inúmeros elementos que comprovaram os crimes, sendo incabível a alegação de insuficiência de provas.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ deferiu *habeas corpus* – HC impetrado pelo condenado, suspendendo a execução da pena até o trânsito em julgado da condenação, porém, denegou outro HC, *indeferindo os pedidos* de:

3 CPP. Art. 243. O mandado de busca deverá:

[...]

II – mencionar o motivo e os fins da diligência;

trancamento da persecução criminal e de inadmissibilidade das provas colhidas na busca e apreensão. Inconformado, o condenado interpôs o Recurso Extraordinário, visando: a) que fossem anulados a sentença de primeiro grau e o acórdão do TRF/4ª Região, com base nos art. 5º, LIV e LV, e art. 93, IX da CF/88; b) ou, que fosse cassada a condenação posto que fundada em prova obtida por meio ilícito; c) alegando ainda a violação da proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados (art. 5º, X, XI, XII, LIV, LV e LVI todos da CF/88).

Interpôs, ainda, contra o HC denegado pelo STJ, outro HC ao STF também distribuído ao Ministro Sepúlveda Pertence, requerendo: a) cassação da decisão que autorizou a busca e apreensão, por falta de justa causa, bem como a cassação da decisão que autorizou o acesso às informações pela Receita Federal e pelo INSS; b) a declaração de serem “inservíveis” tais provas obtidas na busca e apreensão, por constituírem prova ilícita; c) trancamento da ação penal. O Ministério Público Federal, por sua vez, pugnou pela validade das provas produzidas, não havendo conflito com os preceitos constitucionais que regem a matéria, estando respaldadas pelo princípio da legalidade, tendo em vista que foram autorizadas judicialmente, requerendo a denegação do HC.

Após analisar os fatos descritos acima, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que: 1) não houve pré-questionamento de todas as matérias infraconstitucionais; 2) não houve, no presente caso, violação do art. 5º, XII, LIV e LV, nem do art. 93, IX da CF/88; 3) a sentença e o acórdão estavam devidamente motivados e fundamentados; 4) tendo em vista que a sentença e o acórdão não se referiram à nenhuma prova obtida por meio da quebra do sigilo bancário, e que a documentação foi devolvida, não havendo que se falar em qualquer nulidade da decisão.

O recorrente mencionou decisão do STF que, em outro caso (Cacciola), entendeu que “os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine”, não sendo possível delegar à autoridade policial o poder de selecionar os documentos a apreender. Não obstante, o Ministro ressaltou que essa decisão citada não se aplica ao presente caso, pois o decreto de busca e apreensão foi específico, permitindo apenas que a autoridade selecionasse os objetos, dentre aqueles listados na própria decisão, que fossem “interessantes à investigação”, ou seja, que tivessem pertinência com a prática do crime, pelo qual o recorrente foi, de fato, condenado.

Quanto à extensão dos efeitos da decisão de busca e apreensão, que permitiu o acesso da Receita e do INSS às informações, o Ministro entendeu que nas decisões não foi valorado nenhum dado obtido na busca e apreensão, não tendo ocorrido, portanto, nenhum prejuízo concreto ao recorrente.

O Ministro cita o julgamento proferido no caso *Collor*, quando se firmou o entendimento de que a prova obtida por decodificação dos dados e

registros contidos em computador apreendido na sede da empresa do acusado se consubstanciaria em prova ilícita; o que estaria em confronto com o entendimento do presente caso. Não obstante tal argumentação, o Ministro ressalta que são casos diversos, pois, no caso Collor, as provas foram declaradas ilícitas não em virtude de terem sido obtidas de um computador apreendido na sede da empresa do acusado, mas sim em virtude de ter sido obtida sem ordem judicial, ou seja, em violação à garantia da inviolabilidade de domicílio da empresa. Logo, esta decisão não pode ser interpretada como tese da *“inviolabilidade absoluta de dados e arquivos de computador”*. O presente caso é diferente, tendo em vista que a busca e apreensão se deu de forma legal, com autorização judicial específica.

Cita o entendimento contrário de alguns ministros no caso Collor, que defenderam a proteção absoluta da inviolabilidade dos dados, ainda que se tenha autorização judicial. Entende o Ministro de forma diversa, partindo do pressuposto de que, se houver autorização judicial para a violação do domicílio e para a quebra do sigilo de dados, por meio de mandado de busca e apreensão, as provas obtidas são lícitas. No caso em questão, a apreensão dos computadores se deu de forma regular, em cumprimento à um mandado judicial. *Não há, portanto, violação do art. 5º, XII da CF/88 (sigilo de dados e comunicações), posto que não houve quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial.*

Para Sepúlveda Pertence, o art. 5º, XII da CF/88 protege a comunicação de dados e não os “dados em si mesmos”, os quais podem ser objeto de busca e apreensão, ou do contrário estaríamos vivendo no “paraíso do crime” (expressão do Ministro Moreira Alves, citado no voto, p. 19). Nesse sentido, o Ministro *nega provimento ao R.E., julgando ainda prejudicado o H.C.* No entanto, reconhece a *prescrição* da pretensão punitiva estatal com relação ao crime previsto no art. 203 do Código Penal.

1.2 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Já o Ministro Lewandowski manifestou entendimento no sentido de que, no presente caso, *o dispositivo constitucional em tese violado não é o do art. 5º, XII da CF/88 que protege o sigilo da correspondência, comunicação, telefonia e de dados, mas sim o art. 5º, X, que trata da intimidade e privacidade da pessoa.*

Sustenta que a Constituição protege a intimidade e a privacidade das pessoas contra *intromissões indevidas*, seja esta intromissão realizada por particulares ou pelo próprio poder público. Entende que nenhum direito fundamental é absoluto, pois, os direitos fundamentais individuais podem ceder face ao interesse da coletividade. A proteção constitucional prevista no art. 5º, X da

CF/88 não é absoluta, ou seja, não confere imunidade absoluta fiscal, de dados, ou de sigilo bancário, em especial quando essa proteção é colocada de frente com uma investigação legítima das autoridades públicas, sempre observado o devido processo legal.

No presente caso, um juiz, por meio de uma decisão devidamente fundamentada, determinou diligências a fim apreender elementos probatórios para sustentar a persecução criminal. A busca e apreensão estava embasada no Código de Processo Penal e na Lei nº. 9.034/95, sendo que havia, de fato, indícios da existência de uma organização criminosas; logo, foi uma decisão amparada por lei federal. Para o Ministro Lewandowski deve ser concedida à autoridade responsável pela execução da busca e apreensão certa margem de discricionariedade, pois o juiz não possui conhecimento prévio do que será encontrado, não vislumbrando, neste caso, nenhum excesso por parte da autoridade policial, não tendo extrapolado os limites da razoabilidade e da proporcionalidade. Por outro lado, o Ministro discorda quanto ao compartilhamento dos dados apreendidos em investigação criminal específica com a Receita Federal e com o INSS. Houve um “extravasamento” indevido de dados de um processo criminal com outras autoridades, que, a partir de então, instauraram procedimentos de natureza administrativa, fiscal e criminal.

Nesse sentido, acompanha o Min. Relator quanto ao indeferimento do R.E e quanto à prescrição. Porém, quanto ao H.C., concede parcialmente a ordem, para que os dados não sejam utilizados por terceiros, ficando a sua utilização restrita ao processo criminal que deu origem à busca e apreensão.

1.3 Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio primeiramente trata da questão da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX da CF/88. Ressalta que o recorrente alegou que a matéria de defesa relativa ao pagamento do REFIS (Lei nº. 9.964/2000) não foi apreciada na sentença, o Ministério Público não recorreu, o que enseja na nulidade da sentença proferida.

O Tribunal, por sua vez, “cumprindo o papel de juiz *a quo*”, julgou a matéria, em notória supressão de instância, o que violou o devido processo legal. Tem-se, portanto, um vício processual. Concorde com os demais Ministros quanto à não haver, no presente caso, proteção dos dados armazenados, à luz do art. 5º, XII da CF/88. Tem o mesmo entendimento do Ministro Lewandowski quanto à impossibilidade de ampliação da divulgação dos dados e informações obtidas pela busca e apreensão relativa a um processo criminal específico, para outras autoridades. Em havendo a quebra do sigilo bancário não pode haver extravasamento para outros efeitos que não aqueles que deram motivo à quebra

do sigilo. Nesse sentido, com o fornecimento dos dados para a Receita Federal e para o INSS, houve um extravasamento dos parâmetros legais de “cooperação”. Nesse aspecto, acompanha o voto do Ministro Lewandowski.

No entanto, a questão do sigilo bancário restou superada, já que os dados levantados não embasaram a condenação. Considerando que a decisão de primeira instância foi omissa quanto a certas matérias de defesa, o Ministro deu provimento nesse ponto, ao R.E. para declarar insubsistente a condenação, a fim de que o juízo, com base no devido processo legal, julgue a ação penal, manifestando-se explicitamente sobre todas as teses de defesa.

2 Aspectos jurídicos

Sobre o aspecto citado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence em relação ao conflito, aparente, entre dois princípios fundamentais, quais sejam: o direito individual ao sigilo de dados e à privacidade e o interesse público (investigação criminal), salutar mencionarmos o entendimento de ALEX Y:

[...] Seu resultado [referindo-se ao sopesamento] é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a *lei de colisão*, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, *mas uma tarefa de otimização*. [...] o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. [...] Um princípio é contraposto a outro princípio, e a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento. [...] E a lei de colisão demonstra que o sopesamento conduz a uma dogmática diferenciada dos diferentes direitos fundamentais: *nos casos de colisão é necessário definir uma relação condicionada de preferência*. [...] ⁴ (grifos nossos).

Sobre o “conflito” entre interesses públicos e interesses privados, Daniel Sarmento critica a chamada *supremacia absoluta do interesse público sobre o particular* em caso de colisões, em especial nos casos que envolvem direitos fundamentais. Para Sarmento:

Acrescente-se a isso a absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise, no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais

⁴ ALEX Y, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 173/175.

se torna por vezes impossível extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral. [...] O interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais⁵.

O interesse privado refere-se ao âmbito do indivíduo e de seus interesses como pessoa, já o interesse público relaciona-se à coletividade, vendo os indivíduos como cidadãos membros de uma sociedade, uma comunidade política. A questão é que o Estado, enquanto representante da coletividade, também possui obrigação de garantir os direitos fundamentais individuais dos cidadãos, evitando e coibindo abusos e ilegalidades, de forma que os direitos fundamentais da pessoa humana não podem ser violados sob a ótica superficial dos “interesses coletivos”, é preciso haver limites para a intervenção do interesse público sobre o interesse privado. Esse controle e limitação, no caso analisado, foram feitos por meio do princípio da legalidade e do devido processo legal, que determinaram a quebra do sigilo de dados por meio de uma determinação judicial, razão pela qual não se vislumbrou ofensa ao direito à inviolabilidade de domicílio e de sigilo de dados.

O interesse público, nesse caso, foi traduzido na *persecução criminal* que é dever do Estado enquanto detentor exclusivo do poder coercitivo, a fim promover a ordem social, a segurança jurídica, combatendo crimes e impedindo que cidadãos violem os direitos de outros. Sobre a dicotomia *público versus privado*, vale ressaltar a passagem de Sarmento:

[...] Afinal, a autonomia privada também é uma dimensão relevante da dignidade humana. [...].

[...] parece-nos que o critério público/privado não é útil para resolução de conflitos de interesse que se estabeleçam numa sociedade aberta e democrática, [...]. Não há, por outro lado, dois ordenamentos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara.⁶

Podemos concluir que, em verdade, *não há prevalência absoluta do interesse privado, nem tampouco, do interesse público*, sempre será necessária a ponderação dos interesses à luz de cada caso concreto e sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse contexto, no caso discutido no acórdão, o Supremo decidiu,

5 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 27.

6 SARMENTO, Daniel (Org.), op. cit., p. 47/50.

por maioria, que não houve violação do direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo de dados do recorrente, tendo em vista o *interesse público da medida de busca e apreensão*, que foi deferida nos autos de uma investigação criminal, tendo sido autorizada pela autoridade judicial, considerados os indícios de cometimento de crimes.

O Supremo decidiu que a proteção contida no art. 5º, XII da CF/88 não se estende à base física em que estão os dados, mas tão somente aos dados em si. O que se proíbe é a interferência nas comunicações de particulares, mas não se pode sustentar a tese de que as comunicações e os dados se revestiriam de proteção absoluta, que não pudesse ser afastada em nenhuma hipótese. Sobre a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, podemos citar:

[...] os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais. Tem-se entendido que o caráter principiológico das normas constitucionais permite ao legislador que, através de uma ponderação constitucional dos interesses em jogo, estabeleça restrições àqueles direitos, sujeitos, no entanto, a uma série de limitações (“limites dos limites”).⁷

Entendemos que, no presente caso, o próprio legislador constitucional prescreveu situações em que o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo de dados e comunicações poderá ser restringido, prevendo expressamente a possibilidade de ordem judicial a fim de garantir e facilitar investigação criminal ou ação penal. No caso concreto, o *princípio do interesse público*, traduzido na investigação criminal, prevaleceu face ao princípio da inviolabilidade do sigilo de dados e comunicações e ao direito à privacidade e intimidade. Essa prevalência de um interesse sobre o outro se encontra embasada no próprio texto constitucional, conforme preceitua o art. 5º, XI e XII da CF/88, que dispõe que, em casos excepcionais, a inviolabilidade do domicílio e do sigilo dos dados (interesse individual – privado) pode ser *desconsiderada* em face de ordem judicial, em especial para fins de investigação criminal (interesse público – coletivo). Nesse sentido, concluiu o Supremo que não houve violação aos princípios e direitos fundamentais consagrados no art. 5º, X, XI, XII, LIV, LV, LVI da CF/88.

7 SARMENTO, Daniel (Org.) op. cit., p. 79-80 e 93-94.

3 Considerações finais

Podemos concluir que, no presente caso, depois de realizada a ponderação (sopesamento) entre o interesse público e o interesse privado envolvidos na matéria, tendo em vista a restrição imposta aos direitos fundamentais à intimidade, vida privada, inviolabilidade de domicílio e sigilo de dados, houve a prevalência do interesse público, considerando a investigação criminal e os indícios da prática de crimes, o que mostrou ser razoável e justificável para a adoção da medida de busca e apreensão, não tendo sido cometidos excessos ou abusos, sendo respeitado o princípio da legalidade e do devido processo legal, já que houve decisão fundamentada autorizando a medida.

Nesse sentido, concordamos com o Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que não há direitos fundamentais absolutos, podendo haver restrições aos mesmos com base em outros preceitos constitucionais. Não houve, no presente caso, violação aos direitos à intimidade, privacidade, inviolabilidade de domicílio e de dados, pois a restrição a esses direitos foi embasada em decisão específica proferida pela autoridade competente para tal, conforme preceitua o próprio texto constitucional. Não obstante, com relação ao compartilhamento dos dados obtidos por meio da busca e apreensão com outras autoridades (Receita Federal e INSS), concordamos com o Ministro Lewandowski no sentido de que não há permissão legal para esse compartilhamento de dados, tendo em vista que foram obtidos com base em processo criminal específico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

(Elaborado em Abril de 2011)

POLÍTICA PÚBLICA NÃO PODE SER DECIDIDA POR TRIBUNAL

Entrevista com o Prof. Dr. Jose Joaquim Gomes Canotilho

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Por Rogério Barbosa

O Poder Judiciário precisa refletir sobre seu avanço diante das atribuições dos outros dois Poderes da República. Na implementação de políticas públicas, por exemplo, a Justiça pode até ter uma participação complementar, mas nunca atuar como protagonista em ações típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. A opinião é de um dos maiores estudiosos de Direito Constitucional do mundo, o professor da renomada Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, ou apenas J. J. Canotilho, como gosta de ser chamado.

O jurista, que tem em seu currículo o fato de ser um dos autores da Constituição de Portugal, é um crítico da ampliação do controle do Poder Judiciário sobre os demais poderes, principalmente na esfera da efetivação de direitos que dependem de políticas públicas, o que se convencionou chamar de ativismo judicial: “Pedir ao Judiciário que exerça alguma função de ordem econômica, cultural ou social é pedir ao órgão que exerça uma função para a qual não está funcionalmente adequado”.

J. J. Canotilho recebeu a revista *Consultor Jurídico* para uma breve entrevista em São Paulo, por onde passou para participar da entrega do Prêmio Mendes Júnior de Monografias Jurídicas, promovido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Além de fazer observações sobre ativismo, ele também fez ressalvas sobre o mecanismo de Repercussão Geral aplicado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

O professor, ainda, revelou que há coisas que aproximam bem a Justiça portuguesa da brasileira. Por exemplo, o fato de processos em Portugal poderem percorrer até cinco instâncias para, enfim, chegarem a uma conclusão. O jurista falou, também, sobre as metas do Conselho Nacional de Justiça e considerou

questionável a intenção da presidente Dilma Rousseff de flexibilizar patentes. “A flexibilização é muito perigosa porque pode significar a quebra de patente”, disse. Para o professor, as empresas têm direito de exploração econômica, por certo período, por ter inventado um produto. É uma garantia constitucional que não deve ser violada, a não ser em casos de extremo interesse público.

Aos 68 anos, Canotilho é considerado um dos papas do Direito Constitucional da atualidade, citado com frequência por ministros do Supremo Tribunal Federal. É doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e autor de obras clássicas como *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Entrevista

Recentemente, o senhor participou de um debate em que se discutiu o ativismo judicial. Qual a sua opinião sobre o assunto?

Não sou um dos maiores simpatizantes do ativismo judicial. Entendo que a política é feita por cidadãos que questionam, criticam e apontam problemas. Os juízes nunca fizeram revoluções. Eles aprofundaram aplicações de princípios, contribuíram para a estabilidade do Estado de Direito, da ordem democrática, mas nunca promoveram revoluções. E, portanto, pedir ao Judiciário que exerça alguma função de ordem econômica, cultural, social, e assim por diante, é pedir ao órgão que exerça uma função para a qual não está funcionalmente adequado.

No Brasil, há uma enxurrada de ações e determinações judiciais para que o Estado forneça remédios para quem não pode comprá-los. Como o Judiciário deve atuar quando o Estado não põe em prática as políticas públicas?

As políticas públicas não podem ser decididas pelos tribunais, mas pelos órgãos socialmente conformadores da Constituição. Mas é fato que existem medicamentos raros e certa falta de compreensão para situações específicas de alguns doentes. Isso põe em causa a defesa do bem da vida. Os tribunais devem ter legitimização para solucionar um problema desses. É um problema de Justiça e o valor que está a ser invocado é indiscutível: o bem da vida.

O senhor afirma que as políticas públicas não devem ser decididas pelo Judiciário. Mas, uma vez que passam a representar uma demanda que a Justiça não tem como deixar de enfrentar, qual a melhor forma de equalizar esta questão?

O Judiciário precisa enxergar o seu papel nessa questão. Ele pode ter uma participação, mas tem que complementar, e não ser protagonista. Até porque, quando determina a entrega de um medicamento a um cidadão, ele não está resolvendo o problema da saúde. Ele não tem o poder, a incumbência e não é o mais apropriado para a solução das políticas públicas sociais. Os que são responsáveis são os órgãos com responsabilidade política dos serviços de saúde, desde o Legislativo ao Executivo.

Qual a sua opinião sobre o mecanismo da Repercussão Geral, criada para filtrar a subida de recursos e para pacificar em todo o Judiciário os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal?

É uma das perguntas a que não sei responder. Porque, no fundo, o apelo à Repercussão Geral é, de certo modo, uma urgência de sintonizar as decisões judiciais - que são muitas - com a República e com os cidadãos. Nessa medida, entendo que o Supremo Tribunal Federal está levando em conta uma dimensão interessante. Essa é uma atitude inteligente. Mas uma coisa é convocar a vontade da Repercussão Geral e outra é avocar os argumentos, que é um conceito indeterminado, para justificar um caso concreto. Existe então a possibilidade da jurisprudência ser uma jurisprudência que não aplica o Direito para o caso concreto, mas que repete a retórica e os textos argumentativos de outras sentenças.

Qual é a diferença?

A diferença é que, embora você tenha uma Repercussão Geral, cada caso possui uma particularidade. Por isso, cada juiz deve julgar o caso concreto. O que, por vezes, se tem percebido é que tanto a Repercussão Geral quanto a disponibilização do processo digitalizado têm contribuído para que juízes apliquem a decisão, a mesma que o tribunal tomou sobre aquele tema, quando na verdade o correto é avocar o entendimento para tomar sua própria decisão.

O senhor é contra a informatização dos processos?

Não há razão nenhuma para duvidar da bondade da informatização, até porque ela oferece ao cidadão acesso a um ato do tribunal e à possibilidade de saber em que

pé está o processo. Eu acho que isso é uma evolução absolutamente incontornável, então não podemos criticá-la. Até porque, relativamente aos juízes que aparecem agora, mais jovens, nenhum pode deixar de saber trabalhar com os instrumentos da informática, com os computadores.

Mas, ao falar da Repercussão Geral, o senhor deu a entender que existe algum problema com relação à digitalização do processo...

Sim. É a questão de os juízes pensarem em copiar uns aos outros. Ou seja: “Como é jurisprudência constante... Como já decidimos...”. Com a ausência do papel, agora isso é muito mais fácil. E pode haver alguma uniformização da própria estrutura, da própria retórica, o que não é mal, desde que aquilo sirva ao caso concreto que está a ser discutido. Mas isso também parece incontornável. Isso facilita também que os juízes transcrevam um esquema básico e, afinal de contas, não é só um parâmetro, mas é um esquema que eles utilizam todos da mesma maneira. Ou seja, garante-se um nível de uniformização, mas perde-se alguma coisa desta dimensão de que cada processo é um processo, de que cada caso é um caso. E há esta possibilidade da jurisprudência ser uma jurisprudência que não diz o Direito para o caso concreto, mas que repete a retórica e os textos argumentativos de outras sentenças.

Mas isso também ocorre em virtude do número grande de processos, não? A propósito, qual a opinião do senhor sobre as metas impostas pelo CNJ?

Há mais ou menos uns dois anos, o governo português tinha mandado fazer um estudo sobre o tempo médio de trabalho necessário para proferir uma decisão. Os magistrados logo se revoltaram dizendo que era intrusão do Executivo no Judiciário, porque não há possibilidade de determinar um tempo médio na produção de um juiz. Essa cobrança é natural; afinal, nos tempos de hoje, tudo requer agilidade e eficiência. Mas basta entrar em qualquer tribunal para ver processos com milhares de partes, processos com monstruosa complexidade, que levam meses e até anos para serem decididos. Por mais que se criem soluções como a informatização, ainda é o ser humano que decide. Por exemplo, se determina que o juiz julgue 500 casos por ano. Ele julga 300. Depois se pede 400. E ele julga 300. E quando se pede 200? Ele julga 300. Portanto, as metas nos permitem dizer que é humanamente impossível decidir, por ano, mais do que tantos processos.

Aqui ainda é forte a máxima do “ganha, mas não leva”, porque o pleito da causa e a execução se dão em processos diferentes. Isso também ocorre em Portugal?

Em Portugal também funciona assim. Muito dos processos acabaram por ser processos puramente declaratórios. Muitas partes não abdicam de todas as dimensões recursais e vão até o Supremo. Em Portugal, há o risco de termos até cinco instâncias. São três até ao Supremo Tribunal de Justiça, quatro com a Corte Constitucional e cinco ao Tribunal Europeu. Muitas empresas arrastam os processos sem razão de ser. Há processos demasiado formalistas ou garantistas que impedem uma solução dos conflitos.

Parece que não existe Defensoria Pública em Portugal. Como isso funciona?

Não existe a instituição Defensoria Pública, mas há defensores pagos pelo Ministério da Justiça. Portanto, de uma lista de advogados, indicados pela Ordem dos Advogados, há defensor oficioso que é pago pelo Estado. Isso traz alguns problemas. Muitas vezes, são jovens advogados que não têm experiência, o governo atrasa o pagamento, mas não sei qual é o melhor modelo, até porque não sei como seria se tivéssemos a Defensoria. No Brasil tem, mas não conheço seu trabalho.

O senhor falou sobre advogados com pouca experiência, mas como o avalia a nova geração da advocacia?

Existe uma questão que precisa ser observada no Brasil, que é a qualidade das universidades, em especial das privadas. A quantidade de universidades que publicam livros que realmente acrescentam para o mundo do conhecimento é muito pequena. As universidades não podem ser escolas primárias. Vejo muita honestidade e boa vontade na iniciativa do Brasil em democratizar o acesso ao ensino superior, mas isso precisa vir acompanhado de qualidade.

Aqui no Brasil se critica o baixo índice de aprovação no Exame da OAB. O senhor acredita que isso é resultado do número de universidades de má qualidade?

Não apenas. Qual é o brasileiro que pode se dedicar exclusivamente aos estudos? Poucos. Isso influencia também. Não que eu defenda que as pessoas devam se dedicar integralmente aos estudos, mas é preciso reservar tempo considerável. O

mesmo se aplica aos professores. As universidades públicas pagam quase nada para que eles façam orientação de mestrado, doutorado; por isso muitos saem da aula e vão direto para o tribunal advogar. Eles não têm tempo para preparar uma boa aula. Os alunos estão cansados. Não há tempo para o estudo, não há tempo para pesquisa. Trabalhos acadêmicos são grandes plágios.

Por falar em plágio, a presidente Dilma Rousseff tem falado em flexibilização de patentes. Qual a sua opinião?

A flexibilização é muito perigosa porque pode significar a quebra de patente. As empresas têm direito de exploração econômica, por certo período, por ter inventado um produto. É uma garantia constitucional que não deve ser violada a não ser em casos de extremo interesse público, como no caso dos genéricos, e não nos moldes que ocorre no Brasil.

Por quê? O que há de errado na política brasileira de medicamentos genéricos?

No meu ponto de vista esta é uma questão que o Brasil deveria ter superado. O que é um genérico? Um medicamento com o mesmo princípio ativo que um de mercado. Ou seja, de um que foi desenvolvido pela indústria, com base em anos de pesquisa, muito dinheiro investido e que está protegido por lei por 20 anos. Como um medicamento genérico pode confeccionar uma bula dizendo que em 2% dos casos pode ocorrer tal reação adversa? Ele não fez nenhum teste, como pode afirmar? O genérico é um grande plágio.

Entrevista concedida ao repórter Rogério Barbosa da Revista *Consultor Jurídico*. Publicada no site <http://www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues> (com autotização para publicação) Acesso em: 23 out. 2011.

RELAÇÃO DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2011

A NATUREZA JURÍDICA DAS COBRANÇAS DO ACESSO COMERCIAL NAS RODOVIAS PAULISTAS

Mestrando: Álan Rodrigo Bicalho

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro (orientadora)

Prof. Dr. Jose Duarte Neto

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Defesa realizada em: 27/05/2011

A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO COMO CONDIÇÃO PARA A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO BRASIL

Mestrando: Altair Cesar Ramos dos Santos

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira (orientador)

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

Prof^a. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Defesa realizada em: 03/06/2011

O IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Mestranda: Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro (orientadora)

Prof^a. Dr^a Adriana Migliorini Kieckhöfer

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Defesa realizada em: 27/05/2011

INSTRUMENTOS LEGAIS PARA A EFETIVAÇÃO DE CRÉDITOS DE CARBONO EM PROJETOS DE MDL

Mestrando: Diomar Franciso Mazzutti

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof. Dr. Nelson Borges

Prof^a. Dr^a. Marlene Kempfer

Defesa realizada em: 29/04/2011

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: EFETIVIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Mestranda: Fernanda Mesquita Serva

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón

Prof^a. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro

Defesa realizada em: 02/09/2011

DA PROIBIÇÃO DA DEMISSÃO EM MASSA DESMOTIVADA EM FACE DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO BRASIL

Mestranda: Francyni Schiavon Breda

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira (orientador)

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

Prof^a. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Defesa realizada em: 03/06/2011

A EXIGÊNCIA DE MANUTENÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA TRANSFORMAÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL EM URBANA

Mestrando: Jaquiel Robimson Hammes da Fonseca

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro (orientador)

Prof^a. Dr^a. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Prof^a. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Defesa realizada em: 13/05/2011

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AMBIENTAL: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA ALTERNATIVA NA GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

Mestrando: Luís Gustavo Tirado Leite

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Marlene Kempfer (orientadora)

Prof^a. Dr^a. Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Defesa realizada em: 02/09/2011

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Mestrando: Marcelo da Costa Soares

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof^a. Dr^a. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Defesa realizada em: 19/03/2011

ICMS ECOLÓGICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Mestrando: Marcelo dos Reis

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof. Dr. Nelson Borges

Profª. Drª. Maria de Fátima Ribeiro

Defesa realizada em: 29/04/2011

PROMOÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO BRASIL E A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE DA EMPRESA E DO ESTADO

Mestrando: Nelson Rosa dos Santos

Banca Examinadora:

Profª. Drª. Marlene Kempfer (orientadora)

Profª. Drª. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Defesa realizada em: 03/06//2011

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Mestranda: Neuci Pimentas de Medeiros

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro (orientador)

Profª. Drª. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Profª. Drª. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Defesa realizada em: 13/05/2011

**MICROEMPRESA E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL,
ECONÔMICA E JURÍDICA: LEI COMPLEMENTAR 123, DE
14 DE DEZEMBRO DE 2006**

Mestrando: Silvio José Ferreira

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof^a. Dr^a. Adriana Migliorini Kieckhöfer

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Defesa realizada em 27/05/2011

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista ARGUMENTUM, indexada em base de dados RVBI (Senado Federal) e ISSN - 1677-809X, tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade de Marília - UNIMAR, assim como de estudiosos do direito e das ciências sociais de Universidades, Centros de Pesquisa e de outras Instituições.

Os trabalhos podem ser publicados em português, espanhol, francês, alemão ou inglês.

Podem ser enviados trabalhos de DOCTRINA (artigos), de RESENHAS e de COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA.

A Comissão Editorial da Revista só avaliará trabalhos inéditos.

TEMÁTICA Nº 12: Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas

1. Os ARTIGOS devem conter:

a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula, negrito;

b) Sumário (Introdução, desenvolvimento, considerações finais, referências) apresentado em português e inglês;

c) Resumo de até 250 palavras em português e em inglês: espaço simples, fonte 12;

d) 03 (três) palavras-chave em português e em inglês;

e) Número de páginas: De 15 a 25 páginas

f) Os artigos devem ser digitados em:

- Editor de texto: Microsoft Word

- Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical

- Letra: Times New Roman

- Fonte: 12

- Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas

- Espaçamento entre linhas: 1,5 cm

- Parágrafo: 1,25 cm

- Margens: Superior e esquerda - 3 cm; Inferior e direita - 2 cm

g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte 10.

h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas.

i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

2. As RESENHAS devem ser apresentadas com até 03 (três) páginas, sem a identificação dos autores.

3. Os COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA devem ser apresentados com até 10 (dez) páginas, sem a identificação dos autores.

4. Cada trabalho encaminhado poderá constar, no máximo, com 02 (dois) autores.

5. Os autores não deverão indicar, no corpo do trabalho, seus nomes e titulações, dados estes que deverão constar de arquivo anexo, junto com a autorização expressa para publicação, bem como o endereço completo, telefones e e-mail para contato com o autor.

6. Os trabalhos devem trazer a data de sua elaboração e devem ser submetidos a uma revisão de linguagem e de digitação, antes de serem encaminhados para a Revista.

7. Todos os trabalhos serão analisados por 02 (dois) avaliadores externos ad hoc, bem como pela Comissão Editorial. Os que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração.

8. Serão publicados os trabalhos avaliados pelos Consultores com indicação de publicação e que forem selecionados pela Comissão Editorial.

9. Para cada trabalho publicado serão destinados ao(s) autor(es) 2 (dois) exemplares da Revista, como Direito Autoral.

10. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para a Revista deverão enviar a declaração de cessão de direitos autorais, conforme modelo da UNIMAR.

11. O envio dos trabalhos será considerado participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a UNIMAR.

12. A Comissão Editorial da Revista reserva-se o direito de não analisar os trabalhos enviados FORA DAS ESPECIFICAÇÕES MENCIONADAS ACIMA.

13. Os trabalhos para a publicação deverão ser encaminhados pelo sistema Double Blind Peer Review, constante no site da Unimar (www.unimar.br) ou pelo e-mail mestradodireito@unimar.br

