



# NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



# NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2013

# NOMOS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**  
Volume 33.2 – jul./dez. 2013

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

**Editor Assistente**

Álison José Maia Melo

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Charles D. Cole

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Federico Di Bernardi

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Gilles Lebreton

Hugo de Brito Machado

João Luis Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luis Caballero

Juarez Freitas

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

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

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

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

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



## SOBRE OS AUTORES

---

Amélia Sampaio Rossi

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

Anderson Vichinkeski Teixeira

Doutor (2009) em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze* (2010). Mestre (2005) em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico.

Antonio Fernández de Buján y Arranz

Profesor de Derecho Financiero y Tributaria. Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

Celso de Barros Correia Neto

Doutor em Direito pela USP. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Doutora em Direito pela UFSC e Professora da Unilasalle-RS.

Danielle Anne Pamplona

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

Fabiana Marion Spengler

Pós-doutora em Direito pela *Università degli Studi di Roma Tre*, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, Coordenadora do Grupo de Estudos

“Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, advogada.

Hugo de Brito Machado

Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

Janáina Rigo Santin

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa – Bolsista CAPES; Doutora em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela UFSC; Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História da UPF.

João Ricardo Catarino

Professor de Direito Tributário e de Finanças Públicas e Direito Financeiro na Universidade de Lisboa – ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Investigador no CAPP – Centro de Administração e Políticas Públicas.

José de Oliveira Ascensão

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

Katiane Scharlesi Gehlen dos Santos

Acadêmica do Curso de Ciências jurídicas e sociais da Universidade de Passo Fundo e bolsista PIBIC-UPF de pesquisa, cursando o 8º nível.

Liziane Angelotti Meira

Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil. Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito com concentração em Direito do Comércio Internacional e Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Professora da Universidade Católica de Brasília. Professora e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professora da Escola de Administração Fazendária. Professora Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Maria Daniele Silva do Nascimento

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho (2010).

Marianne da Silveira Bona

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos, em convênio com a Faculdade Integral (Minter UNISINOS/FACID). Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Público pela mesma Instituição. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)/ Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP). Bacharela em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Prof. Camillo Filho. Procuradora Federal (Advocacia Geral da União – PI). Advogada.

## Paulo Caliendo

Graduado em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado, lecionando na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-Graduação no país. Autor do livro finalista do Prêmio Jabuti 2009 “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, publicado pela editora Elsevier. Conselheiro do CARF, vice-presidente da Academia Tributária das Américas, Árbitro da lista brasileira do Mercosul. Advogado.

## Pedro Henrique de Araújo Cabral

Advogado. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduado em nível de extensão em Direito Societário, em Direito do Seguro e Resseguro, em Processo Civil e em Inglês Jurídico, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET/SP). Processor de Direito Societário, Direito de Falência e da Empresa em Crise, Direito Tributário, Direito Cambiário, Direito Contratual, Direito Bancário e Direito Penal Bancário na Fundação Getúlio Vargas; de Metodologia do Trabalho Científico na Universidade do Vale do Acaraú (UVA); e de Teoria do Projeto Aplicado na Fundação do Vale do Jaguaribe (FVJ). Parecerista da Revista Opinião Jurídica. Pesquisador do Grupo Tributação Ambiental (PPGD/UFC).

## Renata de Assis Calsing

Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Bacharel em Direito pelo UNICEUB. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília- DF. Analista de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

## Rosiany Karine Gonçalves Nunes

Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Advogada. Professora Universitária.

## Sérgio Cabral dos Reis

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (PR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor da graduação e da pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Vice-diretor e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor convidado da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Pernambuco (ESMATRA VI). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Ex-juiz do trabalho no Paraná e em Sergipe. Juiz do Trabalho na Paraíba.

Sergio Urquhart de Cademartori

Doutor em Direito pela UFSC e Professor da UCS-RS e da Unilasalle-RS.

Theobaldo Spengler Neto

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), onde atualmente é professor adjunto. Professor de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Procedimentos Especiais e Processo Cautelar) e de Direito Civil - Responsabilidade Civil. Vice líder do Grupo de Pesquisas "Políticas Públicas no tratamento dos conflitos", certificado ao CNPq. Coordenador do Centro de Pesquisas Jurídicas do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Sócio titular do escritório Advocacia Spengler Assessoria Empresarial – SC.

Wilson de Jesus Beserra de Almeida

Pós-doutor em Relações Internacionais pela Georgetown University, Washington, DC. Honorary Fellow e Pós-doutor em Relações Internacionais pela University of Wisconsin-Madison. Doutor Em História das Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Mestre em Economia Política Internacional pela Universidad de Santiago de Compostela, Espanha. Graduado e pós-graduado (MBA) em Administração pela Universidade de Pernambuco. Professor do curso de Mestrado em Direito e professor do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília.



## SUMÁRIO

### DOCTRINA NACIONAL

NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO EM OPOSIÇÃO OU TENSÃO PRODUTIVA? <i>Amélia Sampaio Rossi</i> <i>Danielle Anne Pamplona</i> .....	13
GERENCIAMENTO ADMINISTRATIVO DOS RISCOS AMBIENTAIS COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL <i>Anderson Vichinkeski Teixeira</i> <i>Marianne da Silveira Bona</i> .....	31
MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E DIREITO TRIBUTÁRIO <i>Celso de Barros Correia Neto</i> <i>Liziane Angelotti Meira</i> .....	53
DE COMO A CONCEPÇÃO MARXISTA DE DESENVOLVIMENTO PODE SERVIR DE INSTRUMENTO A FIM DE COMPREENDER A ALTERNATIVA ANDINA DO “VIVIR BIEN/BUEN VIVIR” <i>Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori</i> <i>Sergio Urquhart de Cademartori</i> .....	83
O TEMPO PROCESSUAL BRASILEIRO: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA DA CRISE DA JURISDIÇÃO? <i>Fabiana Marion Spengler</i> <i>Theobaldo Spengler Neto</i> .....	103
REGRA GERAL SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL <i>Hugo de Brito Machado</i> .....	123
PRECARIEDADE NA SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL: APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Janaína Rigo Santin</i> <i>Katiane Scharlesi Gehlen dos Santos</i> .....	133
A SOCIEDADE DOS CIDADÃOS: OS PARADOXOS DA DEMOCRACIA MODERNA <i>Maria Daniele Silva do Nascimento</i> .....	155
LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR COM FINALIDADE EXTRAFISCAL <i>Paulo Caliendo</i> .....	171

UMA PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE NORMA JURÍDICA A PARTIR DE SUA ESTRUTURA LÓGICA E DA SUA ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL COM AS DEMAIS NORMAS DO SISTEMA

*Pedro Henrique de Araújo Cabral* ..... 207

EDUCAÇÃO EMANCIPATÓRIA, TRABALHO DECENTE E DESENVOLVIMENTO DO BRASIL NO CAPITALISMO PARASITÁRIO NEOLIBERAL: PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

*Sérgio Cabral dos Reis*..... 227

ENTRAVES LEGAIS À INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA

*Wilson de Jesus Beserra de Almeida*

*Renata de Assis Calsing*

*Rosiany Karine Gonçalves Nunes* ..... 247

## DOUTRINA ESTRANGEIRA

UN NUEVO CONCEPTO DE AGENTE DEPENDIENTE DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ESPAÑOL

*Antonio Fernández de Buján y Arranz* ..... 261

GARANTIAS ESSENCIAIS DOS CONTRIBUINTES EM PORTUGAL E NO BRASIL – UMA PROPOSTA PARA A SUA PROTEÇÃO FUNDAMENTAL

*João Ricardo Catarino* ..... 279

UM DIREITO DE CLÁUSULAS GERAIS? SENTIDO E LIMITES

*José de Oliveira Ascensão* ..... 299

---

## DOUTRINA NACIONAL

---





# NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO EM OPOSIÇÃO OU TENSÃO PRODUTIVA?

*Amélia Sampaio Rossi\**  
*Danielle Anne Pamplona\*\**

## **Resumo**

Falar-se em neoconstitucionalismo significa perceber que a separação de poderes passa atualmente por uma nova readequação. O Direito hoje adquire uma forte carga axiológica por meio dos princípios constitucionais, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. Assim o neoconstitucionalismo é detentor de uma constitucionalidade necessariamente vinculada à moral. O efeito da irradiação dos princípios sobre o ordenamento jurídico elimina os espaços de discricionariedade e amplia a aplicabilidade do sistema jurídico. A teoria dos princípios remete necessariamente a uma teoria da argumentação jurídica prática. Assim, é possível observar-se também um deslocamento do protagonismo, sempre existente a cada época por parte de um dos poderes, para o Poder Judiciário, o que não quer significar que agora o juiz está alçado a um decisionismo arbitrário. Ao contrário, a sua atuação deverá pautar-se pelos marcos éticos e políticos que informam o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Os princípios estimulam novas formas de racionalidade jurídica e implicam uma racionalidade prática para sua aplicação na concretização dos direitos fundamentais, o que é tarefa e obrigação do Poder Judiciário como Guardião da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

## **Palavras-chave**

Neoconstitucionalismo. Constitucionalização do Direito. Ativismo Judicial. Constitucionalismo. Democracia.

## **Abstract**

To talk about neoconstitutionalism means realizing that the separation of powers is currently undergoing a new readjustment. The law now acquires a strong axiological load by constitutional principles, especially in the form of fundamental rights. Neoconstitutionalism holds a constitutionality necessarily tied to moral. The effect of the irradiation on the principles across the legal system eliminates the space for discretion and extends the applicability of the legal

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). *E-mail*: ami-www.com.br@uol.com.br

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Titular da Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). *E-mail*: danielle.pamplona@pucpr.br

system. The theory of principles necessarily refers to a theory of practical legal argument. Thus, it is also possible to observe a shift in the role, each time in history played by one of the branches, to the judiciary, which does not mean the judge would have arbitrary power. Rather this, his actions must be guided by ethical and political rules that inform the Constitutional and Democratic State of Law. The principles stimulate new forms of legal and practical rationality in order to realize fundamental rights, which is the task and duty of the judiciary branch as guardian of the Constitution and hence of fundamental rights.

### Keywords

Neoconstitutionalism. Law's Constitutionalization. Judicial Activism. Constitutionalism. Democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

A trajetória de centralidade das Constituições no sentido de ocuparem o locus mais importante da ordem jurídica se inicia ao fim da segunda Grande Guerra, especialmente em função da perplexidade diante da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana em função das atrocidades perpetradas naquele contexto. As Constituições começam a abrigar os valores e opções políticas da comunidade por meio dos princípios que paulatinamente ganharão o reconhecimento de seu caráter normativo. A função do Direito, principalmente, a função das Constituições, deixará de ser apenas a de estabelecer as regras do jogo político. O Direito aparecerá comprometido com o único fim que lhe justifica a existência. Para além da segurança jurídica, o Direito estará comprometido com a pretensão de realização de justiça ou de correção material. A dignidade da pessoa humana passa a ser o norte que conduz a criação e instrumentalização das Constituições. As fronteiras entre a moral e o Direito se tornam mais imprecisas em função da abertura do sistema introduzida por meio dos princípios constitucionais, a ponto de se perceber, não apenas uma relação contingencial, mas uma conexão necessária entre a moral e o direito. Assim, o neoconstitucionalismo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. As Constituições contemporâneas, para poderem ser melhor compreendidas e aplicadas, exigirão que se lance mão de raciocínios mais complexos e sofisticados que tomam em consideração esta relação necessária entre a moral e o direito. A Constituição constitui a própria comunidade de princípios e o fundamento do direito que a regula.

Conforme bem observa Luís Pietro Sanchís<sup>1</sup>, o neoconstitucionalismo pode ser considerado resultado da convergência de duas grandes tradições do constitucionalismo moderno, ou seja, a tradição americana e a tradição europeia. Para o autor, embora reconheça uma excessiva simplificação nas diferenças elencadas entre as tradições, a tradição norte-americana é aquela que entende a Constituição como determinante das regras do jogo político e

---

<sup>1</sup> SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005. p.125 e 126.

social, na garantia da autonomia individual e garantida ela mesma pelo Poder considerado o mais neutro de todos, o Poder Judiciário. O poder constituinte, neste contexto, implica a ideia de limitação de poder, especialmente do Legislativo, visto que fixa-lhe limites de atuação que não podem ser desrespeitados. Assim a Constituição determina basicamente quem manda e quais os limites do exercício deste poder. Já na tradição europeia a Constituição não é vista apenas como um mecanismo de garantia das regras do jogo político, mas antes como a encarnação de um projeto político bem articulado. A Constituição possui um caráter revolucionário e transformador que condiciona as futuras decisões coletivas a propósito da ação do Estado nas mais variadas esferas. Em outras palavras a Constituição determina o que deve ser mandado, ou seja, qual a orientação para a ação política.

A convergência destas duas tradições resulta, conforme já afirmado, em uma nova maneira de se perceber, compreender e querer o Direito, especialmente, o Direito Constitucional. O Direito Constitucional passa a ser encarado em uma perspectiva emancipatória e a Constituição como uma ferramenta de transformação social. O chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ou ainda constitucionalismo de direitos, promove a ressignificação de todo o sistema jurídico uma vez que a Constituição passa a ser vista como o centro de significado e importância de toda a ordem jurídica (fundamentalidade formal e material) ainda mais, tomando-se em consideração que no centro de significado e importância da própria Constituição se encontram os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de todas as gerações/dimensões dão o tom de compreensão do documento constitucional. Se no início do desenvolvimento do constitucionalismo, ainda de cunho liberal de fins do século XVIII, o papel dos textos constitucionais era primordialmente o de organização estatal agora passa a ser o de reconhecimento, defesa e concretização daqueles direitos.

A onipresença nas atuais Constituições de regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica, revitaliza a força normativa dos Textos Constitucionais e passa a exigir formas mais complexas de raciocínios jurídicos interpretativos. A hermenêutica se renova, para usar a expressão de Häberle, na sociedade aberta de interpretes da Constituição, mas muito embora o jogo democrático conte com a participação de todos na compreensão de um Documento que é essencialmente de todos e para todos, o grande protagonista desta ação tem sido o Poder Judiciário. Especialmente no caso brasileiro, em que a Constituição de 1988 nos introduz no constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário tem desempenhado importante papel no protagonismo e concretização deste desenvolvimento constitucional. Não obstante, é relevante destacar-se que os demais Poderes Executivo e Legislativo também são chamados a cumprir a função de interpretar e dar a melhor aplicação possível à Constituição. As especificidades de cada Estado, suas

necessidades e o grau de demanda real da população, serão alguns dos determinantes para o modo de concretização do constitucionalismo de direitos.

Concretamente, falar-se em neoconstitucionalismo no Brasil tem implicado em se perceber que a separação de poderes passa atualmente por uma nova readequação. A doutrina já relaciona o exercício do que se convencionou chamar de constitucionalismo liberal, de fins do século XVIII e início do século XIX, a um maior destaque do Poder legislativo em relação aos demais. Da mesma forma, sob a égide do constitucionalismo de cunho social, perceptível já ao fim da Primeira Grande Guerra, o poder de maior destaque foi o executivo eis que necessária sua atuação para a consecução de políticas públicas de reconstrução e redistribuição de bens. Pois bem, no Brasil — ainda que não tenha acompanhado tais movimentos no mesmo passo histórico que a Europa ou os Estados Unidos — identifica-se um maior protagonismo do Poder Judiciário que se vê às voltas com a necessidade de decidir situações que antes não eram objeto de judicialização. Alguns veem, aqui, o que se convencionou chamar de ativismo judicial.

O ativismo judicial implica o fato de que ao juiz cabe a tarefa primordial de racionalizar o sistema jurídico tomando-se como pauta os princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Constituição. O vácuo muitas vezes deixado pela inação dos demais Poderes Instituídos, no cumprimento das suas obrigações para a realização dos dispositivos e direitos constitucionais estabelecidos, faz com que o poder Judiciário tenha a obrigação de atuar efetivando concretamente direitos por meio de suas decisões, ainda que este Poder seja o único não legitimado democraticamente, visto que não se compõe de agentes escolhidos pelo voto popular. Não obstante seja o Judiciário um poder contramajoritário, a sua atuação na implementação e defesa de direitos não se contrapõe à democracia, muito menos aos espaços democráticos de escolha dos cidadãos, a menos que se confunda democracia com vontade da maioria. É certo que o Poder Judiciário represente uma força contramajoritária quando em face à possibilidade do arbítrio das majorias e, especialmente, em defesa dos direitos das minorias.

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo moderno nasce liberal e evolui ao longo do tempo, sofrendo alterações e acréscimos em relação ao próprio conceito de Constituição e sua estrutura. Essa evolução guarda, necessariamente, íntima relação com as mudanças de modelo de Estado. É possível afirmar que o moderno constitucionalismo liberal esteve atrelado a um contexto histórico, político, econômico e ideológico de desenvolvimento do modelo liberal de Estado e, por isso mesmo, reinava o papel ainda secundário desempenhado pela Constituição, entendida como Carta Política, diante do desenvolvimento central das grandes codificações do direito privado, o apego ao legalismo (a

consequente ascensão do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes instituídos) e o incipiente positivismo. A transformação do Modelo Liberal de Estado de Direito para um modelo de Estado Social de Direito, nas suas mais variadas vertentes, inclusive a socialista, traz mudanças também na compreensão do papel desempenhado pela Constituição. Esta passa a ter reconhecida uma normatividade superior em relação às demais leis, não apenas no tocante à forma, mas também em relação ao seu conteúdo. O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática. Isso nos mostra que o constitucionalismo contemporâneo faz adesão a determinados valores políticos que passam a orientá-lo.

O processo de constitucionalização que se vem observando ao longo do tempo (conforme se verá mais adiante), revela paulatinamente a face de uma Constituição que influi e impregna o horizonte de sentido e compreensão de todos os demais ramos do direito, melhor dizendo, da própria teoria do direito. O constitucionalismo contemporâneo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. Para melhor se entender as Constituições atuais, será preciso lançar mão de raciocínios que implicam e reconhecem as conexões necessárias entre a moral e o direito.

O termo neoconstitucionalismo aparece ainda cercado por imprecisões e incompreensões. Não há consenso doutrinário no sentido de reconhecer um aporte teórico único, mas os vários estudos que se desenvolvem na área já formulam o esboço de uma nova maneira de se aproximar, compreender, explicar e também querer o direito em uma perspectiva não positivista ou pós positivista.

O termo “neoconstitucionalismo” foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado “A especificidade da interpretação constitucional”. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamento de juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores e nem mesmo que todos se sintam abrigados sob o neoconstitucionalismo. Mas é certo que compartilham de algumas noções peculiares que pode uni-los em uma única corrente jusfilosófica. Pozzolo<sup>2</sup> elenca as características peculiares que os abrigariam em uma perspectiva comum. A primeira seria a prevalência dos princípios sobre as regras e a sua peculiar abertura e recorrência a valores, o que levaria a uma indicação clara aos juízes para tomá-los a sério

---

<sup>2</sup> POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v.21, n.2, p. 340-341, 1998.

na interpretação, argumentação e justificação das decisões judiciais, podendo inclusive, extrair diretamente deles a solução para determinadas controvérsias<sup>3</sup>. Consequentemente, a segunda característica seria a prevalência de raciocínios de ponderação sobre a subsunção. Os princípios, por sua abstratividade, carecem de interpretação mais complexa. Não se quer, com tal afirmação, implicar que as regras podem ser interpretadas sem cuidados, mas sim, quer-se reforçar a idéia de que os princípios carecem de cuidados quando de sua interpretação e aplicação, para evitar a crítica de que se deixa à vontade do intérprete o encontro de seu significado. É o modo de interpretar que deve ser objetivado<sup>4</sup>. Nessa mesma toada vai Dworkin para quem a decisão é um ato interpretativo. É no momento pós-interpretativo, que chama de justificação, quando há a construção do argumento moral. O momento de tomada de decisão é carregado de objetividade na medida em que revela uma conexão entre propósito e objeto. Mas não para identificar essa relação como uma escolha prévia do julgador em relação à solução que dará à causa, mas sim, para identificar a responsabilidade do julgador em relação à sua manifestação na decisão do caso concreto<sup>5</sup>.

A prevalência da Constituição frente a independência do legislador também é uma característica que implica a substancialização dos documentos constitucionais. A função das Constituições não é apenas estabelecer os limites e a organização dos poderes, mas determinar conteúdos materiais que se estabelecem como limite, inclusive, à ação do legislador. Neste sentido a presença dos princípios e a consequente constitucionalização de toda a ordem jurídica faz com que o juiz possua a tarefa de adequar continuamente a legislação às prescrições constitucionais. O juiz deixa de ser visto apenas na função de legislador negativo e assume a tarefa de racionalizar o sistema jurídico.

Perceba-se que a perspectiva em que Pozzolo trata a questão é em relação a um peculiar modelo constitucional, o modelo axiológico ou prescritivo de Constituição em que esta não se constitui apenas em uma norma de autorização e limite do direito infraconstitucional, mas especialmente em programa de ação e razão para atuar. O documento constitucional substancializado se constitui em uma ponte que permite a passagem ao discurso moral como o único que pode prover uma justificação à observância ou aplicação

---

<sup>3</sup> E aqui uma observação precisa ser feita. Estes autores não podem estar engessados em uma mesma corrente com características estanques pelo simples e primeiro fato de que estão a falar de sistemas jurídicos diferentes. Assim, a afirmação de que os juízes podem resolver casos concretos fundamentando-se em princípios tem extensões (além de técnicas) diferentes para Dworkin e Alexy.

<sup>4</sup> A possibilidade de alcançar esta objetivação e as maneiras para tanto estão em Virgílio Afonso da Silva, Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, em especial p. 367-371.

<sup>5</sup> Taking Rights Seriously, p. 208-220.

do direito.<sup>6</sup> O direito oferece razões para agir e para ser digno de respeito não basta que essas razões se apoiem apenas no comando da autoridade; tais razões exigem respeito porque apoiam o direito em uma pretensão de realização de justiça (podemos lembrar aqui o pensamento de Alexy quando entende da conexão necessária entre a moral e o direito em função da ideia de correção material) e de realização da dignidade da pessoa humana e porque expõem suas premissas teóricas e respeitam os precedentes.

### 3. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Falar acerca do neoconstitucionalismo implica necessariamente em reconhecer o fenômeno da chamada constitucionalização do ordenamento jurídico, promovido pelas Constituições contemporâneas. Nesta perspectiva se alude a uma Constituição que invade os mais variados espaços de regulação; espaços estes que se tornam cada vez mais refinados diante de uma sociedade que evolui em complexidade e multiplica exponencialmente os problemas por ela gerados. Espaços que passam a ser ocupados por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e as opções políticas fundamentais em normas jurídicas, num grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona.

O doutrinador italiano Riccardo Guastini<sup>7</sup> usa a expressão "constitucionalização do Ordenamento Jurídico" para se referir ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Para Guastini<sup>8</sup>, é possível observar graus de constitucionalização que projetam o quanto a ordem jurídica se encontra impregnada pela diretriz constitucional. Segundo o autor, existem condições de constitucionalização que, uma vez realizadas, nos apontam o grau (maior ou menor) de constitucionalização daquele ordenamento jurídico. Seriam sete condições que o ordenamento jurídico deveria satisfazer para ser considerado impregnado pelas normas constitucionais:

A primeira condição de constitucionalização é a existência, no ordenamento jurídico, de uma constituição escrita e rígida, que incorpora os direitos fundamentais e os protege, em virtude da diferença hierárquica entre leis constitucionais e infraconstitucionais. A segunda é a garantia jurisdicional da Constituição ou o controle da constitucionalidade das leis em relação à Constituição para assegurar a Supremacia Constitucional e, conseqüentemente, da

---

<sup>6</sup> POZZOLO, Suzanna. Neocostitucionalismo e positivismo giuridico. Torino: G. Giappichelli, 2001. p.36-39.

<sup>7</sup> GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" Del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In Neocostitucionalismo(s), Miguel Carbonell, Editorial Trotta. p. 50-58.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*.

supremacia dos direitos fundamentais. A terceira é a força vinculante da Constituição que expressa e reforça a normatividade dos dispositivos constitucionais. Toda e qualquer norma constitucional é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos, é a onipresença nas Constituições de princípios e regras jurídicas. A Constituição deixa, assim, de ser vista como um “manifesto político” repleto de meras recomendações aos operadores do Estado e do Direito. A quarta condição diz respeito à necessidade da Constituição de ser interpretada extensivamente, de tal maneira que dela possam ser extraídas também normas implícitas e idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, fechando-se, assim, espaço para a discricionariedade legislativa. A quinta condição respeita a aplicação direta das normas constitucionais e a consequente produção de seus efeitos, mesmo que programáticas<sup>9</sup> as normas e ainda que nas relações entre particulares. A sexta nos remete a interpretação das leis conforme a Constituição no sentido que a interpretação que se faz delas deve adequá-las aos dispositivos constitucionais. A sétima e última condição de constitucionalização é a influência da Constituição sobre as relações políticas.

A argumentação jurídica tende a tornar-se uma argumentação política e moral em função dos princípios visto que estes dão, especialmente aos tribunais constitucionais, a possibilidade de os juízes adentrarem a argumentação política e moral que subjaz nas normas jurídicas. Em outras palavras, as fronteiras entre o chamado discurso de justificação e discurso de aplicação se tornam cada vez mais tênues.<sup>10</sup>

Segundo Figueroa<sup>11</sup>, estas transformações demarcam a passagem para o “paradigma do Constitucionalismo”, próprio do Estado Constitucional de Direito no qual a mentalidade jurídica não se reconhece mais em termos do positivismo jurídico. Segundo o autor, com esta disposição à constitucionalização, o direito adquire uma forte carga axiológica por meio dos princípios constitucionais, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. Assim o neoconstitucionalismo é detentor de uma constitucionalidade necessariamente vinculada à moral. O efeito da irradiação dos princípios sobre o ordenamento jurídico elimina os espaços de discricionariedade e amplia a aplicabilidade do sistema jurídico. A teoria dos princípios remete necessariamente a uma teoria da argumentação jurídica prática<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Categoria de classificação normativa que deixa de ter sentido frente às mudanças do constitucionalismo contemporâneo.

<sup>10</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. [Anais eletrônicos] Disponível em: <[http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 27 Mar. 2013.

<sup>11</sup> FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005. p. 164.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 166.

É possível observar-se também um deslocamento do protagonismo, sempre existente a cada época por parte de um dos poderes, para o Poder Judiciário. O que não quer significar que agora o juiz está alçado a um decisionismo arbitrário. Ao contrário, a sua atuação deverá pautar-se pelos marcos éticos e políticos que informam o Estado Constitucional de Direito. Os princípios estimulam novas formas de racionalidade jurídica e implicam uma racionalidade prática para sua aplicação.

O papel desempenhado pelos Textos Constitucionais em especial após a Segunda Grande Guerra, nos países de tradição continental como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal etc., tem assumido uma função diferenciada. É possível afirmar que as Constituições do constitucionalismo liberal, que desempenhavam um papel de garante da liberdade estabelecendo, principalmente, mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram paulatinamente substituídas por Constituições que para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas através de princípios como normas jurídicas. A abertura das Constituições contemporâneas, por meio do abrigo de princípios normativos, coincide com um movimento de centralidade operado pelos ordenamentos constitucionais atuais em relação ao sistema jurídico. Não é incorreto afirmar que as Constituições atuais operaram uma migração de locus de significado e de importância que as conduziu para o centro de toda a ordem jurídica, lugar anteriormente ocupado, conforme já se afirmou, pelas codificações de direito privado voltadas essencialmente para a proteção patrimonial. O papel de primazia ocupado pelas Constituições hoje, reserva, dentro do próprio Texto constitucional, um papel de centralidade em relação aos direitos fundamentais.

#### 4. ATIVISMO JUDICIAL E O CONFLITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Consoante se pode depreender das considerações anteriores, o neo-constitucionalismo implica a possibilidade de se proceder a uma leitura moral da Constituição no sentido de uma interpretação criativa ou construtiva que não apenas revela novos direitos, mas principalmente, alarga o campo de cabimento e proteção daqueles já existentes. Isso não implica na discricionariedade judicial eis que só se pode admitir esse novo modo de interpretar a Constituição se limitado pelo ato interpretativo objetivado, conforme acima explanado. Fala-se aqui então de um crescente ativismo judicial progressista<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> É importante destacar que se pode falar em um ativismo judicial progressista e também em um ativismo judicial conservador. Na origem americana do ativismo judicial este foi, inicialmente, de índole conservadora. Neste sentido, basta recordar o caso *Dred Scott x Sanford* de

e inovador na efetivação dos princípios constitucionais, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

Conforme Barroso<sup>14</sup> em síntese esclarecedora, é possível se verificar a atuação mais intensa do Judiciário na concretização da Constituição em determinadas hipóteses, em rol não exaustivo:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Como se sabe, a atividade jurisdicional envolve necessariamente a aplicação da Constituição no cumprimento de suas normas e, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, como aplicador da lei ao caso controvertido e hoje, também no papel de garante dos direitos fundamentais, deve sempre fazê-lo em conformidade à Constituição e da maneira que melhor realize os fins constitucionais. Não obstante, o protagonismo do Judiciário no contexto do neoconstitucionalismo não fica a margem das críticas. A diminuição do espaço de atuação do Poder Executivo e, especialmente, do Poder Legislativo, visto que o Judiciário tem atuado em espaços deixados por ambos, têm gerado uma série de debates e críticas na doutrina. É o que se tem reconhecido como o conflito entre constitucionalismo e democracia. Democracia aqui entendida como o auto-governo popular e constitucionalismo compreendido no tom da defesa de direitos envolvendo decisões contramajoritárias tomadas, inclusive, para além dos espaços de decisão da representação da maioria.

A suposta oposição entre ambos (constitucionalismo e democracia), especialmente quando se adentra a seara do controle jurisdicional da constitucionalidade (que alcança grande difusão e fortalecimento sob o constitucionalismo contemporâneo), tem arregimentado grandes pensadores do direito constitucional e da filosofia, no sentido de entenderem que o espaço conferido ao Judiciário, dentro de uma interpretação moral da Constituição, para invalidar uma lei produzida por representantes da soberania popular ou exigir a implementação de políticas públicas que concretizam direitos fun-

---

1857 (segregação racial) e também a chamada era Lochner de 1905 à 1937, na invalidação das leis sociais.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, número 13, jan/mar 2009, p.78.

damentais sociais, ou ainda, revelar por meio da interpretação extensiva direitos que não estão literalmente previstos no texto, é demasiado largo, o que daria margem para a redução do campo democrático de tomada de decisões por meio da vontade da maioria, representada pelo Poder Legislativo, ou da definição do campo de prioridades políticas, da alçada do Poder Executivo. Por outro lado, pensadores do Direito constitucional de não menos expressão, entendem que a suposta oposição entre constitucionalismo e democracia resulta, na realidade, de uma identificação inadequada entre democracia e vontade da maioria. Nesta ótica, os juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis na perspectiva da leitura moral da Constituição, nada mais estão fazendo do que construir a democracia por meio da defesa de determinados direitos que jamais poderiam ficar submetidos à possibilidade de sofrerem restrições por meio da vontade majoritária. Nesta perspectiva, democracia e vontade da maioria não se confundem, uma vez que o compromisso democrático se estabelece para com o tratamento igualitário de todo cidadão. Neste sentido, para Dworkin, o importante é a igualdade de capacidade de influir no resultado, assim, é a igualdade de consideração e respeito que deve ser almejada, o que não é, exatamente, a mesma coisa que a igualdade para produzir impacto na decisão, garantida com o peso igualitário dado aos votos em uma escolha majoritária<sup>15</sup>.

Ao que parece, ainda que a polêmica não se encontre esgotada e talvez faça parte mesmo da compreensão intrínseca entre os dois princípios, constitucionalismo e democracia se requerem mutuamente e não existem integralmente em separado, operando, ao invés, uma relação co-constitutiva. O constitucionalismo democrático, próprio do momento atual de desenvolvimento do neoconstitucionalismo, cada vez mais, parece estar apto a instrumentalizar uma síntese da suposta oposição.

Frank Michelman<sup>16</sup>, ao discutir as relações paradoxais entre democracia e constitucionalismo, põe em questão a compatibilidade entre ambos, não exatamente para opô-los, mas para aproximá-los. Para o constitucionalista americano, a democracia está ligada à ideia de auto-governo político popular e o constitucionalismo se liga a significação de que a Constituição representa limites a esta tomada de decisões políticas populares. Em outras palavras, a Constituição apresenta-se intocável pelas políticas majoritárias, estando assim fora do alcance das deliberações democráticas. Esta noção de inalterabilidade das Constituições pelas maiorias é uma concepção fundamental, própria ao constitucionalismo.

---

<sup>15</sup> Conforme a introdução de sua obra *O direito da Liberdade - a leitura moral da constituição norte-americana*.

<sup>16</sup> MICHELMAN, Frank I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Some-se a isto o fato de que o trabalho dos juízes, nos sistemas de Constituição rígida e de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, ao interpretar e aplicar a Constituição, pode, para alguns críticos do ativismo judicial, acabar retirando dos representantes do povo a possibilidade de decisões dos assuntos políticos. Para estes críticos o foro próprio destas decisões seria naturalmente o Poder legislativo, legitimado democraticamente para decidi-las como representantes do povo.

No sistema constitucional americano, a possibilidade dos juízes da Suprema Corte poderem declarar inconstitucionais os atos do Poder Legislativo, faz parte do próprio mecanismo de funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Na visão liberal de Dworkin, que compartilha da concepção substancialista de democracia, não se pode considerar antidemocrática a atuação de juízes na interpretação (moral) dos textos constitucionais desde que o Judiciário, independente, atue sob a premissa de igual consideração e respeito pelos cidadãos, possuindo assim um papel democrático na garantia dos direitos.

Observe-se que é possível perceber-se duas variações na compreensão da democracia constitucional. A chamada democracia procedimental e a democracia substancial. Na concepção substantiva de democracia não se questiona como ou por quem foram feitas as leis para saber afinal se são ou não democráticas. A questão que interessa nesta concepção é entender a democracia como direitos. Importa o conteúdo de direitos que a lei possua para ser então considerada democrática. Já para a concepção procedimentalista de democracia, o que importa, na realidade, é o procedimento que leva à decisão de quais direitos as pessoas terão.

Crítico do ativismo judicial no entendimento de que o controle jurisdicional da constitucionalidade pode robustecer a contraposição entre constitucionalismo e democracia (especialmente se for adotada a ideia da democracia substancial e conseqüentemente proceder-se a uma interpretação moral da Constituição) é o constitucionalista americano John Hart Ely<sup>17</sup>. Para

Ely, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis só se justifica e, portanto, se legitima, quando este Poder atua para a manutenção do funcionamento adequado da democracia representativa. Este autor toma, como parâmetro para a solução do conflito entre democracia e constitucionalismo, a atuação da Corte de Warren (quando a Suprema Corte esteve sob a presidência do juiz Earl Warren, 1953-1969) em sua postura ativista.

Muito embora seja Ely um crítico do ativismo judicial, defende a atuação do controle jurisdicional da constitucionalidade em uma perspectiva

---

<sup>17</sup> ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría Del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997.

limitada e essencialmente procedimental, ou seja, a atuação da Corte apenas como garante do processo democrático. A atuação da jurisdição constitucional só deve operar-se no caso do mau funcionamento da democracia (ausência de confiança no processo democrático) quando a autoridade jurisdicional estaria melhor posicionada em relação ao Legislativo, para interpretar a Constituição. Esta forma limitada de exercício do controle da constitucionalidade pelo Judiciário, no ponto de vista de Ely, não seria incoerente com os pressupostos da democracia representativa.

Conforme já afirmado anteriormente, Dworkin adere à concepção substancialista de democracia. Assim, para este autor, juízes e advogados realizam de fato uma leitura moral da Constituição, embora alguns não o reconheçam. Os artigos da Constituição norte-americana contém, segundo o autor, princípios abstratos de ordem moral (v. g. 1ª emenda - liberdade de expressão; 5ª emenda - devido processo legal) e também regras não abstratas e portanto determinadas. Somente por via de interpretação será possível definir o conteúdo pretendido pelos dispositivos constitucionais. A interpretação ou leitura moral da Constituição, no entanto, não dá aos juízes, como afirmam alguns críticos desta postura, um poder absoluto para impor as suas próprias convicções morais. Dworkin reconhece a existência de limites à liberdade dos juízes quando operam a leitura moral da Constituição, por meio da perspectiva interpretativa do Direito como integridade<sup>18</sup>. Para ao autor, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, interpretando a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento contínuo (técnica do romance em cadeia). Na perspectiva da integridade, "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade"<sup>19</sup>.

Ao entender que não há vínculo entre democracia e vontade da maioria, para Dworkin, a leitura moral da Constituição não é nem elitista e nem anti-democrática<sup>20</sup>, mesmo porque a leitura moral implica na indagação de "como se deve interpretar a constituição?" e não de "quem deve interpretar a Constituição?". O autor defende a concepção constitucional de democracia que rejeita a premissa majoritária. A democracia é um governo sujeito às condições democráticas de igualdade (igual consideração e respeito) para todos os cidadãos e não exatamente à vontade majoritária. Assim, afirma Dworkin,

---

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade- a leitura moral da constituição norte- americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 13.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.279.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade- a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 09.

Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que estas exceções sejam causa de arrependimento moral.<sup>21</sup>

Dworkin distingue democracia da regra da maioria. Para melhor entender esta posição, o autor americano afirma que o cumprimento da simples regra da maioria nem sempre estará vinculado a condições democráticas. Será preciso então diferenciar, no Texto Constitucional, as normas constitucionais “possibilitadoras” e as normas constitucionais “limitadoras”<sup>22</sup>. As normas constitucionais possibilitadoras são normas do processo democrático constitucional e estipulam quem pode votar, como se dão as eleições, que poderes possuem os representantes, etc. Já as normas limitadoras seriam exatamente aquelas que restringem os poderes dos representantes estabelecidos pelas normas do tipo anterior. Ambas são condições essenciais para a construção da democracia. Se as normas limitadoras não fossem igualmente importantes para a construção democrática, poderíamos admitir que uma maioria retirasse ou reduzisse o direito de livre expressão de uma minoria. A consequência disto, sem dúvida, implicaria na diminuição ou destruição da democracia.

Assim, na opinião de Dworkin, só a falta de distinção adequada entre o que é a premissa majoritária e o conceito de democracia, pode levar os críticos do controle jurisdicional de constitucionalidade a entender que este compromete aquela. Ao sustentar a compreensão do constitucionalismo como um sistema que estabelece direitos individuais intangíveis na esfera do legislativo, ou seja, uma proteção constitucional dos direitos individuais que os colocam à margem da alteração ou supressão pelo legislador ordinário, Ronald Dworkin<sup>23</sup> compreende que o conflito surgido deste fato não é exatamente um conflito verdadeiro. É certo que a proteção estabelecida pela Constituição rígida aos direitos individuais impede que a legislação ordinária, aprovada majoritariamente pela vontade dos representantes da soberania popular, possa reduzir ou limitar um direito fundamental de liberdade, mas isto não significa, para o autor, que se esteja aí diante de um conflito entre a

---

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade- a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.26.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, nº 3:1, p. 2-11, em 1995. p. 02.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, nº 3:1, p. 2-11, em 1995.

democracia e o constitucionalismo, visto que, tudo dependerá de que conceito de democracia se esteja partindo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação conflitiva entre constitucionalismo e democracia, bem observa Menelick de Carvalho Netto<sup>24</sup>, é inerente ao próprio constitucionalismo em todas as suas fases de desenvolvimento. Quanto mais democrático é o regime, menos limites se podem estabelecer à vontade e às decisões populares. Ao contrário, quanto mais limites o constitucionalismo imponha às decisões da maioria, menor o âmbito da livre escolha popular. Ainda assim, segundo Carvalho Netto, muito embora esta relação seja tensa ou conflitiva, estes dois princípios não se contradizem e muito menos se encontram em oposição, pois, na realidade, se requerem e se implicam mutuamente. Nas suas palavras,

Esse é o problema do constitucionalismo anterior, que, quer pela via da tradição liberal, quer pela via da tradição republicana, quer no paradigma do Estado de Direito, quer no do Estado Social, enfocava essa tensão constitutiva do próprio constitucionalismo como uma oposição antitética. Esses princípios, se são efetivamente contrários, não são contraditórios entre si, mas são igualmente primordiais e co-originários. Ao contrário da abordagem tradicional, podemos ver agora que esses princípios são simultânea e reciprocamente constitutivos um do outro, pois instauram uma tensão rica, complexa e produtiva, sem a qual não pode haver nem democracia, nem constitucionalismo.<sup>25</sup>

No constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário se fortalece porque a Constituição se fortalece normativamente. Não há efetivamente atuação discricionária do Poder Judiciário, que só pode mover-se nos marcos da própria Constituição, orientado por sua normatividade eivada das mais variadas possibilidades de considerações valorativas. O princípio vetor na compreensão dos direitos fundamentais é, como se sabe, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, falar-se em decisionismo arbitrário do Judiciário é mais do que confundir democracia com vontade da maioria, é efetivamente desconhecer a própria Constituição em seu caráter emancipatório.

---

<sup>24</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 88. dez./2003.

<sup>25</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento jurídico e democracia. p.14.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, número 13, jan/mar 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 88. dez./2003.

DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade — a leitura moral da constituição norte- americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, em 1995.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

ELY, John Hart. Democracia y desconfianza: una teoría Del control constitucional. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” Del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editorial Trotta. p. 50-58

MICHELMAN, Frank I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v.21, n.2, p.340-341, 1998.

\_\_\_\_\_. *Neocostitucionalizmo e positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. [Anais eletrônicos] Disponível em: <[http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 27 Mar. 2013.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-38.





# GERENCIAMENTO ADMINISTRATIVO DOS RISCOS AMBIENTAIS COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

*Anderson Vichinkeski Teixeira\**  
*Marianne da Silveira Bona\*\**

## Resumo

O artigo aborda, em termos gerais, as mutações sociais e suas consequências no meio ambiente. Diante de uma sociedade que produz cada vez mais riscos, estes incertos e futuros, torna-se necessário um redimensionamento da atuação das instituições, questionando-se o papel do próprio Direito. A Constituição brasileira de 1988, ao institucionalizar o direito de gerações futuras a um meio ambiente equilibrado e essencial à qualidade de vida, também institucionalizou o sistema de gerenciamento dos riscos ambientais dúplice nas esferas administrativa e judicial. O artigo concentra-se na gestão dos riscos administrativos e suas características e sistemas fundamentais, demonstrando que as decisões presentes devem conter elementos de precaução e prevenção, pois os riscos e as incertezas são futuras. O estudo se caracteriza como pesquisa bibliográfica e documental, de modo que o método utilizado é o dedutivo.

## Palavras-chave

Direito ambiental. Sociedade dos riscos. Gerenciamento dos riscos ambientais.

## Abstract

The article discusses, in general terms, social mutations and its consequences on the environment. Considering that society produces ever more risks, and those are uncertain and for the future, there is a need for redefining the role of institutions, questioning specially the role of law itself. The Brazilian Constitution of 1988, when institutionalize the right of future generations to a balanced environment and essential to quality of life, also institutionalized the system of dual management of environmental risks in the administrative and judicial fields. The article focuses on the system of administrative risk management and its fundamental characteristics,

---

\* Doutor (2009) em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze* (2010). Mestre (2005) em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: [www.andersonteixeira.com](http://www.andersonteixeira.com)

\*\* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos, em convênio com a Faculdade Integral (Minter UNISINOS/FACID). Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Público pela mesma Instituição. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)/ Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP). Bacharela em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Prof. Camillo Filho. Procuradora Federal (Advocacia Geral da União – PI). Advogada.

demonstrating that present decisions should contain elements of precaution and prevention, because the risks and uncertainties are located in the future. The study is characterized as a bibliographic and documental research, so that the method used is deductive.

### **Keywords**

Environmental law. Risk society. Management of environmental risks.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 houve o resgate do Estado de direito, da cidadania e da garantia expressa de vários direitos fundamentais, dentre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à qualidade de vida, cabendo destaque que tais enunciações sucederam a várias situações autoritárias que vigoram desde a época da instauração do regime militar em 1964.

A tutela ambiental sacramentou o direito fundamental não só de presentes, mas também de futuras gerações, recepcionando ainda a Lei Federal 6.931, de 1981, que instituiu a Política Nacional de Proteção ao Meio Ambiente, uma vez que esta se adequava às delimitações de competência. Com o passar dos anos novos problemas foram surgindo diante da evolução tecnológica e do crescimento desenfreado da economia capitalista, gerando riscos das mais variadas espécies, chegando a comprometer não apenas a qualidade de vida dos seres, mas, sobretudo, a própria sustentabilidade do meio ambiente.

Neste contexto é que a Constituição de 1988 institucionalizou os riscos de forma que os mesmos devessem fazer parte das decisões políticas, através do sistema de gerenciamento dos riscos ambientais que se dá de forma duplice, ou seja, nas esferas administrativa e judicial. Em um primeiro momento se demonstra a importância da inserção dos riscos na seara das decisões políticas, evidenciando as mudanças sociais até se chegar à era “moderna” ou “pós-moderna”. Posteriormente, passa-se a explorar o meio ambiente e sua relação com os princípios que norteiam, em especial, a gestão dos riscos ambientais.

Por fim, explora-se o gerenciamento dos riscos ambientais, dando conta que a filtragem ocorre nas searas administrativa e judicial, porém este artigo se concentra no aspecto ligado à Administração Pública. Assim, o objeto de análise deste artigo é a filtragem administrativa. Em nenhum momento se optou por entender ser esta mais importante em detrimento do filtro judicial. Ocorre que como a esfera administrativa tem a característica de ser preventiva e necessariamente antecedente, bem como pela vastidão e minudência de conteúdo de ambos os procedimentos, correríamos o risco de sermos, como ainda corremos, omissos em alguns pontos.

## 2. “O RISCO É A CULPA DO NOSSO TEMPO!”

Parafrazeando Camões, ao passo em que se mudam os tempos, alteram-se as vontades, por consequência, as pretensões humanas. Por isso, necessitamos de eternas pesquisas/estudos/diálogos.

A busca do equilíbrio só se dá com pesquisas que possam atingir as mudanças que a sociedade requer, fazendo com que o direito se adeque ao tempo. Direito é sinergia entre prática e pesquisa! O direito precisa dar novas respostas aos também novos direitos e pretensões da era contemporânea.

Nos primórdios das civilizações, o ser humano se encontrava em uma situação de fragilidade, seja com relação aos animais ferozes, seja com relação ao clima. Por isso, apenas priorizava o perigo iminente. O que estivesse na esfera de menor probabilidade de acontecer era ignorado.

Não podemos afirmar que tal fato não mais existe nos dias atuais, posto que trouxemos esta cultura imediatista em nosso DNA. Apenas se alteraram os paradigmas, ou seja, hoje não “lutamos” com animais, mas sim com desastres ambientais, alterações climáticas e consequências do desenvolvimento econômico irresponsável. Nas sociedades pós-modernas e substancialmente de riscos, faz-se necessário um maior cuidado e monitoramento de atitudes, inclusive interpessoais, pois a ignorância não mais se justifica, uma vez que toda a sociedade mundial e as futuras gerações estão ameaçadas. A responsabilidade e o dever de preservar e conservar o meio ambiente não é apenas das autoridades públicas, mas de todos os indivíduos.

Não se pode acreditar que a ordem mundial chegará a um ponto em que tudo se resolva de *per se*. Trata-se de uma ilusão diante da grande mutação social e da busca por interesses cada vez mais diversos dos indivíduos diante de recursos esgotáveis numa luta constante pelo poder. O controle deve existir e é inerente à real e tranquila qualidade de vida cosmopolita, sob pena da instalação do caos. Nesse sentido, Bauman entende que<sup>1</sup>:

Existe pouca chance de que a construção da ordem chegue algum dia ao fim, sendo uma preocupação auto-impulsionadora que ricocheteia em uma atividade auto-destrutiva. [...] O “território, agora desarmado e autocontido, perdeu valor e poder de atração para aqueles que podem se mover livremente; [...]. Para aqueles dotados de mobilidade, as tarefas de gerenciamento e administração territoriais parecem cada vez mais um trabalho sujo, que deve ser evitado a todo custo e cedido para aqueles bem abaixo na hierarquia, demasiadamente fracos e vulneráveis para recusar as tarefas, mesmo que soubessem quão ineficazes e vãoos seus esforços es-

---

<sup>1</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 47 e 55/56.

tão destinados a ser. E como todo compromisso com o lugar e toda a relação com seus habitantes é vista como um risco, mais do que como uma vantagem, poucas companhias “multinacionais” concordariam em investir em localidade – a não ser que subornadas – “compensadas” e “asseguradas contra riscos” – pelas autoridades eleitas. O tempo e o espaço têm sido alocados de maneira distinta nos degraus da escada do poder global. Aqueles que podem se dar ao luxo vivem apenas no tempo, os que não podem, vivem no espaço. Para os primeiros, o espaço não importa. O segundo grupo luta para fazer valer com que o espaço importe.

Sob outra perspectiva, mas com a mesma preocupação, Carvalho<sup>2</sup> esclarece a alteração de foco nas sociedades modernas diante da distribuição de riscos concretos para riscos abstratos e invisíveis.

[...] a sociedade de risco distribui riscos abstratos ou invisíveis produzidos tecnocientificamente, em contraposição à modernidade clássica, que, por meio da sociedade industrial, gerava riscos concretos (passíveis de demonstrações causais) na busca de distribuição de riqueza (entre as classes sociais em combate à pobreza e escassez de recursos).

Moreira Neto<sup>3</sup> também expõe a relevância dos riscos nas sociedades pós-modernas, aduzindo ainda questões sobre a falência do Estado-Providência:

Nas sociedades pós-modernas, abalados os seus fundamentos de cega confiança na racionalidade, assomaram, como não poderia deixar de ocorrer, incertezas de toda a sorte: econômicas, sociais, políticas, sanitárias, ambientais e, em longa distância, até culturais, o que levou os cientistas sociais a caracterizá-las, como o fizeram destacadamente Ulrich Beck, como “sociedade de risco”, [...].

Pois bem, nas sociedades contemporâneas – sob o signo dos riscos – nada passou a ser mais importante do que sua *previsão* e *monitoramento*, até mesmo para que se torne possível uma aplicação dos instrumentos de prevenção e de controle proporcionados tanto pela política, como pelo direito. Com efeito, desde a falência do *Estado Providência*, última expressão assumida pelo estado moderno, desde que começou a dar mostras de seu esgotamento institucional, ainda nos últimos decênios do século passado, ficou patente, tantas foram as sequelas econômicas e sociais indesejáveis e até catastróficas deixadas, que melhor lhe as-

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilidade civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 14/15.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Minas Gerais: Fórum, 2008. p. 140/141.

sentaria a denominação de “Estado Imprevidência” e, assim, para reverter a tendência absenteísta, tornava-se necessário repensar seriamente o emprego de técnicas prospectivas.

Tudo isso demonstra como as necessidades sociais, pretensões e riscos são mutantes e estão ficando cada vez mais invisíveis e imprevisíveis. Bauman<sup>4</sup> demonstra também as incertezas e os riscos quando afirma de forma metafórica que até mesmo a “modernidade é líquida”, numa contraposição ao estado de solidez ou estático/perene.

Em um contexto mais específico, ou seja, da relação do direito ambiental com o Estado e suas adjetivações, Pérez Luño<sup>5</sup>, citando Karl-Peter Sommermann, já dá conta de um *Estado Ecológico*:

Entre os aspectos que melhor refletem a colaboração renovadora do autor aos estudos de Direito Público podem citar-se suas certas páginas sobre a modificação dos tipos de Estado de Direito, através dos modelos de Estado social, o Estado ecológico. Esse é o mérito principal da obra de Karl-Peter Sommermann: o de haver situado os problemas da qualidade de vida e o meio ambiente no compromisso central desse Estado ecológico, que representa a última versão da evolução constitucionalista.

No entanto, não se pode negar que temos excelentes leis e regulamentos, porém falta ação mais enérgica em consonância com o entendimento de que nossa sociedade é extremamente complexa, fazendo valer um sistema de gerenciamento que atenda aos anseios das presentes e futuras gerações nos termos da Constituição de 1988, art. 225, caput<sup>6</sup>.

Os movimentos ecológicos não nascem do direito, mas sim dos movimentos sociais, sendo o direito a “espada”, a chave de controle da sociedade contemporânea. Pode-se afirmar que o risco seria a leitura que se faz do futuro com racionalidade, isto é, sem atribuir fatos à divindade. De acordo com Carvalho<sup>7</sup>: “O risco é a culpa do nosso tempo!” Onde esta deve ser gerida e assumida antecipadamente.

A culpa, em sua concepção tradicional, tem sua origem na sociedade burguesa, na tradição canônica herdada da idade média, pois, com vínculos fortes do passado. Já o risco requer uma preocupação com o futuro, seja de

---

<sup>4</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 14.

<sup>5</sup> LUÑO, Antônio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

<sup>7</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Sistema constitucional brasileiro de gerenciamento dos riscos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. n. 55, julho – setembro, 2009. p. 53.

curto, médio ou longo prazo, perante uma reflexão construtiva da sociedade no tempo presente<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, Beck<sup>9</sup> afirma que os riscos não se esgotam em efeitos e danos já ocorridos, mas se exprimem, sobretudo, por componentes futuros que devem ser analisados e evitados com antecipação. Continua o autor com uma metáfora de que os riscos seriam como uma “bomba-relógio” que está armada. Portanto, indicam um futuro que deve ser evitado. Beck<sup>10</sup> nos traz uma reflexão oportuna quando afirma que “É certo que os riscos não são uma invenção moderna”. Entretanto, os riscos passados eram ditos pessoais, continua o autor, e não ações de ameaça global, ou seja, tinham um tom de ousadia e aventura, “e não o da possível autodestruição da vida na Terra”.

Na realidade, os riscos possuem as características da indeterminação espacial, temporal e estatística, além de possuir dimensões e potenciais maiores do que os provenientes da natureza, tendo em vista que têm a interferência humana. Pode-se afirmar, em síntese, que o risco é a leitura que se faz do futuro com racionalidade, isto é, sem atribuir fatos à divindade.

Segundo a tese de Beck<sup>11</sup>, para que se possa falar em Sociedade de Risco é preciso que se tenha em mente o modelo desenvolvido após a Revolução Industrial, marcada por avanços tecnológicos, que apesar de nos ter proporcionado maior conforto e bem estar social, também teve um viés negativo de incremento dos riscos a que toda a sociedade passou a estar submetida, como: aquecimento global; poluição atmosférica e dos oceanos; riscos de pesquisas nanotecnológicas e biotecnológicas; dentre outras.

O que vamos enfrentar decorre do fato de, *a priori*, entendermos as mudanças da sociedade contemporânea diante dos riscos gerados pela sociedade pós-industrial, sempre relacionando com o direito. Entendamos esta Sociedade Contemporânea como um período de grandes mudanças em que o direito não detém respostas imediatas às perguntas que são diariamente mutantes e complexas.

Como já se afirmou alhures, o núcleo do risco não está no presente ou no passado, mas sim no futuro. Assim, “Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo, todavia inexistente, construído e fictício como ‘causa’ da vivên-

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 55.

<sup>9</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 39/40.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>11</sup> CALLEGARI, André Luis. Sociedade do risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS – mestrado e doutorado n. 7**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25.

cia e da atuação presente”<sup>12</sup>. Nesta perspectiva é que se tem que estar ciente de que vivemos em uma sociedade potencialmente submetida de forma constante a riscos até então desconhecidos e que fogem muitas vezes à capacidade humana de controle.

Por sua vez, como afirma Beck, a sociedade de riscos é tão complexa e reflexiva que até mesmo aqueles que provocam riscos, sejam involuntários ou não, sofrem as consequências dos mesmos, o que se denomina de efeito bumerangue<sup>13</sup>.

Assim, a Constituição de 1988 institucionalizou o futuro como fator a ser levado em conta em todas as decisões presentes do Estado. A doutrina denomina de gestão ou sistema de gerenciamento dos riscos ambientais, alterando, inclusive, estruturas administrativas e jurisdicionais, tornando-as eficaz e efetiva para a garantia do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado a presentes e futuras gerações, como condição de qualidade de vida.

### 3. O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, mesmo não estando disposto no art. 5º, da Constituição de forma direta, uma vez que o inciso LXXIII, do referido artigo legitima a todo cidadão o direito de interpor ação popular para a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, além de outros dispositivos dispersos, não mais se questiona a sua natureza jurídica de direito fundamental. Assim, já se manifestou expressamente o Supremo Tribunal Federal em diversas decisões.

O que se adiciona ao que afirmam muitos doutrinadores é que se trata de um direito fundamental de natureza dúplice, ou seja, ao mesmo tempo em que o art. 225 da Constituição concede um direito a todos os indivíduos de ter preservado um meio ambiente equilibrado e que garanta a qualidade de vida de todos os seres, impõe um dever de que os mesmos indivíduos também o preservem para presentes e futuras gerações, no mínimo, nas equivalentes condições em que usufrui o “legado” ambiental.

Neste mesmo sentido, já se manifestou Carvalho: “entende-se que as presentes gerações adquirem um ‘legado ambiental’ das gerações passadas, tendo a obrigação de garantir a sua transmissão às gerações vindouras”. É o

---

<sup>12</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 40.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 44.

que denomina o autor de equidade intergeracional e preocupação global com futuras gerações<sup>14</sup>.

Interessante destacar que a fruição de um direito se pode dispor (muita vezes por altruísmo, desnecessidade ou até mesmo renúncia), entretanto um dever jurídico, e, em especial, o de preservar o meio ambiente, nos termos dispostos constitucionalmente, jamais poderá ser negligenciado.

Neste sentido, afirma-se que o direito fundamental dúplice ao meio ambiente é, por um lado, um direito público subjetivo, visto que legitima ao cidadão a sua defesa e, ao mesmo tempo impõe a este mesmo cidadão e ao Estado o dever de preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações. Assim, é um direito-dever. Carvalho<sup>15</sup> também afirma a natureza dupla, pois: “Como um bem jurídico autônomo e unitário, o meio ambiente adquire uma relevância simultânea de direito fundamental da personalidade, como direito subjetivo de caráter público, bem como de direito fundamental de natureza difusa e coletiva.”

Como se afere o direito-dever ao meio ambiente está intrinsecamente ligado ao respeito ao *princípio da equidade intergeracional*, e, por sua vez, a uma “ética ambiental”, ou seja, ter como paradigma a natureza e para ela também devendo voltar-se, com enfoque biocêntrico do meio ambiente. Em outras palavras, respeito ao princípio do acesso equitativo de forma material, onde o uso deve ocorrer com preservação dos direitos de gerações futuras, de forma a consumir apenas o que for necessário, preservando a qualidade do acesso futuro.

Como analisa Silva, o objeto jurídico é o “ambiente qualificado”. Assim, a pessoa pública ou particular não poderá “dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade”<sup>16</sup>.

Grau<sup>17</sup>, ao analisar a ordem econômica constitucional brasileira contempla a necessária e cogente disposição em favor do meio ambiente:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”. O Capítulo VI do seu Título VIII,

---

<sup>14</sup> CARVALHO, Délton Winter. Regulação constitucional e risco ambiental. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 12 – jul./dez. 2008. p. 20.

<sup>15</sup> CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilidade civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 37.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 83/84.

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 251.

embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado.

A ética ambiental se fulcra em atitudes de proteção, preservação e conservação do meio ambiente por ser importante *per se*, e não apenas porque seja rentável, pondo em xeque a sua mercantilização, visto que não há como lhe atribuir preço, dada a sua natureza axiológica. Na dicção de Silva: “Conservação não é uma situação estática, mas um processo dinâmico, que envolve aproveitamento atual, continuidade e manutenção futura”<sup>18</sup>.

O *princípio da equidade intergeracional* deve contemplar todos os planos de acesso ao meio ambiente de forma limitada, regulada e fiscalizada, seja ele: de consumo (reter o bem para si); de dispersão de resíduos (poluição); de contemplação. Sob o dogma de que se deve negar o uso do meio ambiente quando este não for necessário ou razoável de forma comprovada, mesmo que os bens desejados não possuam a característica da escassez ou se possuírem, por prospecção.

Machado<sup>19</sup> esclarece:

A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras. Um posicionamento equânime não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente.

Para que se possa garantir o direito de futuras gerações é preciso que as ações pró meio ambiente ocorram antecipadamente, antevejam danos futuros para que eles sequer venham a acontecer, fazendo uso dos princípios da prevenção e da precaução, não menos importantes e essenciais para o cumprimento do *mandamus* constitucional. Diante dos *princípios da prevenção e da precaução* é que surgem as questões de perigo e risco, respectivamente, o que inexoravelmente insere o futuro nas decisões, sejam administrativas ou judiciais, que devam tomar as autoridades competentes. É este sistema de gestão constitucional de riscos (*lato sensu*) ambientais que necessita ser potencializada pelos institutos jurídicos e leis disponibilizadas pelo ordenamento jurídico.

Diante do *princípio da prevenção* as ações devem ser obstadas tendo por fundamento a teoria do perigo, acontecimentos previsíveis pelo estado da técnica, podendo-se prognosticar e prever os resultados possíveis com maior

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 89.

<sup>19</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

exatidão (danos), pois já se tem um diagnóstico, seja histórico ou científico sobre o fato ou caso posto.

Por outro lado o *princípio da precaução* tem por fundamento a Teoria do Risco Integral, a dúvida, a incerteza 'verossímil', onde se impede a realização de uma atividade tendo em conta o risco potencial de dano. Precaução, como a palavra mesmo pressupõe, traz a ideia de segurança, visto que não se sabe ao certo quais as consequências de determinada atividade para o meio ambiente.

Os danos têm probabilidade de ocorrer com grande potencial de irreversibilidade e dimensão, o que demanda uma maior atenção. Trata-se de uma preocupação holística de efeitos generalizados causados por um dano potencial e duvidoso. É a cautela antecipada, sendo esta a grande inovação do *princípio da precaução*.

Em face do *princípio da precaução* temos o dever de ter cuidado não apenas com o que conhecemos ou deveríamos conhecer, mas também temos a obrigação ininterrupta de questionar.

Apresentando essas ideias sobre os princípios já citados, o que se deseja é demonstrar a grande eficiência e eficácia da utilização dos mesmos (equidade intergeracional, prevenção e precaução) diante do sistema constitucional adequado que o Brasil possui de gerenciamento dos riscos ambientais de forma a torná-los claros na sua operacionalidade prática. Para que se tenha uma efetiva gestão dos riscos ambientais o sistema constitucional brasileiro nos ampara com dispositivos que bastam ser devida e corretamente aplicados, fundamentando decisões jurídicas administrativas ou judiciais não apenas para reparar e controlar danos ambientais, mas, sobretudo, para gerenciar os riscos de forma a evitar que sequer aqueles venham a ocorrer.

#### 4. GERENCIAMENTO DOS RISCOS AMBIENTAIS

Como já afirmado é dever não apenas do Estado, mas de toda a coletividade preservar o meio ambiente e mantê-lo ecologicamente equilibrado de forma a garantir qualidade de vida para presentes e futuras gerações.

No que tange ao aparato estatal, o gerenciamento dos riscos ambientais deve ser trabalhado mediante um processo máximo de *racionalização das incertezas* introduzindo estas no conteúdo das decisões jurídicas administrativas ou judiciais, de forma que se otimize a salvaguarda do direito fundamental ambiental transgeracional, mantendo sempre o olhar para o futuro. A

filtragem dos riscos passa por duas organizações ou funções, quais sejam: Administração Pública e Poder Judiciário.<sup>20</sup>

Antecipando-se em questões sobre o Direito Administrativo, ou melhor, na forma de interpretar suas normas e aplicá-las, dando primordial ênfase aos riscos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>21</sup> fala de um Direito Administrativo Pós-Moderno:

[...] evidente às gerações de hoje, que só será possível recobrar a *segurança* se o futuro for objeto de *criteroso planejamento democrático*, pois desse modo se permite uma *formulação aberta de políticas públicas* e, por isso, submetê-los ambos a *específicos institutos jurídicos*, que privilegiem a prospecção e o controle social; tudo, enfim, para se dispor; também na atividade administrativa pública, do que o atualizado pensador francês Jacques Chevalier datizou adequadamente de “equivalente funcional do mercado”; justamente pela possibilidade de permitir que se ponha em marcha um instrumento cívico reflexivo e auto-regulamentório dessas relações sensíveis e altamente instáveis.

O gerenciamento jurisdicional dos riscos é realizado *a posteriori*, ou seja, após o fato já ter passado, de alguma forma, pelo filtro administrativo, seja porque foi tardio, seja porque não houve resposta a contento, seja porque já ocorreu o dano.

O Direito Ambiental, mesmo sendo um ramo autônomo, tem a característica moderna da transdisciplinaridade e do diálogo das fontes do direito de forma contínua. A inter-relação com o direito administrativo é bem nítida e reflexa, mesmo porque é por meio dos institutos e agentes deste que as determinações concretas e/ou abstratas de gestão ambiental preventivas dos riscos se efetivam.

Por assim serem, os atos administrativos emanados devem respeitar as formalidades que lhes são inerentes, através de procedimento regular e legal, pois qualquer falha poderá dar ensejo à anulação judicial, por tal razão é que se ratifica que esta acontece em um segundo momento.

Enfim, exsurge o controle jurisdicional quando falha ou não foram satisfatórias as ações de prevenção e precaução administrativas.

---

<sup>20</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Sistema constitucional brasileiro de gerenciamento de riscos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n. 55, julho – setembro, 2009. p. 60.

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Minas Gerais: Forum, 2008. p. 141/142.

#### 4.1. Gerenciamento administrativo dos riscos ambientais

O norte da gestão dos riscos ambientais e do próprio ramo do Direito Ambiental é a prevenção, ao contrário dos outros ramos do direito que, em regra, esperam a ocorrência do dano/lesão/prejuízo para que haja a intervenção. Assim, as regras de Direito Ambiental instrumentalizam o operador para agir antes da ocorrência da lesão.

O direito precisou dar novas respostas aos novos direitos e pretensões da era contemporânea, uma vez que os institutos acabam por sofrer uma certa “irritabilidade” diante do que está sempre em mutação. Antes, apenas se priorizava o perigo iminente, ficando em segundo plano o que estivesse na esfera de maior raridade de acontecer. Todas as condutas humanas que têm o potencial de afetar a qualidade e o equilíbrio ambiental estão sujeitas ao controle administrativo dos riscos. Tal fato decorre até mesmo porque os seres humanos, tendenciosamente ou não, acabam por descumprir imperativos legais por interesses dos mais diversos.

É nesse sentido, de precaução e prevenção, que a Constituição de 1988 prevê e determina controles prévios, concomitantes e sucessivos realizados por autoridades públicas para aferir a manutenção das condições exigíveis mínimas de preservação e conservação do meio ambiente.

*Permissões, autorizações e licenças são formas clássicas de controle prévio, porque atuam antes do início da atividade controlada. O Estudo de Impacto Ambiental, [...], constitui um meio de controle prévio específico da disciplina ambiental. A fiscalização é meio de controle concomitante, porque se exerce durante o desempenho da atividade controlada, enquanto as vistorias, termo de conclusão de obras e “habite-se” são formas de controle sucessivo, porque incidem depois de exercida a atividade controlada*<sup>22</sup>.

Como se trata de gerenciamento de riscos, inexoravelmente se deverá gerenciar as incertezas, os eventos futuros. Portanto, nos motivos das decisões administrativas, como também das judiciais, deverá levar em conta o futuro, ao contrário de antes, onde o direito sempre se baseava no passado. Daí a importância do *princípio da equidade intergeracional* que “consiste exatamente na configuração de uma nova estruturação das bases temporais da teoria jurídica, necessária à implementação e efetivação dos ‘novos direitos’, mediante a formação de vínculos e controle do futuro”<sup>23</sup>.

Nesta perspectiva e de forma transdisciplinar os gestores públicos ao formalizarem um ato administrativo, atuando como representantes do Esta-

---

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 280.

<sup>23</sup> CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilidade civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 45.

do (sendo a primeira manifestação), deverão atender, além dos princípios que norteiam a Administração Pública, também os princípios norteadores do Direito Ambiental, bem como privilegiar diálogos policontextuais, albergando aspectos humanos, sociais, jurídicos, econômicos, políticos e técnico-científicos<sup>24</sup>. Tais aspectos têm uma eficácia maior de aplicação nas organizações administrativas, pois além de serem mais sensíveis às questões multidisciplinares, diante da grande quantidade de órgãos especializados e, por sua vez, mais servidores e gestores, potencializa a eficácia de minimização dos riscos e reduz custos operacionais.

Para atender ao mandamento constitucional, no Brasil, a estrutura administrativa dos órgãos ambientais foi criada por lei e compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Trata-se não apenas de um conjunto de normas e princípios ambientais, mas também de órgãos que atuam de forma ordenada na proteção do meio ambiente, posicionados na *linha de frente* para a *regulação dos riscos*<sup>25</sup>.

*O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) é um conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas da União, Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e de fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, sob a direção do Conselho Nacional do Meio Ambiente*<sup>26</sup>.

A estrutura administrativa<sup>27</sup> e as competências de cada um dos órgãos que compõem o SISNAMA estão dispostas expressamente na Lei nº 6.938, de

---

<sup>24</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Sistema constitucional brasileiro de gerenciamento de riscos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n. 55, julho – setembro, 2009. p. 60/61.

<sup>25</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Sistema constitucional brasileiro de gerenciamento de riscos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n. 55, julho – setembro, 2009. p. 61.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 226.

<sup>27</sup> Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. “Art 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; IV - órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; VI - Órgãos Lo-

1981, sendo que todos têm a finalidade de executar a Política Nacional do Meio Ambiente.

Os órgãos do Conselho são compostos de forma colegiada, com regras de ingresso e mandato por tempo determinado, além de trazer expressamente o dimensionamento das competências de cada um. Cabe destacar ainda que o SISNAMA, apesar de ter sido instituído pela Lei 6.938/81, foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo a lei de política nacional do meio ambiente<sup>28</sup>.

O gerenciamento dos riscos administrativos ambientais se dá de diversas formas, todas elas regulamentadas em lei, tendo amparo, em especial, pelo poder de polícia administrativa, sintetizado por Melo<sup>29</sup>:

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.

Sobre o poder de polícia ambiental, Machado<sup>30</sup> também demonstra a relevância e a sua especificidade nos seguintes termos:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

---

cais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; § 1º - Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. § 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior. § 3º Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada. § 4º De acordo com a legislação em vigor, é o Poder Executivo autorizado a criar uma Fundação de apoio técnico científico às atividades do IBAMA.”

<sup>28</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 157/159.

<sup>29</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 795.

<sup>30</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.*, p. 332.

Entre os instrumentos de controle dos riscos temos: as licenças ambientais, as autorizações administrativas, as auditorias ambientais, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), dentre outros. Destacamos, neste momento, os referidos instrumentos para uma análise, sem a pretensão de esgotar o tema, tendo em vista a sua vastidão, *sem perder de vista que em todos os casos, deve-se dar primordial e especial atenção aos riscos sob a forma de que as incertezas e até mesmo possíveis desconhecimentos passem a fazer parte inextrável de todas as decisões políticas, onde o futuro passa a determinar o presente e não mais apenas o passado.*

#### *4.1.1. Licença Ambiental – Art. 10, da Lei 6.938/81 e Resolução 237/1997 do CONAMA*

Inicialmente, cabe destacar que a licença ambiental é precária, ou seja, não possui a característica da definitividade, sendo que o prazo máximo, a depender da espécie, é de cinco, seis e dez anos<sup>31</sup>, que poderá ser renovado, nos termos da lei.

Neste sentido, existem três tipos de licença ambiental quando se trata de empreendimento de grande vulto<sup>32</sup>, quais sejam: a) licença prévia (ato negocial definitivo, com duração de até cinco anos, visando o conhecimento preliminar da atividade relacionada ao meio ambiente<sup>33</sup>); b) licença de instalação (ato discricionário que pode ser revogada a qualquer tempo, possibilitador de deslocamentos de maquinários e equipamentos necessários para a implantação do projeto. A concessão depende da análise inicial do EPIA, mais precisamente quanto à sua natureza científica e existência de prognoses e avaliação de impactos, “de acordo com as especificações constantes do projeto executivo aprovado<sup>34</sup>”); e, c) licença de operação (ato discricionário. Em casos específicos e nos termos das normas regulamentares, alguns empreendimentos dependerão obrigatoriamente de licenciamento que caberá ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Porém, nada obsta que sejam exigidas licenças cumulativas de competência da União, do Estado e do Município para que o empreendimento seja autorizado. Como a primazia é a precaução e minimização dos riscos, normalmente acontece a necessidade de obtenção de licenças duplas ou triplas. Ademais, esta só será concedida com efetivo cumprimento das exigências contidas nas licenças anteriores<sup>35</sup>. Por fim, estabelecimentos que se utilizarem, de qualquer forma, de materiais nucleares deverão se submeter à

---

<sup>31</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 284.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 285/288.

<sup>33</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 286.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 288.

“Comissão Nacional de Energia Nuclear, mediante parecer do IBAMA, ouvidos os órgãos de controle ambiental estaduais e municipais”, sendo que o parecer do IBAMA é vinculativo<sup>36</sup>).

Embora o texto constitucional careça de rigor técnico ao dispor no seu art. 170, parágrafo único, que é assegurado o livre exercício da atividade econômica, “independentemente de autorização (*sic!*) de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, na verdade se trata de *Licença*. Diante da norma constitucional e respeitadas as competências para legislar conforme a matéria (também determinadas na Constituição), somente poderão ser cobradas dos particulares quaisquer taxas para aquisição de *Licença Ambiental* desde que prevista em lei.

Em regra, a *Licença Ambiental* é concedida pelo IBAMA, entretanto não são exclusivas ou privativas do mesmo, ou seja, outra entidade ou órgão federal, estadual ou municipal, respeitada a competência constitucional, também poderão exigir licenças obrigatórias e antecedentes à liberação do empreendimento que ainda poderão ser cumulativas, desde que amparadas por lei.

O *Licenciamento Ambiental* poderá ser inicial ou de renovação, submetendo o administrado a uma taxa para sua aquisição, tendo assim, a Administração Pública, o dever de prestar serviço de qualidade e segurança adequadas, disponibilizando aos seus agentes, todos os meios necessários para a realização das análises e verificações para a preservação do meio ambiente<sup>37</sup> e o bem estar da coletividade transgeracional.

#### 4.1.2. Auditoria Ambiental – Resolução 306/2002 do CONAMA

*Auditoria Ambiental* “é o procedimento de exame e avaliação periódica ou ocasional [ousa-se acrescentar, fiscalizações impulsionadas pelo Poder Público] do comportamento de uma empresa em relação ao meio ambiente”<sup>38</sup>. Destaca-se que a auditoria ambiental deve sempre acontecer posteriormente a outra intervenção anterior da Administração Pública, uma vez que a mesma tem a finalidade de aferir se estão sendo cumpridas pelo estabelecimento as determinações contidas em uma anterior concessão de licença ou autorização ambiental, bem como posterior ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA e todas elas devem ser anexadas, ao final, ao EPIA.

Estritamente ligada à auditoria ambiental estão os princípios da equidade intergeracional e do desenvolvimento sustentável ou sustentado que significa, em síntese, a introdução das futuras gerações não apenas como

---

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.*, p. 275/279.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

interessadas, mas sim como titulares de direitos ambientais relacionados também ao desenvolvimento.<sup>39</sup> Em regra, as auditorias, conforme o que reza as normas, devem ser periódicas e acontecer em um intervalo de seis a doze meses a depender da atividade e da potencialidade dos riscos da atividade desenvolvida.

Por fim, destacam-se as palavras de Machado<sup>40</sup> no que tange a imperatividade da auditoria, não podendo o empreendedor se opor à mesma. Porém, ao mesmo tempo a lei traz uma falha quando impõe a necessidade de programação prévia.

A lei foi sábia em não ter exigido a concordância do concessionário para a visita, mas falhou ao inserir a necessidade de programação prévia da visita junto ao concessionário. Tal medida retira a *surpresa*, que pode propiciar a constatação de irregularidades. Tal dispositivo merece ser retirado numa futura reforma da lei, pois equivale a dar com uma mão e retirar com a outra, ensejando a ineficácia da norma.

#### 4.1.3. Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA<sup>41</sup>

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) é um instrumento multidisciplinar de amparo constitucional, gerador de informações técnicas, empíricas e coletivas que deve anteceder qualquer decisão administrativa relativa a obras. Atualmente, todo empreendimento, seja ele de pequeno, médio ou grande porte que utilize recursos federais deve ser antecedido por um rigoroso EPIA. Ademais, caso necessite da assinatura do Presidente da República, obrigatoriamente deve ser precedido do EPIA.

O CONAMA é órgão competente para estabelecer as normas e critérios gerais na elaboração do EPIA, de acordo com o art. 8º, I, da Lei 6.931/81.

O EPIA tem natureza jurídica de procedimento público, mesmo que venha a ser realizado por particulares, com o fim de conceder uma base séria de dados, com conteúdo multidisciplinar.

A lei exige um modelo padronizado em que os elaboradores particularizam de acordo com o empreendimento e efeitos ambientais o mais abrangente possível. Destaca-se que deve haver técnicos cadastrados pelo IBAMA, onde os mesmos devem possuir pelo menos duas formações, sendo que uma delas deve ser específica na área em que se vai oficializar e emitir parecer.

Dentro do conteúdo do EPIA deverá ser avaliada não apenas a atividade a ser desenvolvida pelo empreendimento, mas todos os seus aspectos

---

<sup>39</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 304.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 224/244

sociais e técnicos, áreas de abrangência que possam influir de forma direta ou indireta, além de outros empreendimentos similares ou não. Avaliar-se-á, também, os impactos permanentes, periódicos de curto, médio e longo prazo. Enfim, todos os efeitos cumulativos do desenvolvimento da atividade.

Como se afere o EPIA deve ser exaustivo, detalhado e descritivo, devendo dispor ainda sobre as alternativas tecnológicas e locais para mitigar os impactos que possam surgir, levantando os possíveis efeitos desfavoráveis e, desde já, dando conta de como o empreendedor irá realizar a compensação ambiental. Além disso, deve haver previsões de manejo e atuações diante de possíveis catástrofes.

Para um maior detalhamento, sugere-se a leitura do art. 225, § 1º, IV, da CF; do art. 9º, III, da Lei 6.938/81; e dos arts. 5º e 6º, da Res. Conama 1/1986.

#### 4.1.4. Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)<sup>42</sup>

Na realidade, o EPIA engloba o RIMA, mas apresentam diferenças, ou seja, como o EPIA é de maior abrangência e “compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório”<sup>43</sup>, este último está contido no todo.

De acordo com a Resolução 1/1986 do CONAMA, o RIMA deverá refletir as conclusões do Estudo de Impacto Ambiental, ficando patente que o EPIA é *conditio sine qua non* de existir do RIMA. Afere-se que o RIMA tem a característica de conclusividade devendo possuir uma linguagem que seja acessível a todos de forma a concretizar o princípio da publicidade e o da informação, visto que é direcionado a toda a comunidade e não apenas aos ambientocratas. Trata-se de um instrumento de detalhamento e transparência, visando sempre otimizar o entendimento, fazendo-se claro, quando possível, através de gráficos, tabelas, esquemas, fotos, enfim, linguagem visual.

Na conclusão devem estar presentes os pontos positivos e negativos, bem como a opção “zero”, ou seja, a não realização do empreendimento, de forma consubstanciada, sendo ela afirmativa ou não, sob pena de nulidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato vivemos em uma sociedade onde os riscos, que tem como característica preponderante a incerteza, vem exigindo alterações de comportamento, provocando mudanças climáticas, alterações de tempo e espaço, conflitos sociais e gerando novas pretensões que acabam por se voltar à Ad-

---

<sup>42</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 231/243.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 231.

ministração Pública e ao Poder Judiciário, em grande parte pelos efeitos do êxito tecnológico, científico e econômico das atividades comerciais.

Por consequência, as normas jamais poderiam se fechar para a realidade, pois o fato de o direito dever ser cego, não justifica que ele seja insensível, surdo e mudo, diante das inquietudes sociais. Assim, as condições estruturais e as capacidades funcionais do Direito para a gestão dos riscos ambientais globais, transtemporais e invisíveis teriam que acontecer.

É nesse contexto que a Constituição brasileira de 1988 traz o meio ambiente como um direito fundamental dúplice, ou seja, ao mesmo tempo em que é um direito subjetivo personalíssimo, também impõe ao ser humano o dever de preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações de forma que todos tenham qualidade de vida, daí um direito objetivo.

Diante dessa dimensão, para a operacionalização da gestão ambiental, foi necessária a formação de um sistema de gerenciamento de riscos ambientais, a fim de controlar as ameaças diante do vultoso, rápido e desenfreado desenvolvimento tecnológico e científico contemporâneo.

Neste sentido, a Constituição, em seu art. 225 e parágrafos, traz de forma direta o dever de gerenciamento dos riscos ambientais, disponibilizando ainda as formas em que deve ser concretizado, institucionalizando, assim, que o futuro deve estar contido no bojo de toda e qualquer decisão, seja ela administrativa ou judicial, precavendo e prevenindo os riscos de forma que o dano ambiental sequer venha a acontecer.

Pode parecer paradoxal quando se fala que as decisões presentes devem dar maior relevância ao futuro. Todavia, o *risco e suas reflexões pós-modernas* servem exatamente para desparadoxar e lidar com a culpa, instituição com a qual as decisões sempre lidam para basear suas decisões. Isso não significa que a culpa irá desaparecer, porém as decisões receberão o acréscimo do *risco*, do futuro. Trata-se de um caminho sem volta.

Daí é que afirmamos: ao decidir (“presente”), o gestor ou jurista deve analisar os fatos/documentos (“passado”), adicionado aos riscos (“futuro”).

Como se percebe as ações empreendedoras antes de serem iniciadas passam por um procedimento rigoroso de filtragem administrativa e posteriormente judicial, o que se denomina de sistema constitucional de gerenciamento dos riscos ambientais, de forma a conter e minimizar os riscos cada vez mais recorrentes. O gerenciamento administrativo por ser preliminar, e, pois, exigir um procedimento mais minucioso, multidisciplinar, crítico e reflexivo, potencializando a sua eficiência pela grande diversidade de órgãos e agentes, menor custo e maior facilidade de operacionalidade, tende a otimizar as ações com a finalidade de introduzir as incertezas/riscos nas decisões políticas.

A gestão administrativa dos riscos ambientais é realizada pelos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), criado pela lei 6.938/81, que foi recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que traz regras em consonância com o respeito às competências constitucionais estabelecidas.

Dentre os principais instrumentos de controle estão: as licenças ambientais; as auditorias ambientais; o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA); e o RIMA. Em todos eles e nos demais existentes, o aspecto principal abordado é a preocupação com a gestão dos riscos, pois as incertezas devem sempre ser priorizadas e sopesadas de forma a garantir a qualidade de vida presente e de futuras gerações, sempre com razoabilidade, daí a importância dos princípios da prevenção, precaução, ética ambiental e equidade intergeracional.

Por fim, tendo em vista que o meio ambiente é um direito fundamental e essencial à qualidade de vida, sendo, ainda, imprescritível, irrenunciável e inalienável, deixamos, para reflexão, o aforisma de que: *Deus sempre perdoa; o homem às vezes; porém, a natureza, jamais perdoa!*

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

CALLEGARI, André Luis. Sociedade do risco e Direito Penal. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS – mestrado e doutorado n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25-45.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilidade civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

\_\_\_\_\_. Regulação constitucional e risco ambiental. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 12 – jul./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Sistema constitucional de gerenciamento de riscos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. n. 55, jul./set. 2009. p. 52-75.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez; tradução: José Luiz Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Minas Gerais: Forum, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.





# MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E DIREITO TRIBUTÁRIO

*Celso de Barros Correia Neto\**

*Liziane Angelotti Meira\*\**

## **Resumo**

O artigo discute a aplicação dos métodos de interpretação jurídica ao ramo do Direito Tributário. Os diferentes métodos são examinados como formas de argumentar. Não revelam um sentido preexistente, não conduzem a uma única solução correta e podem vir a oferecer alternativas de interpretação absolutamente contraditórias entre si. Aplicados a um caso concreto, oferecem premissas para justificar uma decisão em termos jurídicos. Permitem defender que determinado texto *deve ser* interpretado de certa maneira e, não raro, recorrem a elementos que se situam fora do sistema jurídico.

## **Palavras-chave**

Interpretação. Métodos. Direito Tributário. Hermenêutica.

## **Abstract**

This paper discusses the use of the legal interpretation methods on Tax Law. The different methods are techniques of reasoning. They do not reveal a preexisting meaning, do not lead to an exact solution and may offer contradictory interpretations in certain cases. When applied to a particular case, legal interpretation methods provide premises to justify a legal interpretation. In fact, they determine how the text should be interpreted, sometimes using elements found outside the legal system

## **Keywords**

Interpretation. Methods. Tax Law. Hermeneutics.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste estudo, analisa-se a aplicação dos chamados “métodos de interpretação jurídica” ao ramo do Direito Tributário. Discute-se o enfoque tradi-

---

\* Doutor em Direito pela USP. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

\*\* Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil. Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito com concentração em Direito do Comércio Internacional e Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Professora da Universidade Católica de Brasília. Professora e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professora da Escola de Administração Fazendária. Professora Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

cional, que vê nos métodos técnicas para se descobrir o sentido da lei, apresentando-os como recursos retóricos empregados mais para *convencer* do que propriamente para *conhecer* o sentido normativo.

Como capítulo da hermenêutica jurídica, os métodos são utilizados com o objetivo de influenciar decisões e administrar sentidos. Não conduzem necessariamente a uma única interpretação, nem à interpretação correta e podem, muitas vezes, apresentar resultados contraditórios entre si. Ainda assim, esses critérios não deixam de desempenhar um papel fundamental na interpretação jurídica e têm inegável aplicação prática.

O texto examina a maneira como podem ser utilizados os métodos de interpretação – literal, histórico, teleológico e sistemático – nas relações tributárias e destaca as múltiplas possibilidades de solução que, na prática, podem oferecer ao aplicador do direito no debate jurídico.

## 2. INTERPRETAÇÃO E NORMA JURÍDICA

Interpretar é conferir sentido, e tudo que faz parte do mundo é interpretado. Objetos naturais e culturais, “tudo é interpretável, porque tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão de sentido. Até os dados e objetos do mundo físico, assim como as leis e [os] princípios das ciências, que buscam o conhecimento desse mundo”, afirma Raimundo Bezerra Falcão.<sup>1</sup> O objeto não precede o sujeito, nem o discurso, surge com ele(s): “Os objetos nascem quando deles se fala: o discurso, a sua amplitude, lhes dá as condições de sentido mediante as quais os recebemos e os processamos”.<sup>2</sup>

A construção de sentido, no entanto, não se faz livremente, nem é neutra. Toda interpretação é uma tomada de posição. Não há termo ou sentido unívoco: “o sentido sempre poderia ser outro”, afirma Eni Orlandi.<sup>3</sup>

Ainda que o ato de interpretar seja necessário e inevitável, a construção de sentidos não é livre – é sempre regrada. As diversas instâncias da sociedade trabalham para estabilizar a produção de sentido social, e o Direito é uma delas. De um lado, a norma jurídica dá sentido aos fatos: “funciona como esquema de interpretação”<sup>4</sup>, ao valorar as condutas humanas, fazendo-as lícitas ou ilícitas. De outro, as normas jurídicas, elas próprias, também se sujeitam à interpretação, abrindo espaço para o trabalho do intérprete – e apli-

---

<sup>1</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.85.

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 13.

<sup>3</sup> ORLANDI, Eni P. **Discurso e Texto: formulação e circulação dos sentidos**. 3. ed. Campinas: Pontes, 2008, p. 164.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4.

cador – do direito, mediante o uso dos critérios que lhe fornece a hermenêutica jurídica.

### 3. HERMENÊUTICA JURÍDICA

O estudo da interpretação, no Direito, volta-se especialmente às normas jurídicas – ou, mais precisamente, aos textos que formam o direito positivo –, tendo em vista a solução de problemas concretos. Também se interpretam os fatos, é claro, mas este não é o foco principal da hermenêutica clássica. A preocupação com os fatos está na base da interpretação jurídica, mas opera em função da norma que sobre eles se cogita aplicar.

Chama-se “Hermenêutica Jurídica” a disciplina que se debruça sobre este processo de construção do sentido jurídico, do sentido das normas. Seu conceito usual aponta como objeto de estudo a definição do “conteúdo” e do “alcance” das normas jurídicas, como se vê na definição de Carlos Maximiliano: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”<sup>5</sup>

O que o autor chama de “sentido” (ou “conteúdo”) da norma, na linguagem da lógica formal, chama-se conotação (sentido conotativo): conjunto de propriedades compartilhadas por todos os indivíduos ou objetos que compõem determinado conjunto. Já o “alcance” refere-se ao que se chama de denotação ou extensão: os indivíduos ou objetos que compõem um conjunto ou a que certo termo pode ser aplicado.

Pensando a norma jurídica, a conotação, o conteúdo ou o sentido pode ser tomado como a notas típicas de um fato de possível ocorrência no mundo que estariam descritas na hipótese de incidência da regra-matriz. A denotação ou alcance seriam os diferentes casos concretos, individualmente considerados, que, efetivamente, se enquadram na hipótese legal.

Tais afirmações põem em destaque uma das principais notas distintivas da hermenêutica jurídica: a interpretação, no Direito, é uma questão prática, surge em face de problemas concretos que demandam solução; realiza-se diante da aplicação da norma jurídica e da necessidade de solucionar problemas concretos.

O trabalho hermenêutico tem a ver com o oferecimento de meios para a estabilização de sentidos, isto é, para determinar como *deve ser* a interpreta-

---

<sup>5</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p.13.

ção jurídica. A hermenêutica é “que faz a lei falar”.<sup>6</sup> A tarefa hermenêutica começa onde termina a legislativa. Sua função, como salienta Ferraz Jr., é criptonormativa, ou seja, é regerar a interpretação da norma posta. Raimundo Bezerra Falcão explica esse papel da hermenêutica, ao contrapor a inesgotabilidade do sentido à necessidade de impedir que a interpretação do direito afaste-se do interesse social. “Compete à Hermenêutica buscar modelos, isto é, estruturas para a interpretação. Estruturá-la para operacionalidade, fazê-la voltada a operar”. E isso, nas palavras do autor, levaria a uma “pedagogia da escolha de sentidos”, direcionando a escolha de um significado, “pinçando-o em meio aos inúmeros sentidos possíveis captados”.<sup>7</sup>

Seguindo o argumento do autor, a *inesgotabilidade do sentido* implicaria a necessidade de estabilizar algumas interpretações, aquelas que revelem “alcance social”, e de afastar outras tantas, a fim de evitar a anarquia das múltiplas interpretações individuais.<sup>8</sup> A hermenêutica, diz Bezerra Falcão, “ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com objetivo de outorgar estabilidade à última, em benefício dos efeitos sociais do sentido, em termos de aplicação à convivência”.<sup>9</sup>

Quem aponta a “melhor” interpretação também decide sobre o que é socialmente e juridicamente relevante. Eis o ponto central da questão: sob esse argumento da “estabilidade” se oculta uma relação de poder. Escolher um dentre outros significados é exercê-lo. O sentido nunca é livre, muito menos o sentido jurídico. A hermenêutica jurídica é uma forma de regrá-lo.

#### 4. MÉTODOS PARA CONSTRUIR SENTIDOS

A maneira como se compreende a questão dos métodos de interpretação tem relação direta com aquela que seria a função da hermenêutica jurídica. Mais do que simplesmente descrever como opera o processo de interpretação no/do Direito, a tarefa da hermenêutica implica a própria construção do regramento da tarefa de interpretar. “É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e os princípios que deverão nortear a interpretação”,<sup>10</sup> afirma Maria Helena Diniz.<sup>11</sup> Entre elas estariam os méto-

---

<sup>6</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 292.

<sup>7</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.95.

<sup>8</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.95.

<sup>9</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.95.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 416.

<sup>11</sup> Decerto que, ao empregar os termos “regra” e “regramento”, não se pretende afirmar que a doutrina esteja exatamente no mesmo plano que a linguagem do direito positivo. Não estão; ainda que se possa cogitar de seu entrelaçamento no momento da produção do sentido deôntico. Ademais, o fato de se afirmar que se trata de uma normatização não significa que esteja-

dos: “A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados”<sup>12</sup> e, entre esses *meios* oferecidos pela hermenêutica, estariam os métodos de interpretação.

A noção de método, portanto, remete à ideia de uma forma ou um caminho<sup>13</sup> seguro colocado à disposição do intérprete para encontrar – ou construir – o sentido dos textos jurídicos. “Os métodos aparecem definidos pelo imaginário jurídico, o ‘senso comum teórico dos juristas’, como técnicas rigorosas, que permitem alcançar o conhecimento científico do direito positivo”.<sup>14</sup> Operariam, então, como normas técnicas do bem interpretar: para produzir uma interpretação legítima, o jurista *deve* aplicar os métodos. Haveria uma relação de meio e fim entre os métodos e o resultado do processo de interpretação.

O problema é que essa postura encobre a função argumentativa dos métodos e, de certo modo, inverte a ordem do processo interpretativo. Tal como descrito nos tratados de hermenêutica, o jurista partiria de um vazio semântico para, mediante a aplicação sucessiva dos métodos, descortinar o sentido “final” da norma para certo caso. E, na realidade, este caminho se percorre na direção contrária. Os métodos oferecem recursos argumentativos para fundamentar posições preestabelecidas. O jurista parte de um sentido para o texto legal e procura, com a ajuda dos métodos de interpretação, construir argumentos que permitam sustentá-lo. Por isso, na prática, os métodos de interpretação operam mais propriamente como métodos de argumentação do que de interpretação.

Cada um dos diferentes métodos recorre a um elemento que comporia o contexto no qual, em tese, insere-se o texto legal objeto de interpretação/argumentação, e direciona o sentido da interpretação para um resultado mais ou menos amplo, conforme o interesse de quem interpreta. Trata-se de tentar justificar a “escolha” de uma interpretação, dentre outras possíveis.

A interpretação é uma tomada de posição, que se faz muitas vezes sem se dar conta do porquê. Os métodos aplicam-se, num instante posterior, para justificar uma interpretação e convencer, ante a necessidade de fundamentar posições assumidas. “A realidade é que os métodos de interpretação não passam de artifícios de que lançamos mão para justificar a nossa escolha,

---

mos referindo, necessariamente, uma regra jurídica. Nem toda autoridade é órgão do sistema jurídico, nem toda norma é jurídica.

<sup>12</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 13.

<sup>13</sup> Cf. GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANO, Alejandro; GUARINOMI, Ricardo. **Introducción al Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1994, p. 154.

<sup>14</sup> WARAT, Luis Alberto, **Introdução Geral ao Estudo do Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 65.

entre as possíveis, para a solução de um problema jurídico; por isso não podem ser regrados”, assevera Eros Grau.<sup>15</sup>

Neste ponto, podem-se destacar duas formas de se compreender o problema dos métodos. A primeira é situá-los no contexto amplo do discurso da hermenêutica jurídica, como forma de estabilização ou administração de sentidos. Nesse caso, detrás do uso certos “métodos” ou formas predefinidas de realizar o ato interpretativo, está limitação da liberdade do intérprete. “Somente as ‘regras’ (digamos assim) da Hermenêutica serão hábeis a conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis, do que surgirá algum rumo pra o intérprete poder optar”<sup>16</sup>, escreve Bezerra Falcão. A segunda forma de compreender os métodos é considerar sua utilização por parte do intérprete nos casos concretos. Aqui, o método é instrumento de argumentação, meio para justificar uma posição assumida e convencer de sua aceitabilidade.

Os dois sentidos para o uso dos métodos não são excludentes entre si, são antes complementares. Referem-se à *estabilização* ou administração de sentidos, no plano geral da doutrina, e à sua aplicação diante de um litígio, em que há duas teses contrapostas. Nos dois casos, tem-se uma forma de controle da produção de sentidos, no plano abstrato e no concreto, respectivamente.

## 5. INTERPRETAÇÃO E DOGMÁTICA JURÍDICA

Não há como entender o problema dos métodos de interpretação sem os situar como uma questão própria do campo da dogmática jurídica. Os métodos são técnicas dogmáticas de interpretação. Se, inicialmente, afirmamos que a produção de sentidos numa sociedade nunca é um processo inteiramente livre, a vinculação atinge um grau ainda mais elevado no Direito. Os métodos de interpretação, como parte do discurso da hermenêutica, apresentam-se como um desses instrumentos de administração (estabilização) de sentidos – no caso, os sentidos jurídicos.

É claro que interpretar não é um ato privativo de juristas, nem mesmo a interpretação da lei. É um procedimento necessário e inevitável para todos que se veem diante do conjunto de textos legais, seja para aplicá-los a terceiros, seja apenas para cumpri-los. Nesse sentido afirma Dimitri Dimoulis:

As decisões das autoridades estatais e, em particular, do Poder Judiciário são seguramente as mais importantes em razão de sua força vinculante. Mas atuam também como aplicadores de direi-

---

<sup>15</sup> GRAU, Eros R. A Interpretação do Direito e a Interpretação do Direito Tributário. In: CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>16</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100.

to todos os destinatários do direito que devem se conduzir de certo modo, obedecendo a imperativos legais, e que, para tanto, são obrigados a interpretar o direito em vista de sua aplicação, ainda que de forma sumária, incompleta ou equivocada.<sup>17</sup>

Há, entretanto, diferença crucial. O ato de interpretar o direito por quem o vê “de fora”, sem o dever de decidir, tem sentido diverso da interpretação firmada por quem atua como partícipe no sistema. Quem interpreta o direito da posição de observador pode, diante dos textos legais, simplesmente chegar à conclusão de que o ordenamento jurídico não oferece solução para determinado caso concreto ou que não há resposta clara e uniforme quanto a se saber se determinada conduta deve ser tida como lícita ou ilícita. Essa, contudo, não é uma interpretação própria do pensamento dogmático.

A interpretação, na dogmática jurídica, parte de duas premissas: (a) inegabilidade dos pontos de partida e (b) proibição do *non liquet*.<sup>18</sup> A primeira premissa funciona como base para o fechamento operacional do sistema jurídico. Ao decidir o sentido de uma norma e sua aplicabilidade ao caso concreto, o intérprete parte do próprio conteúdo das demais normas do sistema, como determinantes primárias para a interpretação jurídica.<sup>19</sup> O argumento encerra certa circularidade, na medida em que propõe interpretar o direito a partir de si mesmo, indo de norma a norma. Mas pode-se dizer que esta tautologia caracteriza o próprio direito como sistema – é o que lhe confere fechamento operacional. O segundo pressuposto – a proibição de não decidir – revela a vocação prática do pensamento dogmático, preocupado em “possibilitar a decisão e orientar a ação”.<sup>20</sup> Diante de um problema, a dúvida dá lugar à decisão.

A questão dos métodos interpretativos insere-se nesse contexto do pensamento dogmático. Os métodos também estão voltados à orientação da ação e à decisão dos conflitos. No caso, a ação de interpretar. Funcionam como estratégias argumentativas para conduzir a produção de sentido jurídico e para justificar a adoção de uma posição, dentre outras possíveis. Pretendem oferecer segurança ao intérprete diante da pluralidade de sentidos que se podem construir a partir de um texto de lei. Em rigor, não nos oferecem respostas, tampouco *caminhos* ou *fórmulas* para encontrá-las. Influem no modo de compreender e aplicar o direito, apresentando critérios para se saber o

---

<sup>17</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 224.

<sup>18</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 39-41 et passim.

<sup>19</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 244.

<sup>20</sup> FERRAZ JR., Tércio S. **Introdução ao Estudo de Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.41.

que pode ou não ser dito, isto é, sobre as possíveis interpretações de um texto legal.

## 6. INTERPRETAÇÃO E DIREITO TRIBUTÁRIO

Não existe, na norma do tributo, qualquer particularidade que faça da exegese no Direito Tributário algo diverso da interpretação dos demais setores do ordenamento jurídico. O ato de interpretar é exatamente o mesmo, independentemente do ramo jurídico a que pertença o dispositivo normativo em questão. As peculiaridades da interpretação jurídica são as que já referimos acima: a obrigatoriedade de decidir e a inegabilidade dos pontos de partida. Elas se aplicam indistintamente a quaisquer normas jurídicas, sejam de Direito Tributário, sejam de Direito Civil ou Comercial.

Há, contudo, um aspecto importante a considerar. O sentido de um texto forma-se a partir da posição dos sujeitos que o interpretam. Na relação jurídica tributária, as interpretações formam-se com base em duas posições antagônicas, a do Fisco e a do contribuinte. Num mesmo texto de lei, um e outro podem enxergar normas absolutamente distintas. E a razão é simples: a construção de sentido faz-se a partir dos interesses em disputa. De um lado, o Fisco, que se guia pelo interesse arrecadatário. De outro, o contribuinte, que vê o tributo como uma redução de seu patrimônio e, por isso, deseja evitá-lo. Os dois interesses são, imediatamente, inconciliáveis. Daí os conflitos surgem. Apresentando teses opostas, cada qual pretende oferecer a “melhor”, “mais justa” ou “mais lógica” maneira de se interpretar certo dispositivo de lei. A controvérsia existe ainda que o texto legal seja aparentemente claro. O equívoco e o dissenso são também consequências das diversas posições dos sujeitos, Fisco e contribuinte, não são apenas “defeitos” do texto da lei. Eis o primeiro ponto que se quer destacar neste tópico: as duas posições (ou sujeitos) contrapostas (os) na relação tributária.

Os métodos aplicáveis às normas tributárias não diferem daqueles que seriam de se aplicar aos demais ramos do direito. Não há métodos específicos para entender as leis fiscais. Noutros tempos, justificava-se a imposição de regras especiais de interpretação a partir da divisão entre Direito *Comum* e *Especial*. As leis penais e as leis tributárias seriam *Jus singulae*, porque aplicáveis apenas a determinada classe de pessoas, e mereceriam, por conseguinte, interpretação diferenciada.<sup>21</sup> Leis tributárias seriam “leis odiosas”, daí interpretem-se diferentemente.<sup>22</sup> Hoje o argumento não encontra mais adeptos.

---

<sup>21</sup> CARVALHO, A. A. Contreiras de. **Doutrina e Aplicação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969, p. 191.

<sup>22</sup> CARVALHO, A. A. Contreiras de. **Doutrina e Aplicação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969, p. 191. Merece referência o argumento do autor que de que as leis tributárias não seriam, ainda hoje, odiosas, apenas “leis individualmente incomodativas”.

O Código Tributário Nacional dedica alguns artigos à regulação da interpretação tributária (arts. 107 a 112 e art. 118). Não se pode dizer que essas disposições façam opção por um dos métodos em detrimento dos demais. E, mesmo que fizessem, as normas de interpretação também precisariam ser interpretadas, e assim estaria aberto espaço para os métodos. Estes não são normas de direito tributário, como as leis interpretativas, nem sobrenormas, como as disposições que regulam a interpretação no CTN. São ferramentas doutrinárias, ainda que possam, em alguma medida, cumprir uma função normativa (fora do direito). “A interpretação no Direito Tributário se subordina ao *pluralismo metódico*. Inexiste prevalência de um só método”, afirma Ricardo L. Torres.<sup>23</sup> Há pluralidade e equivalência, sem hierarquia, vale dizer.

Métodos específicos, fórmulas rígidas de interpretação e critérios apriorísticos fazem parte de uma fase superada do estudo da interpretação das normas tributárias. O que podemos apontar hoje são as peculiaridades que aplicação dos métodos revela no campo tributário. Delas cuidaremos nos tópicos seguintes.

## 7. OS DIFERENTES MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Certamente, uma exposição que trate da problemática dos métodos de interpretação não pode deixar de mencionar os principais “métodos” de interpretação ordinariamente referidos pela doutrina. É comum que os juristas apontem Savigny como responsável pelas primeiras referências ao tema, mas esta afirmação não é de todo precisa.

Dimitri Dimoulis explica que as quatro regras clássicas de interpretação não foram propriamente criadas por este autor. “Podem ser encontradas, ainda que de forma menos elaborada, em autores que escrevem desde a segunda metade do século XVII.”<sup>24</sup> Dimoulis menciona também que, na doutrina de Savigny, a interpretação é tratada como um único processo que se compõe de quatro elementos, não de quatro métodos, que poderiam conduzir a resultados díspares, nem de quatro interpretações.<sup>25</sup> Haveria uma só interpretação, formada a partir desses quatro dados. A doutrina posterior a Savigny acrescentou o método teleológico objetivo, que não constava da classificação original, e eliminou o lógico, inserindo-o nos métodos gramatical e sistemático.

---

<sup>23</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.83.

<sup>24</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 241.

<sup>25</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 241.

É importante destacar, por outro lado, que o objetivo de sua aplicação não é o mesmo para todos os autores ou Escolas. Não é raro, aliás, que os diferentes métodos e Escolas ofereçam soluções distintas para um mesmo problema jurídico. Cada Escola apresenta seu método, sua maneira de interpretar o direito, representando, muitas vezes de forma contraditória, o objetivo do processo de interpretação. Além dos quatro elementos ou métodos que remontam a Savigny, é possível apontar uma variedade de outros, como o exegético, o comparativo, o da livre investigação científica (de Geny), o sociológico (de Duguit), a Escola do Direito Livre, a Escola do Positivismo Fático (realismo norte-americano e escandinavo), o método egológico (de Cossio), o método tópico-retórico (de Theodor Viehweg), entre uma infinidade de outros.<sup>26</sup>

Em todo caso, a maneira como o processo interpretativo é apresentado neste estudo – como construção de sentido que se faz a partir da posição de um sujeito – nos conduz a entender os métodos como critérios de relevância argumentativa para determinar o que importa e o que não importa para a construção do sentido dos textos legais. O que deve e o que não deve ser dito. É esse o viés que daremos à breve exposição que se segue sobre os diferentes métodos e sobre a forma como se aplicam ao Direito Tributário. Tomaremos quatro “métodos” de interpretação – literal, histórico, teleológico e sistemático – para enfatizar o modo como são aplicados no campo tributário e algumas das principais questões que suscitam.

### 7.1. Método literal

Mais simples e, entre todos, o mais criticado, o método literal ou gramatical, em sua versão mais singela, baseia-se na ideia de que “as palavras da lei têm um sentido unívoco que o intérprete deve descobrir e sistematizar”.<sup>27</sup> Caberia ao jurista desvendar este sentido, e o caminho para fazê-lo começaria pelos próprios termos que compõem os textos legais e pelas relações que entres eles se estabelecem.

O método literal estaria, assim, no plano sintático, que diz respeito ao relacionamento que os símbolos mantêm entre si.<sup>28</sup> O sentido vernacular do termo, a posição que ocupa na frase e a conexão que se estabelece com os

---

<sup>26</sup> Sobre o tema, Cf. ANDRADE, Christiano José de. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>27</sup> WARAT, Luiz Alberto, **Introdução Geral ao Estudo do Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 66.

<sup>28</sup> CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008p. 194.

demais termos da frase seriam dados importantes quando se trata desse método.<sup>29</sup>

Ainda nessa concepção inicial, o método parte de uma noção realista do sentido dos termos, segundo a qual “haveria significados verdadeiros na medida em que com palavras se pudessem expressar corretamente as qualidades essenciais das coisas que se pretendem definir.”<sup>30</sup> A interpretação literal buscaria, dessa forma, o sentido apropriado da lei e opera, muitas vezes, por sinonímia: substituindo os termos da lei por termos equivalentes com “reconhecida univocidade”.

No discurso jurídico atual, podemos apontar duas maneiras de se enxergar o recurso à literalidade textual: como (1) a primeira etapa do processo da interpretação e (2) como um apelo ao sentido óbvio de um termo ou frase. No primeiro caso, tem-se a literalidade como fase de interpretação, que, entretanto, nela não se esgota. No segundo, a interpretação literal seria, ela mesma, o ponto de chegada, dispensando maiores elucubrações para se construir o sentido da lei.

Tomados os métodos como fases do processo ou percurso gerativo de sentido, o literal seria o primeiro contato do intérprete com a lei, o ponto de partida. Paulo de Barros Carvalho afirma que “o aparecimento do texto, com essa estreiteza semântica, é o primeiro contacto do intérprete com a mensagem legislada e percebê-lo, como tal, marca o início da aventura exegética.”<sup>31</sup> A decodificação do sentido normativo partiria do plano da literalidade textual (S1), passando por mais três etapas ou subsistemas: o conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos (S2); o domínio articulado de significações normativas (S3); e por último, o vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas (S4).<sup>32</sup> Passa-se das formulações literais às significações, destas às normas e das normas às relações de hierarquia que caracterizam o ordenamento como sistema.

O resultado final seria a construção das normas jurídicas por parte do intérprete, definidas como mínimo irreduzível do deôntico e posicionadas num determinado nível no interior de um sistema jurídico. O processo, entretanto, sempre começaria com o texto, tomado como “suporte físico do

---

<sup>29</sup> Não ignoramos que os métodos “literal” e “gramatical” podem ser representados como mecanismos bem diferentes para alguns autores, mas, para os fins didáticos deste texto, serão aqui tratados como um só método.

<sup>30</sup> WARAT, Luiz Alberto, **Introdução Geral ao Estudo do Direito I. Interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 67.

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos da incidência. 3 ed. São Paulo: 2004, p. 65.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 183.

enunciado prescritivo”.<sup>33</sup> No plano da literalidade do texto começaria o sentido, que nele todavia não se esgota:

Ora, como todo texto tem um plano de expressão de natureza material, e um plano de conteúdo, [...] é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contato com a *literalidade textual*, com o plano dos significantes ou com o chamado plano da expressão, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação [...] <sup>34</sup>

A ideia de que a interpretação começa com o método literal parece óbvia quando se supõe que o objeto da interpretação é o texto e, portanto, este processo não poderia começar sem ele. A partir da literalidade é que a interpretação do texto teria início. Cabe aqui uma ressalva.

Na realidade, quando afirmamos que a interpretação começa no texto, efetuamos um recorte: escolhemos não tratar do que vem antes. Mas há, sim, algo que é anterior. A construção do sentido começa bem antes de o intérprete encontrar-se com os textos legais. O sentido se constrói no horizonte da tradição<sup>35</sup>: todo dito baseia-se num já-dito para que faça sentido. Mesmo antes de *ver* o texto da lei, o jurista traz consigo uma série de significações, valores e pré-conceitos que irão guiar sua compreensão jurídica. A construção do significado inicia-se antes mesmo de o texto legal chegar ao conhecimento de quem o interpreta. E é por este motivo que o sentido nos parece tantas vezes óbvio.

A outra maneira de se apresentar o recurso à “interpretação literal” é tratá-la como um apelo ao óbvio, à letra da lei.<sup>36</sup> Nessa acepção, é comum que os autores critiquem essa maneira de interpretar, taxando-a de “pobre” ou mesmo “desinteligente”. Nesse caso, haveria uma considerável aproximação entre o “método” literal e o “resultado” de interpretação a que ele conduziria.

A propósito, o artigo 111 do Código Tributário Nacional determina que se interprete literalmente a legislação tributária, nos casos de suspensão ou exclusão do crédito, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obri-

---

<sup>33</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 182.

<sup>34</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 183.

<sup>35</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os Limites à Interpretação das Normas Tributárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.21.

<sup>36</sup> “[...] as relações de poder estão simbolizadas em relações de força presentes no jogo de sentidos. Entre em cena o desejo de clareza (certeza): faz parte da encenação retórica do poder, advogar a clareza, a transparência, praticando assim o apagamento, o silenciamento dos outros sentidos possíveis. Não há unicidade de sentidos por causa da história, do político, dos sujeitos. Sendo assim, o sentido claro é aquele que se estabiliza, o sentido dominante.” ORLANDI, Eni P. **Discurso e Texto: formulação e circulação dos sentidos**. 3. ed. Campinas: Pontes, 2008, p. 144.

gações acessórias. O enunciado permite-nos chamar atenção para uma situação que já mencionamos acima: a proximidade entre o método de interpretação literal e o tipo ou resultado estrito de interpretação. Ao prescrever que se “interprete literalmente”, o enunciado não se refere ao método literal de interpretação, mas ao resultado a que se pode gerar no processo de interpretação. Trata-se de impedir o alargamento do sentido deontico para abranger situações que não estariam, em tese, originalmente previstas na lei.

Ricardo Lobo Torres afirma que o art. 111 “admite a interpretação extensiva, que se situa dentro da possibilidade expressiva da letra da lei, proibida, entretanto, a analogia”.<sup>37</sup> Ao mencionar “sentido possível” de um termo, parte-se da ideia de que o próprio texto aceitaria alguns sentidos e excluiria outros. O que estivesse além deste sentido “possível” não poderia ser aceito como interpretação.

No “apelo ao óbvio” e na crítica à literalidade, esconde-se uma disputa pelo sentido, que é também uma disputa pelo poder. E, nesse ponto, ambos os argumentos têm igual peso. Taxar certa interpretação literal de “desinteligente” é, muitas vezes, uma forma de fugir da aplicação estrita de determinada norma ou pretender ampliar-lhe o sentido ou o alcance. Diante de teses conflitantes, o jurista afirma que a interpretação de determinado dispositivo não pode ser “literal” e aponta, em seguida, o outro método que deveria ser utilizado para solução do caso, oferecendo um resultado interpretativo diverso. É comum que esta oposição dê-se entre o método literal e os métodos sistemático ou teleológico, mas pode ocorrer entre quaisquer métodos (argumentos). Aliás, o entrechoque de métodos não é incomum, como veremos adiante.

Na maior parte das situações, é com o sentido dito “óbvio” que se solucionam a maior parte das questões. Dizemos “óbvio” não porque esteja evidente *no* texto, nem porque seja inquestionável, mas por estar assentado num determinado contexto social. A literalidade do sentido concretiza a prevalência de uma “visão de mundo”, pela estabilização de um significado em detrimento de outros possíveis.

## 7.2. Método Histórico

Este método considera o recurso às condições históricas em que se insere uma norma como elemento para determinar-lhe o sentido. Parte-se da premissa de que o momento social da produção ou da aplicação de um diploma legislativo é relevante para se compreender o significado das palavras

---

<sup>37</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributária**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.136.

da lei, o que conduz a duas possibilidades: situar a lei nova no tempo<sup>38</sup>, ou traçar o rumo contrário e situar uma lei antiga no contexto atual. Nos dois casos, pode-se dizer que há aplicação do método histórico: um recurso às condições históricas da lei, no que se refere ao momento de sua edição ou ao momento de sua aplicação.

Hugo de Brito Machado afirma que “neste método o sentido da norma é buscado com exame da situação a que a mesma se refere através dos tempos. Investiga-se o Direito anterior. Compara-se a norma atual com a que lhe antecedeu no regramento do assunto.”<sup>39</sup> Haveria no método “um leve indício anti-dogmático”<sup>40</sup>, na medida em que se utilizam dados fáticos para determinar o sentido do direito. Um indício que, muitas vezes, se desfaz ao se verificar que aquilo que se supõe ser um esforço de contextualização não representa, de fato, o devir histórico em seu processo dialético. A história é retratada de forma mítica, afastado “seu ingrediente social e libertador”<sup>41</sup>, como se não houvesse controvérsias acerca do sentido.

No tocante aos argumentos que suscita, é comum encontrar referências ao método histórico em, pelo menos, três situações: (1) para afirmar que não cabe interpretação literal, porque a sociedade e, portanto, o sentido evoluíram; (2) para argumentar que a determinação do sentido de um termo da lei deve levar em conta o momento de sua criação; ou (3) para utilizar dados referentes ao direito revogado a fim de interpretar o direito vigente. Na primeira hipótese, o argumento histórico é utilizado como forma de alterar significado atual do dispositivo legal, negando-se a acepção que se conferia aos termos legais no momento de sua edição. Ou seja, afirma-se que o sentido não é exatamente aquele que “a letra de lei” sugere, porque o contexto social em que foi produzida era outro. Já na segunda hipótese, o argumento vem exatamente no sentido contrário. Afirma-se que o sentido dos termos da lei deve estar conforme a “intenção” ou finalidade que deu ensejo a sua edição. A terceira hipótese socorre-se, especificamente, do direito precedente para determinar como deve ser a aplicação do direito em vigor.

Nos três casos, percebe-se que método histórico faz com que concorram, no ato de interpretar, elementos, que, rigorosamente, não se inserem no sistema do direito positivo. Citemos dois exemplos: os precedentes normativos, entendidos como “normas que vigoraram no passado e que antecede-

---

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 140.

<sup>39</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105.

<sup>40</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 70.

<sup>41</sup> WARAT, Luis A. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 72.

ram à nova disciplina”,<sup>42</sup> e os trabalhos preparatórios, tais como discussões parlamentares, emendas preteridas, bem como qualquer documento que possa ser útil para desvendar os motivos condicionantes da edição da lei. Em ambos os casos, tomam-se textos que não fazem parte do direito positivo vigente e que remetem o intérprete ao momento da criação da norma jurídica, a fim de buscar informações para se compreender como *era* interpretada naquele instante e as razões de sua edição. Esta forma de pensar o método histórico não diz respeito apenas às leis antigas, cujo sentido se pretenda atualizar, mas também às novas, cuja significação se constrói no contexto de uma determinada tradição legislativa, que, em princípio, não se nega.

A pesquisa de elementos externos ao direito vigente para determinar o significado das normas suscita uma questão interessante. Até que ponto textos externos ao direito vigente podem determinar-lhe o sentido?

Precedentes normativos e trabalhos preparatórios são textos situados fora do direito, e, portanto, não-direito. Os primeiros deixaram de sê-lo no momento da revogação; os segundos nunca ingressaram no mundo jurídico, ainda que tenham feito parte do processo de enunciação. Poderiam esses textos, situados fora do ordenamento jurídico, ser utilizados para determinar o significado das palavras da lei? A pergunta diz respeito aos próprios limites de uma teoria positivista da interpretação jurídica. Em princípio, as respostas para os problemas jurídicos e os dados relevantes para se determinar o sentido das normas situam-se dentro do próprio sistema jurídico. Não se poderiam tomar critérios externos ao direito para solucionar problemas jurídicos. Há, entretanto, uma inevitável abertura: o direito não pode determinar o significado de todos os termos de que se constitui. As palavras da lei já têm sentido antes de serem tomadas pelo legislador. E aqui chegamos à seguinte questão: é legítimo recorrer a textos e elementos não jurídicos para determinar o significado de numa norma jurídica?

Paulo de Barros Carvalho coloca a intertextualidade, “o intenso diálogo que os textos mantêm entre si, sejam eles passados, presentes ou futuros, pouco importando as relações de dependência estabelecida entre eles”<sup>43</sup>, como um dos axiomas da interpretação. No direito, a intertextualidade estaria apresentada em dois níveis. Um é estritamente jurídico, ou interno, e diz respeito ao diálogo entres os variados ramos do direito. Outro é jurídico em sentido amplo e abrange também abordagens do fenômeno jurídico do pon-

---

<sup>42</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 286.

<sup>43</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 193.

to de vista externo, como a História e a Sociologia do Direito.<sup>44</sup> Tem-se intertextualidade interna no primeiro caso, e externa, no segundo. O autor deixa claro que, embora o conhecimento oriundo dessas ciências possa servir para esclarecer o fenômeno jurídico, não servirá “jamais para fundamentar o modo de ser peculiar do pensamento jurídico.”<sup>45</sup>

Uma coisa é certa: não é apenas no método histórico que se utilizam elementos externos ao direito para interpretá-lo. Em geral, os métodos – exceto talvez o sistemático – representam um apelo a algo que não faz parte propriamente do direito positivo. Um recurso a algum elemento que, embora não esteja propriamente inserido no sistema jurídico, tem importância para interpretá-lo: regras gramaticais, vontade do legislador, circunstâncias históricas. São dados estranhos ao sistema, até que sejam absorvidos pelas próprias instâncias, juízes, legisladores e demais aplicadores. No ato de decidir, são ainda fatos exteriores (ambiente). Talvez por isso Kelsen afirma, a propósito dos métodos de interpretação, que, “de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.”<sup>46</sup>

### 7.3. Método teleológico

As normas não são postas à toa, sem qualquer propósito ou função. Todo dever-ser é precedido de uma decisão, um ato de vontade, que se constrói a norma como um instrumento que se volta a determinado objetivo, permitindo, proibindo ou obrigando determinadas condutas. O direito, como objeto cultural, tem a finalidade como elemento intrínseco. O método teleológico lança mão deste dado – a finalidade – como critério para determinar o sentido que se deve dar à norma jurídica. “Busca o sentido da regra jurídica tendo em vista o *fim* para o qual foi ela elaborada.”<sup>47</sup>

Esse recurso ao escopo da norma pode ser entendido de duas maneiras: (1) como busca pelo objetivo que estaria “contido” na norma ou (2) como investigação da finalidade pressuposta pelo legislador no ato de sua edição. A dicotomia remete à discussão, em muitos aspectos superada, sobre a vontade da lei e a vontade do legislador como sede do sentido das normas. No primeiro caso, a finalidade apresenta-se como um aspecto do próprio direito

---

<sup>44</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.195.

<sup>45</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.158.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed.. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 391.

<sup>47</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106.

positivo; no segundo, a pesquisa teleológica aproxima-se do método histórico.

Em qualquer caso, há sempre uma dificuldade quanto a se saber *como* determinar qual seria o objeto de determinada norma. Quando se pensa em condutas humanas individualmente consideradas, a finalidade seria um aspecto da vontade de quem age. Não teríamos dificuldade de empregá-la como sinônimo de “intenção”, mas, em se tratando do processo legislativo, faltaria um sujeito a quem se poderia imputar essa “finalidade” ou “intenção”. À falta de um sujeito de carne e osso, os juristas recorrem à ficção do legislador racional, que traduz, no direito, a noção de autor,<sup>48</sup> isto é, a origem de um discurso, o discurso legislativo.

À primeira vista, parece plausível afirmar-se que o escopo de uma prescrição incorpora-se ao modal deôntico que veicula. No caso de uma proibição, ter-se-ia o indicativo de que o legislador deseja que certa conduta seja omitida. Nas obrigações, o inverso. Nas faculdades, a situação torna-se um pouco mais complexa. Duas condutas igualmente permitidas não necessariamente são valoradas no mesmo patamar pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, fabricar cigarros é permitido, assim como fabricar remédios, mas não se pode desconsiderar a diversidade de tratamentos a que são submetidas as duas condutas no ordenamento vigente. O modal acolhido seria, portanto, um indício do modo pelo qual certa conduta é valorada pelo sistema jurídico em vigor, mas não oferece uma resposta completa a esse respeito. Uma resposta mais segura para este problema depende de uma análise que leve em conta outras normas do sistema que se refiram, direta ou indiretamente, à situação de fato em análise.

Neste ponto, merece destaque o conceito de norma tributária indutora. Esta noção abarca a modalidade de normas que, operando na esfera do permitido, estimulam ou desestimulam certas condutas dos contribuintes. Nesse caso, mesmo sem haver uma proibição, fica clara a finalidade de impedir ou desestimular certos comportamentos.<sup>49</sup> O tema será abordado com mais vagar no tópico seguinte.

Há ainda outro complicador, quando se trata de analisar a finalidade de uma prescrição legal. Nem sempre existe coerência entre os presumíveis objetivos de uma norma e suas diretrizes reais. Algumas leis são feitas para não serem cumpridas ou, pelo menos, para não surtirem os efeitos jurídico-normativos que delas presumivelmente se espera. Muitas vezes, os efeitos e

---

<sup>48</sup> ORLANDI, Eni P. **Discurso e Texto: formulação e circulação dos sentidos**. 3. ed. Campinas: Pontes, 2008, p.81.

<sup>49</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

interesses perseguidos não são (apenas) aqueles que a lei declara: proibições, faculdades e deveres.

Em certos casos, as finalidades político-ideológicas de uma lei prevalecem sobre sua destinação jurídico-normativa propriamente dita. É o que se chama de “legislação simbólica”, definida por Marcelo Neves como a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”<sup>50</sup> Prevalece, nessas situações, a função político-simbólica de uma lei, em detrimento da sua concretização normativa. Nesse caso, qual a finalidade da norma a se considerar, a real ou a simbólica?

A questão não é simples, e sua resposta está muitíssimo além das estreitas pretensões deste trabalho. Quanto à aplicação do método teleológico no Direito Tributário, o principal problema a se enfrentar diz respeito à chamada “consideração ou interpretação econômica” da norma tributária, tema para o qual reservamos o tópico seguinte.

### *7.3.1. Método Teleológico e Interpretação Econômica*

A interpretação econômica do Direito Tributário constitui um tópico à parte no percurso evolutivo dos estudos deste ramo jurídico. As críticas ao emprego da interpretação econômica são variadas e não vamos aqui reproduzi-las. O tema interessa-nos, neste tópico, pela relação existente entre interpretação econômica e método teleológico no Direito Tributário.

Afora as complexidades que o tema da finalidade legal agrega ao estudo da interpretação, seria possível afirmar, sem grande dificuldade, que, no campo tributário, o escopo das normas é a geração de recursos para o Estado, ainda que este objetivo não seja exclusivo. Diante disso, muitos autores afirmam que o método teleológico, no Direito Tributário, conduziria a uma interpretação econômica das normas fiscais<sup>51</sup>.

Na base da consideração econômica, está a noção de que a norma tributária teria sempre “natureza econômica”, tendo em vista seu objeto, um índice de riqueza ou capacidade contributiva.<sup>52</sup> Intrínseca à norma fiscal, a “natureza econômica” seria dado imprescindível à técnica de interpretação. Ruy Barbosa Nogueira explica que a consideração econômica consistiria “em verificar se o resultado da interpretação da disposição ou o ponto em questão guarda devida adequação entre incidência e a capacidade econômica do

---

<sup>50</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 30.

<sup>51</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 77.

<sup>52</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p.43.

obrigado”.<sup>53</sup> Em todo caso, o autor ressalva que, no Brasil, o princípio da estrita legalidade não permitiria essa forma de interpretação, senão de modo subsidiário, “jamais podendo dela resultar exigência de tributo não autorizado por lei.”<sup>54</sup>

Gerd Willi Rothmann afirma que “a chamada ‘consideração econômica’ nada mais representa que um método sistemático e teleológico”.<sup>55</sup> É admissível nos casos que envolvam tributação de negócios simulados, ilegais, nulos, anuláveis ou produzidos com abuso das formas de direito privado, mas nunca “para impor uma situação e fato inexistente”.<sup>56</sup> Não há uma teoria unitária da interpretação econômica, imputável a uma única escola ou a um único autor. Rothmann explica três formas (ou correntes) de conceber a interpretação econômica, destacando, em especial, a visão de Tipke, para quem “a consideração econômica nada mais é que uma interpretação teleológica”, voltada a “coibir estruturas de direito civil que tenham por finalidade a economia de tributos”.<sup>57</sup> Levando em conta a finalidade e as consequências econômicas dos fatos atingidos pela tributação, a interpretação econômica permitiria atingir eventos com conteúdo econômicos, a despeito da forma jurídica de que se revistam.

Não pretendemos aqui defender ou criticar a interpretação econômica da norma fiscal. A questão que enfrentamos é outra; está saber se a finalidade arrecadatória serve de premissa para a interpretação teleológica. Ora, que o objeto principal do sistema tributário é arrecadar, disso não se duvida. Mas será que daí decorre que o método teleológico, no campo dos tributos, necessariamente conduz a uma forma de interpretação econômica do direito?

Há duas ressalvas que se podem apor. A primeira delas é que a finalidade arrecadatória não é o único objetivo da norma tributária. Luís Eduardo Schoueri explica, com base nos estudos de Klaus Vogel, que as imposições tributárias, ao lado de seu típico objetivo de arrecadar, podem desempenhar outras três funções: 1) distribuir a carga tributária; 2) induzir comportamen-

---

<sup>53</sup> NOGUEIRA, Ruy B., *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 45.

<sup>54</sup> NOGUEIRA, Ruy B., *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 71.

<sup>55</sup> ROTHMANN, Gerd Willi. O Princípio da Legalidade Tributária. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário Aplicado: estudo de casos e problemas*. Vol. 5, São Paulo: José Bushat-sky, 1973, p. 178.

<sup>56</sup> ROTHMANN, Gerd Willi, O Princípio da Legalidade Tributária. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário Aplicado: estudo de casos e problemas*. Vol. 5, São Paulo: José Bushat-sky, 1973, p.174.

<sup>57</sup> ROTHMANN, Gerd Willi; PACIELLO, Gaetano. Elisão e Evasão Fiscal. *Cadernos Pesquisas Tributárias*, Vol. 13, São Paulo: Resenha Tributária, 1988, p. 404.

tos; e 3) simplificar o sistema tributário.<sup>58</sup> Haveria, segundo Schoueri, finalidades primárias e secundárias na norma fiscal, de modo que, em certos casos, a finalidade de arrecadar cederia espaço a outros objetivos mais caros que a própria arrecadação. Seriam estas as chamadas “normas tributárias indutoras”, regras veiculadas a título de estimular ou desestimular comportamentos por meio da tributação.

A segunda ressalva é que a mera consideração genérica de que as normas tributárias sejam feitas para arrecadar não oferece critério algum para se determinar o sentido de uma norma. O problema de se pensar o método teleológico em matéria tributária é que apenas as normas de tributação indutora têm finalidade específica diferenciável e, portanto, útil para firmar uma interpretação teleológica, como salienta Moris Lehner. Para o autor, a finalidade de geração de receitas públicas não serve como premissa para a interpretação teleológica. Se assim fosse, seria “correta a interpretação que levasse a mais alta arrecadação tributária”, o que não se admite.<sup>59</sup>

Parece-nos que o recurso ao argumento da finalidade e ao método teleológico só ganhariam, de fato, maior importância no campo tributário, quando em jogo outras funções eficaciais da norma tributária, além da mera arrecadação. E esta variedade de objetivos que pode presidir a edição da norma tributária nos permite tirar duas conclusões. Primeiro, nem sempre o recurso ao método teleológico, em matéria tributária, significa uma opção pela consideração econômica do fato gerador. Segundo, nem sempre a consideração da finalidade na tributação leva a uma interpretação que promova o aumento da arrecadação. Em certos casos, a análise da finalidade normativa pode levar justamente ao resultado oposto.

A partir dos variados objetivos, pode-se constatar que a finalidade predominante da norma em questão não é propriamente arrecadatória, mas indutora. Nesse caso, a interpretação teleológica não conduziria à consideração econômica do fato gerador, tampouco ensejaria, necessariamente, agravamento da carga fiscal do contribuinte.

#### 7.4. Método sistemático

Deixamos por último o método sistemático propositalmente. Para muitos, este seria o método mais apropriado para definir o sentido das normas

---

<sup>58</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

<sup>59</sup> LEHNER, Moris. Consideração Econômica e Tributação conforme a Capacidade Contributiva: sobre a possibilidade de uma interpretação de normas com finalidades arrecadatórias. Trad. Luís Eduardo Schoueri, In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio. **Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.

jurídicas ou o único justificável em sede de uma teoria positivista da interpretação jurídica. Seria, enfim, o método definitivo.

Paulo de Barros Carvalho assevera que a interpretação sistemática seria o método por excelência. O único com condições de prevalecer, porque pressupõe o emprego dos demais.<sup>60</sup> Para o autor, o sentido normativo só seria legitimamente construído pelo intérprete quando os conteúdos significativos das várias frases ou dos vários enunciados prescritivos fossem ordenados e articulados com as demais entidades que compõem o domínio do Direito.<sup>61</sup>

Em defesa da interpretação sistemática, Eros Grau afirma que “o direito não se interpreta em tiras, aos pedaços”, máxima que se desdobra em duas implicações. De um lado, a percepção de que qualquer norma só é jurídica porque faz parte de um sistema jurídico. De outro, a obrigação de considerar a sequência de níveis hierárquicos, isto é, as normas superiores, no momento de aplicar uma norma do sistema. Nas palavras do autor:

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.<sup>62</sup>

Não se interpretam textos do direito isoladamente. Interpreta-se e aplica-se o direito como um todo, na medida em que cada norma obtém seu significado deontico a partir do contexto jurídico em que se insere.<sup>63</sup> A interpretação de uma norma nunca se esgota no seu próprio texto. É sempre preciso considerar sua posição no sistema: os outros textos que se encontram acima e ao lado dessa norma.

Noutros ramos do Direito, às vezes, encontra-se o método sistemático disfarçado de outros nomes. A doutrina do chamado “neoconstitucionalismo”, no Brasil, por exemplo, refere-se ao “Princípio da Unidade da Constituição”, que aponta para a busca pela harmonização das normas constitucionais, sem o estabelecimento de hierarquia entre elas.<sup>64</sup> De certo modo, trata-

---

<sup>60</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, , p. 201.

<sup>61</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, , p. 183.

<sup>62</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

<sup>63</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.121-122.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paulo de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 301.

se de releitura do velho método sistemático: “uma reafirmação de um dos cânones clássicos de interpretação e a *confirmação* de que ele também vale no âmbito constitucional”, explica Virgílio Afonso da Silva.<sup>65</sup>

Comparando a interpretação sistemática aos métodos literal, histórico e teleológico, percebemos que ela revela uma particularidade que falta aos demais: não configura, como as outras, um apelo a algo que não está inserido no direito positivo. Recorre a outras normas do próprio sistema para definir o sentido do enunciado prescritivo em análise. De certo modo, todos os demais tipos de métodos – ou argumentos, como preferimos – operam como recurso a um dado que não está propriamente no interior do sistema jurídico: as regras gramaticais, o contexto histórico, a vontade do legislador. No caso do argumento sistemático, o elemento utilizado são outras normas do mesmo sistema jurídico. É dizer, para determinar o sentido de uma norma N1, o jurista recorre às normas N2, N3 e N4, todas integrantes do mesmo conjunto. Com isso, poderiam ser evitadas interpretações contraditórias ou interpretações em desacordo com os valores positivados em determinado ordenamento jurídico. Daí o elogio à interpretação sistemática, tão comum no pensamento jurídico atual.

Em algumas situações, a interpretação sistemática funciona como um contra-argumento à literalidade. Apresenta-se a interpretação literal como forma de isolamento do sentido, como compreensão “descontextualizada”, para, em seguida, apontar outros enunciados prescritivos que deveriam ser considerados conjuntamente, a fim de se produzir interpretação sistemática e, portanto, aceitável. Há aí um elogio à interpretação sistemática, em detrimento da literal, apontada como “desinteligente”.

No campo tributário, podem-se citar, especificamente, duas considerações frequentemente associadas ao estudo do método sistemático: (1) a autonomia do Direito Tributário e (2) a relação entre tributação e os conceitos de direito privado. Em alguma medida, os dois itens se aproximam e têm relação com o tema da elisão tributária. Ricardo Lobo Torres afirma que “a consequência da tese da sujeição dos conceitos de Direito Tributário aos de Direito Civil e de sua separação dos econômicos é a *licitude da elisão*.”<sup>66</sup> Para Torres, a interpretação sistemática do Direito Tributário excluiria a apreciação teleológica, levando a um inevitável primado do Direito Privado.<sup>67</sup> Vale dizer, ou não há autonomia, ou a forma do negócio não poderia ser desfeita ou desconsiderada pelo Direito Tributário.

---

<sup>65</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

<sup>66</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 76.

<sup>67</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.75.

Ricardo Lobo Torres sustenta haver uma oposição entre os métodos teleológico e sistemático no artigo 109 do Código Tributário Nacional. A disposição, segundo o autor, estabelece uma relação de hierarquia entre os métodos de interpretação. Mas a ambiguidade de sua redação permite duas leituras contrastantes. Pode-se ler o art. 109 juntamente com o art. 110, e entender que o legislador privilegiou o método sistemático, quando em questão conceitos utilizados pela Constituição; ou analisar o art. 109 em separado, dando prioridade ao método teleológico ou à consideração econômica do fato gerador – expressões que o autor toma por equivalentes nesse contexto –, desde que não estejam em jogo conceitos constitucionalizados.

O problema, parece-nos, está na forma como Lobo Torres concebe o método teleológico, aproximando-o da consideração econômica. Daí o autor enredar-se na seguinte hipótese: ou prevalece o método sistemático, e com ele as formas de direito privado, ou prevalece a finalidade, em detrimento da forma, legitimando-se a pretensão arrecadatória do fisco. Outra solução não haveria, quando se utiliza a finalidade de arrecadar como premissa da interpretação teleológica. A questão já foi enfrentada acima, não retornaremos a ela aqui.

Em todo caso, o ponto que pretendemos enfatizar é que o argumento ou método sistemático propõe uma intertextualidade do tipo interno, isto é, um diálogo entre os diversos textos do ordenamento vigente como forma de oferecer uma interpretação legítima para a norma a aplicar.

## 8. HIERARQUIA E PLURALISMO METODOLÓGICO

Qual o “melhor” método? Que fazer no caso de conflito de métodos? Há hierarquia? Alguns métodos são mais importantes do que outros? Essas são questões que surgem quando se trata de pensar a aplicação prática dos métodos para oferecer soluções a casos concretos.

Em princípio, uma proposta de hierarquia de métodos representaria uma hierarquia dos valores inseridos em cada deles. E com um agravante: não seriam os valores do legislador eleito democraticamente (já que os métodos não fazem parte do direito positivo), mas os de quem trata dos métodos, notadamente, a doutrina. Por outro lado, se pensamos os métodos como fases ou etapas do processo de interpretação, poderia parecer um erro questionar qual método aplicar ou qual o melhor método. Todos poderiam ser empregados para que se chegasse a um resultado final aceitável. Essa parece ser, aliás, a opinião majoritária no direito brasileiro, especialmente no tributário.

A propósito, veja-se o seguinte trecho retirado da obra de Luciano Amaro, na qual o autor se refere ao processo de interpretação e à aplicação dos métodos:

Assim, o intérprete deve partir do exame do texto legal, perquirindo o **sentido das palavras utilizadas pelo legislador** (na chamada interpretação *literal* ou *gramatical*), cumpre-lhe, todavia, buscar uma interpretação do texto que **não descambe para o absurdo**, ou seja, deve preocupar-se com dar à norma **um sentido lógico** (interpretação lógica), que **harmonize** como o sistema normativo em que ela se insere (interpretação *sistemática*), socorrendo-se da análise das **circunstâncias históricas que cercaram a edição** da lei (interpretação *histórica*), sem descuidar das **finalidades a que a lei visa** (interpretação *finalística* ou *teleológica*).<sup>68</sup>

O texto pretende oferecer uma síntese da aplicação dos métodos. A interpretação legal seria representada como processo que se desenvolve sucessivamente, sendo cada etapa vinculada a um método. Inicia-se com a interpretação literal e chega-se até a teleológica para alcançar-se o sentido da norma. Todos os métodos seriam utilizados nesse percurso da geração ou construção do sentido. Haveria algo como um ecletismo metodológico, que evitaria a hierarquia e a contradição entre os métodos, pressupondo que possam ser aplicados conjuntamente.

A questão, no entanto, não é tão simples assim. Quando se menciona “o sentido das palavras usadas pelo legislador”, devemos procurar o “sentido da lei” ou o “sentido do legislador”? Que é uma interpretação que “descamba para o absurdo”? A decisão sobre o que seria absurdo já pode, em grande medida, definir quais os sentidos aceitáveis do texto legal. Ademais, que seria “um sentido lógico”? De certo modo, a lógica figura como a própria condição do sentido. Sentido ilógico, nessa linha, poderia ser entendido como uma contradição nos próprios termos. Igualmente vazia é a ideia de “harmonia com o sistema normativo”. Ao decidir o que é ou não harmônico, já se está fixando o próprio sentido do texto. Afinal, todas as interpretações se dizem sistemáticas!

Ao mencionar as “circunstâncias históricas que cercaram a edição”, pressupõe-se a utilização de textos que, na verdade, não compõem o direito positivo, para definir o sentido jurídico. Isto é, utilizar-se o “não-direito” para explicar o direito. É possível compor o sentido jurídico com elementos de fora do sistema? Já quando se trata de utilizar as “finalidades a que a lei visa”, a questão é saber: como se descobre a finalidade de uma norma? A pergunta remete à infrutífera discussão sobre a vontade da lei e a vontade do legislador. E não oferece uma resposta.

---

<sup>68</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 208-209.

Longe de conduzir sempre a um resultado harmônico, a realidade mostra que a aplicação dos diferentes métodos não conduz necessariamente a um único resultado correto e, não raro, pode levar a resultados absolutamente contraditórios entre si.

No tópico seguinte, apresentamos duas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais se pode verificar, na prática, como os métodos são empregados e como podem se prestar a justificar posições completamente diferentes.

## 9. A TEORIA NA PRÁTICA: UM EXEMPLO DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS

Escolhemos dois casos relativamente simples. O **RE 255111/SP**<sup>69</sup> e o **RE 134509/AM**,<sup>70</sup> que versam sobre a interpretação do artigo 155, III, da Constituição Federal, disposição que trata da competência dos Estados-membros para instituir impostos sobre a “propriedade de veículos automotores”. Em ambos os recursos, o problema a ser resolvido dizia respeito a determinar se seria lícito instituir IPVA sobre aeronaves e embarcações. A resposta a essa questão estaria diretamente relacionada com o sentido que se dá à expressão “veículo automotor”, contida no inciso II do art. 155 da Constituição. Aeronaves e embarcações devem ser consideradas formas de veículo automotor para efeito de incidência de IPVA?

No julgamento dos mencionados recursos, **os ministros ofereceram duas respostas diferentes para a questão, cada uma delas apoiada num método ou num argumento diferente.** Não nos cabe aqui reavaliar a questão ou mesmo criticar o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Atuamos noutro plano de análise. O propósito é apenas explorar alguns argumentos, a título de explicar como cada um deles remete a um dado e a um método diferente e conduz também a uma consequência diversa. Os dois casos são analisados conjuntamente, porque os argumentos reproduzidos na demanda são exatamente os mesmos, o que muda é apenas que, no caso do Amazonas, o IPVA fora instituído sobre embarcações; no do São Paulo, sobre aeronaves. Nos julgamentos, a oposição se deu entre os votos dos Ministros Marco Aurélio de Mello e Sepúlveda Pertence, tendo o segundo exarado o voto vencedor, acompanhado pelos demais julgadores.

Relator originário do recurso, o Ministro Marco Aurélio de Mello entendia, no tocante ao art. 155, III, que “a incidência abrange a propriedade de todo e qualquer veículo, ou seja, que tenha propulsão própria e que sirva ao

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 255111/SP.** Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, jun. 2002.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 134509/AM.** Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, jun. 2002.

transporte de pessoas e coisas”. A expressão “veículo automotor” compreenderia não só os terrestres, mas todo e qualquer veículo de transporte com capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, com propulsão própria. Barcos, aviões e helicópteros também poderiam ser tributados por meio desse imposto. Não há restrição alguma no texto da Constituição vigente em relação à cobrança de tributo sobre propriedade desses veículos.

Sepúlveda Pertence, por sua vez, sustentava, no julgamento, posição contrária. Afirmava o ministro a impossibilidade de cobrança de IPVA sobre aeronaves e embarcações. No voto, defendia que os trabalhos preparatórios da criação do IPVA mostravam que este tributo fora pensado para substituir a antiga “Taxa Rodoviária Única” e, portanto, deveria levar em conta o tributo extinto na sua interpretação. A expressão “veículo automotor”, desde sua inclusão no ordenamento, por meio da EC n.º 27, de 1985, sempre fora tomada em “sentido técnico”, que, segundo o ministro, restringiria seu alcance aos veículos de via terrestre. Pelo que consta no voto, a definição técnica de veículo automotor poderia ser encontrada na legislação de trânsito, na extinta Taxa Rodoviária Única e nas próprias decisões do STF. Os veículos aéreos, quando mencionados na legislação, sempre seriam designados como “aeronaves”, nunca simplesmente como “veículos automotores”. Além do mais, a interpretação em sentido contrário levaria à sobreposição de registros, haja vista que o registro de automóveis fica a cargo dos Estados, ao passo que o de aeronaves é atribuição da União.

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence utiliza-se de duas formas de argumentação. Um argumento eminentemente histórico, quando recorre ao direito revogado (Taxa Única Rodoviária) e aos trabalhos legislativos preparatórios. E um argumento sistemático, quando se refere à legislação infraconstitucional em vigor e às atribuições de registro.

Na fundamentação do Ministro Marco Aurélio de Mello, por outro lado, há um recurso ao argumento literal, ao sustentar que a expressão “veículo automotor” tem um sentido mais amplo e pode abarcar outras formas de transporte além do terrestre. Marco Aurélio de Mello atem-se ao texto da Constituição em vigor e destaca que não há mais nela a restrição semântica que havia na Carta pretérita.

Ao que nos parece, haveria, no caso, uma oposição entre os métodos literal e histórico, tendo o último prevalecido por votação majoritária. De um lado, afirma-se a tradição de um sentido, de outro, a literalidade do texto. É interessante observar que os argumentos históricos de que o Ministro Sepúlveda Pertence lança mão recorrem a informações que, na verdade, não constam do ordenamento vigente: o direito revogado e os trabalhos que deram ensejo à produção do novo direito. Essa argumentação, aliás, é típica do método histórico. Por que não se deve entender a expressão “veículo automotor” numa acepção mais ampla, abrangendo inclusive aeronaves e embarca-

ções? Segundo o voto de Sepúlveda Pertence, porque nos textos legais passados ela não tinha esse sentido.

Além do fundamento, é preciso também chamar atenção para as consequências de cada uma dessas teses. Elas conduzem a resultados opostos. Uma permite a ampliação da competência tributária dos Estados para toda e qualquer forma de veículo automotor. Outra limita-a apenas aos veículos terrestres, de carga ou de passeio. A segunda acabou por prevalecer, de tal sorte que hoje, ao comprar um carro de modelo popular, o cidadão sujeita-se a imposto com o qual não teria de arcar se pudesse se locomover em seu próprio helicóptero.

## 10. AFINAL, PARA QUE SERVEM OS MÉTODOS?

Os diferentes métodos são formas de argumentar, essa é a primeira conclusão que podemos construir a partir deste texto. Não revelam um sentido preexistente, não conduzem a uma única solução correta e podem vir a oferecer alternativas de interpretação absolutamente contraditórias entre si.

No discurso da doutrina, o recurso aos chamados “métodos de interpretação” faz-se a título de apontar-se o que é relevante para se determinar o significado da lei e para construir soluções legítimas: o sentido lexical dos termos, sua posição nas frases, o contexto histórico, a vontade do legislador, a finalidade positivada na lei e os demais textos do ordenamento. Aplicados a um caso concreto, os métodos oferecem premissas para justificar uma decisão. Permitem defender que determinado texto *deve ser* interpretado de certa maneira, mas não oferecem soluções apriorísticas para todo e qualquer caso.

Na prática, o resultado da aplicação de métodos diversos pode ser o oferecimento de soluções ou interpretações absolutamente contraditórias. Concebê-los como etapas de um único processo não altera em nada essa dificuldade, apenas a torna mais evidente, ao expor a necessidade de cotejo e harmonização de possibilidades interpretativas. O entrechoque de métodos é antes um recurso de argumentação. Opõe-se, por exemplo, a finalidade da norma à interpretação literal, a fim de abranger hipóteses que não seriam abarcadas por uma interpretação estrita. Mesmo as críticas contra determinado método também não passam da defesa de determinadas posições ou formas de conceber as normas jurídicas.

Propor o abandono dos chamados “métodos de interpretação” equivale a eliminar certos argumentos para, em seguida, substituí-los por outros. Em qualquer hipótese, não se foge da inevitável disputa pelo sentido e pelo poder.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFTALION, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-perot, 2004.
- ANDRADE, Christiano José de. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paulo de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 134509/AM**. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, jun. 2002.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 255111/SP**. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, jun. 2002.
- CARVALHO, A. A. Contreiras de. **Doutrina e Aplicação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.
- GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo: estudios de teoría e metateoría del derecho**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Barcelona: Gedisa, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANO, Alejandro; GUARINOMI, Ricardo. **Introducción al Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- GRAU, Eros R. A Interpretação do Direito e a Interpretação do Direito Tributário. In: CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Estudos de Direito Tributário em**

**Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito,** São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEHNER, Moris. Consideração Econômica e Tributação conforme a Capacidade Contributiva: sobre a possibilidade de uma interpretação de normas com finalidades arrecadatórias. Trad. Luis Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio. **Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado.** São Paulo: Dialética, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: WMFMartins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

ORLANDI, Eni P. **Discurso e Texto: formulação e circulação dos sentidos.** 3. ed., Campinas: Pontes Editores, 2008.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os Limites à Interpretação das Normas Tributárias.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio.** Trad. Eni P. Orlandi et al., Campinas: Unicamp, 1988.

ROTHMANN, Gerd Willi; PACIELLO, Gaetano. **Elisão e Evasão Fiscal. Cadernos Pesquisas Tributárias, Vol. 13.** São Paulo: Resenha Tributária, 1988.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Legalidade Tributária. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário Aplicado: estudo de casos e problemas.** Vol. 5, São Paulo: José Bushatsky, 1973.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico.**In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Estudo do Direito I. Interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.



# DE COMO A CONCEPÇÃO MARXISTA DE DESENVOLVIMENTO PODE SERVIR DE INSTRUMENTO A FIM DE COMPREENDER A ALTERNATIVA ANDINA DO “VIVIR BIEN/BUEN VIVIR”

---

*Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori\**  
*Sergio Urquhart de Cademartori\*\**

## **Resumo**

Este artigo aborda, num primeiro momento, a concepção marxista de desenvolvimento, a partir das premissas do materialismo histórico e da dicotomia estrutura/superestrutura. Em seguida, introduz as contemporâneas noções de “buen vivir” e “vivir bien”, trazidas ao horizonte temático político-jurídico pelas Constituições da Bolívia e do Equador. Constata-se que esses institutos corporificam os direitos sociais e ambientais necessários ao pleno desenvolvimento da dignidade humana. Na sequência, é feito um paralelo entre esses novos institutos jurídicos e a proposta de decrescimento, buscando ao diferenciá-los, demonstrar sua originalidade. A partir das ferramentas críticas marxistas, é possível perceber o valor heurístico dos institutos do “buen vivir/vivir bien”, veiculadores de uma nova cosmovisão fornecida pelas culturas andinas.

## **Palavras-chave**

Desenvolvimento. Crítica marxista. “buen vivir/vivir bien”.

## **Abstract**

This article discusses, at first, the Marxist conception of development, from the premises of the historical materialism and the dichotomy structure/superstructure. Secondly, the article introduces contemporary notions of “buen vivir” and “vivir bien”, brought to the horizon and the right policy theme by the constitutions of Bolivia and Ecuador. Further, is made a parallel between these new legal institutions and the new european proposal to decrease, thereby seeking to differentiate them and show their originality. It is noted that these institutes carry social and environmental rights necessary for the full development of human dignity. Finally, it is concluded by the tremendous value of the heuristic “buen vivir/vivir bien”, a new worldview vehicles supplied by the Andean cultures.

---

\* Doutora em Direito pela UFSC e Professora da Unilasalle-RS. *E-mail:* daniela\_cademartori@yahoo.com.br

\*\* Doutor em Direito pela UFSC e Professor da UCS-RS e da Unilasalle-RS. *E-mail:* scademartori@uol.com.br

## Keywords

Development. Marxist criticism. “Buen vivir/vivir bien”.

A moderna sociedade burguesa, uma sociedade que desenvolveu gigantescos meios de troca e produção, é como o feiticeiro incapaz de controlar os poderes ocultos que desencadeou com suas fórmulas mágicas.

Karl Marx — Manifesto do Partido Comunista

## 1. INTRODUÇÃO

A proposta deste ensaio pode ser resumida na pergunta: ruptura ou continuidade? Isto porque a pretensão aqui é examinar em que medida a ideia de “buen vivir/vivir bien” consagrada nas constituições equatoriana e boliviana recuperam/continuam/descontinuam a pretensão marxista de emancipação humana, sem deixar de considerar que Marx tece suas críticas à sociedade burguesa amparado em uma concepção de mundo que ainda está presa à idéia subjacente de progresso ilimitado e material. Tal concepção reflete uma determinada filosofia da história própria da Modernidade européia, no caso particular de Marx atravessada por certa escatologia, fruto da tradição judaico-cristã. Ora, a crítica marxista insere-se, como não poderia deixar de ser, numa *weltanschauung* desenvolvimentista que atualmente encontra-se perante impasses praticamente insuperáveis, dada a devastação ambiental que assola o planeta e a miséria que continua a devastar populações inteiras. Por outro lado, ela apresenta uma faceta instrumental, que possibilita o exame das ideias de “buen vivir/vivir bien” — que pretendem corporificar as condições de emancipação humana dentro da cosmovisão dos povos andinos —, a fim de verificar se elas representam uma saída frutífera às encruzilhadas trágicas com as que se defronta a humanidade na atualidade. Para isso, inicia-se o texto socorrendo-se da arguta leitura que faz Marshall Berman das obras do filósofo alemão, para depois debruçar-se sobre esses novéis institutos trazidos pelo novo constitucionalismo sul-americano, buscando para isso o auxílio da nova proposta europeia de decrescimento, a fim de ao diferenciar as propostas, mostrar a sua originalidade.

## 2. O IDEAL BURGUÊS DE DESENVOLVIMENTO E A CRÍTICA MARXISTA

Um ponto crucial na obra de Marx, que pode ser percebido em todos os seus escritos, é o “ideal desenvolvimentista”, segundo entende Marshall Berman (1986, p. 96). De fato, para Marx o processo que abriga o desenvolvimento ou o progresso social baseia-se na interação entre as forças produtivas e as relações de produção. No prefácio de “Para a crítica da economia política”, Marx recorda que sua investigação acabou por concluir que as relações jurídicas, tais como as formas de Estado, só podem ser compreendidas a

partir das relações materiais de vida, ou aquilo que Hegel denominou de sociedade civil (*Bürgerliche Gesellschaft*), e não a partir do desenvolvimento geral do espírito humano. (MARX, 1985, p. 129) Em cada etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais entram em contradição com as relações de produção, isto é, com as relações de propriedade a partir das quais se movem. Essas relações passam a ser os “grilhões” das formas de desenvolvimento das forças produtivas, vivenciando-se uma época de revolução social. Transformando-se a base econômica, a superestrutura acaba sendo afetada com o tempo. Neste ponto é importante diferenciar as transformações materiais das condições econômicas de produção de suas formas ideológicas, isto é, as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas através das quais os homens percebem este conflito e o levam até o fim. A lógica do progresso pode ser resumida na seguinte passagem:

Uma formação social nunca perece antes que estejam desenvolvidas todas as forças produtivas para as quais ela é suficientemente desenvolvida, e novas relações de produção mais adiantadas jamais tomarão o lugar, antes que suas condições materiais de existência tenham sido geradas no seio mesmo da velha sociedade. É por isso que a humanidade só se propõe as tarefas que pode resolver, pois, se se considera mais atentamente, se chegará à conclusão de que a própria tarefa só aparece onde as condições materiais de sua solução já existem, ou, pelo menos são captadas no processo de seu devir. (MARX, 1985, p. 129-130)

Dessa forma, os modos de produção asiático, antigo, feudal e burguês podem ser considerados como épocas progressivas da formação econômica da sociedade. Marx completa suas considerações afirmando que a formação social que finaliza a pré-história da sociedade humana é composta pelas relações burguesas de produção. Ela constitui a última forma antagônica do processo social de produção, ao mesmo tempo que suas forças produtivas criam também as condições materiais para a solução deste antagonismo. (MARX, 1985, p. 129-130)

O processo de desenvolvimento necessita funcionar de modo a perpetuar-se. Em todas as situações em que ele ocorre, percebe-se que as instituições, ambientes coisas e mesmo pessoas que foram inovadores e vanguardistas em um determinado momento histórico passam a ser obsoletos e de retaguarda no momento seguinte. Grupos e comunidades sofrem uma pressão constante no sentido de uma reconstrução interminável: “se pararem para descansar, para ser o que são, serão descartados.” (BERMAN, 1986, p. 77)

O mérito que Marx percebe na atividade da burguesia deve-se a duas razões. Em primeiro lugar, os burgueses foram “os primeiros a mostrar do que a atividade humana é capaz”. Em segundo, foi a atividade da burguesia que liberou a capacidade e o esforço humano em direção ao desenvolvimen-

to, isto é, no sentido da renovação perpétua dos diferentes modos de vida pessoal e social. A economia burguesa faz com que todos aqueles que estejam ao seu alcance se sintam pressionados a competirem incansavelmente<sup>1</sup>. Como as forças econômicas na Modernidade não podem ser separadas da totalidade da vida, a pressão constante no sentido de revolucionar a produção acaba por extrapolar e impor transformações também sobre as “relações produtivas” e, assim sobre todas as relações sociais.

Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de ideias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se ossificar. Tudo que era sólido e estável se esfuma, tudo o que era sagrado é profanado, e os homens são obrigados finalmente a encarar com serenidade suas condições de existência e suas relações recíprocas. (MARX; ENGELS, 2009, p. 12)

Os integrantes da “moderna sociedade burguesa” encontram-se diante de uma situação paradoxal, eis que suas vidas são controladas por uma classe dominante com interesses bem definidos na mudança e mesmo por ocasião das crises. O paradoxo reside em que a perturbação e a agitação ininterrupta não subvertem a sociedade e, sim a fortalecem. Desse modo, as catástrofes geram a renovação e o “redesenvolvimento” significando apenas novas oportunidades de lucro, sendo que “a desintegração trabalha como força mobilizadora e, portanto, integradora”. (BERMAN, 1986, p. 101) Essa classe dominante somente se sente amedrontada e considera que seu mundo está em perigo em momentos de estabilidade prolongada e sólida<sup>2</sup>.

Apesar da imagem de sobriedade que os membros da burguesia tentam refletir, “veremos o modo como eles realmente trabalham e atuam, veremos como esses sólidos cidadãos fariam o mundo em frangalhos, se isso pagasse bem.” Marx, percebeu com nitidez que aquilo que é construído pela sociedade burguesa o é, para logo adiante, ser destruído.

‘Tudo o que é sólido’ — das roupas sobre nossos corpos aos teares e fábricas que as tecem, aos homens e mulheres que operam as máquinas, às casas e aos bairros onde vivem os trabalhadores, às firmas e corporações que os exploram, às vilas e cidades, regiões inteiras e até mesmo as nações que as envolvem — tudo isso é feito para ser desfeito amanhã, despedaçado ou esfarrapado, pulverizado ou dissolvido, a fim de que possa ser reciclado ou substituído na semana seguinte e todo o processo possa seguir

---

<sup>1</sup> “[...] a burguesia, tomada como um todo, ‘não pode subsistir sem constantemente revolucionar os meios de produção.’” (BERMAN, 1986, p. 93)

<sup>2</sup> “Neste mundo, estabilidade significa tão-somente entropia, morte lenta, uma vez que nosso sentido de progresso e crescimento é o único meio de que dispomos para saber, com certeza, que estamos vivos. Dizer que nossa sociedade está caindo aos pedaços é apenas dizer que ela está viva e em forma.” (BERMAN, 1986, p. 94)

adiante, sempre adiante, talvez para sempre, sob formas cada vez mais lucrativas. (BERMAN, 1986, p. 97)

A “revolução permanente” produzida pelas pessoas origina-se da necessidade que elas sentem de sobreviver na sociedade. Independentemente de sua classe e de sua personalidade, assumem a própria forma fluída e aberta da sociedade, aprendendo a desejar e buscar de modo ativo as mudanças pessoal e social em suas vidas. O olhar volta-se permanentemente para o desenvolvimento futuro, seja no que se refere às suas condições de existência, seja em suas relações com os outros. (BERMAN, 1986, p. 95)

O grande problema do capitalismo reside na destruição das possibilidades humanas que ele cria: ao mesmo tempo em que ele estimula o autodesenvolvimento de todos os seus integrantes<sup>3</sup>, as pessoas só conseguem desenvolver-se de modo distorcido e restrito.

As disponibilidades, impulsos e talentos que o mercado pode aproveitar são pressionados (quase sempre prematuramente) na direção do desenvolvimento e sugados até a exaustão: tudo o mais, em nós, que não é atraente para o mercado é reprimido de maneira drástica, ou se deteriora por falta de uso, ou nunca tem uma chance real de se manifestar. (BERMAN, 1986, p. 95)

Essa contradição somente será solucionada quando “o desenvolvimento da moderna indústria se separar do próprio solo, logo abaixo dos seus pés, em que a burguesia produz e se apropria de produtos”. Desse modo, será o próprio desenvolvimento produzido pela burguesia que irá alijar do processo a classe que produziu esse processo de modo pioneiro. E essa dialética pode ser percebida tanto na esfera do desenvolvimento pessoal quanto no econômico. Nesse ponto, Marx vaticina que, quanto mais a sociedade burguesa conclama seus integrantes ao crescimento desmesurado, tanto mais estes se voltarão e lutarão contra ela almejando a vida nova a que são forçados a buscar. Neste momento, “o capitalismo entrará em combustão pelo calor das suas próprias incandescentes energias”. No próprio curso do desenvolvimento, se dará a Revolução que irá redistribuir o bem-estar, eliminar os privilégios de classe, estabelecer a educação universal e livre e o controle dos meios de trabalho por parte dos trabalhadores. É assim que a experiência do autodesenvolvimento, libertada das amarras e distorções do mercado, passará a vivenciar a liberdade e a espontaneidade, passando a ser uma fonte de alegria e bem estar para todos. Ora, tal visão do comunismo tem suas

---

<sup>3</sup> Em nota, Berman recorda que “O tema do desenvolvimento universal inevitável, mas deformado pelos imperativos da competitividade, foi primeiramente formulada por Rousseau em *Discurso sobre a Origem da Desigualdade*.” (nota n. 5. BERMAN, 1986, p. 335)

raízes de modo inquestionável na Modernidade, seja em suas notas individualistas, seja na compreensão do desenvolvimento como ideal de vida boa.

Aqui Marx está mais próximo de alguns de seus inimigos burgueses e liberais que dos expoentes tradicionais do comunismo, que, desde Platão e os Padres da Igreja, valorizaram o auto-sacrifício, desencorajaram ou condenaram a individualidade e sonharam com um projeto tal em que só a luta e o esforço comuns atingiriam o almejado fim. [...] Ele espera, portanto, cicatrizar as feridas da modernidade através de uma modernidade ainda mais plena e profunda. (BERMAN, 1986, p. 96)

Já na primeira parte do Manifesto, Marx diagnosticou as polaridades que acabaram por desenvolver-se no século seguinte: os desejos insaciáveis, a revolução permanente, a constante criação e renovação das esferas de vida, bem como sua antítese radical, o niilismo que produz a destruição insaciável e o “estilhaçamento” e a “trituração” da vida. Berman lembra que - considerando que o texto do Manifesto é um “arquetipo” do Modernismo — cabe lembrar que estes modelos tipificam não só verdades, também as lutas e as tensões em seu interior. (BERMAN, 1986, p. 101)

Na sintaxe que Marx produz, o sujeito é a “burguesia” que, por força de suas atividades econômicas é responsável por grandes mudanças, sendo os “homens e mulheres” modernos os objetos, aqueles que são transformados.

### 3. EM BUSCA DE UM NOVO MODELO: A INCLUSÃO DO “VIVIR BIEN/BUEN VIVIR” NA AGENDA POLÍTICA SUL-AMERICANA

Conforme constatam Eduardo Gudynas e Alberto Acosta, o “Vivir Bien/Buen Vivir” é um conceito em construção: uma ideia surgida a partir do mundo andino e também amazônico que recolhe contribuições de outros locais do mundo. Uma de suas bases histórico-culturais está no mundo indígena e em princípios defendidos por correntes ocidentais subordinadas historicamente. É um conceito-chave recuperado para responder problemas com raízes antigas, tais como o fim da pobreza e a conquista da igualdade, ao mesmo tempo em que se busca enfrentar novos problemas relacionados à perda da biodiversidade ambiental e à mudança climática global. Não se trata de um retorno puro e simples às ideias de um passado longínquo, mas busca-se um diálogo com as tradições culturais indígenas, criando e recriando novas conceitualizações adaptadas às circunstâncias atuais. No diálogo também intervêm tradições ocidentais que questionam diferentes pressupostos da modernidade dominante, dentre elas posturas éticas alternativas que reconhecem os direitos da natureza, as contribuições do feminismo como reação à dominação patriarcal e as novas conceitualizações em áreas como a da justiça e do bem-estar humanos. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

Quando se considera a perspectiva local, é preciso aceitar a presença de uma variedade de atores sociais, demandando projetos de desenvolvimento. A crítica, em muitos casos, incide na ausência destes projetos e mesmo na desatenção a que estes grupos estão relegados por parte do Estado. Alguns atores sociais, em especial alguns povos indígenas, chegam a rechaçar a própria ideia de desenvolvimento, considerando que ele representa a deterioração de seus estilos de vida no presente e também no futuro. A crítica destes povos vai além, atingindo o próprio estilo de vida ocidental. Na medida em que se fortaleceram perspectivas que levavam em conta as cosmovisões indígenas, percebeu-se que em muitas delas não existem sequer conceitos análogos ao de desenvolvimento. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 105)

Todas estas discordâncias com a ideia convencional de desenvolvimento explicam a profusão de tentativas teóricas explorando a possibilidade de sua transformação, correção e mesmo abolição. Comparte-se a aceitação do estilo de vida dos países industrializados, o que não é passível de repetição em escala mundial.

A Terra não tem a capacidade de absorção e resiliência para continuar por este mesmo caminho. Recomenda-se então, deixar de ver aos recursos naturais como uma condição para o crescimento econômico ou como um simples objeto das políticas de desenvolvimento. Estas aproximações vão desde retificações como as colocadas pelo desenvolvimento endógeno ou o desenvolvimento humano, a críticas essencialistas, como as do pós-desenvolvimento.<sup>4</sup>

A emergência deste tipo de cosmovisão se dá num quadro de eclosão, em vários países sul-americanos, de processos políticos de reação a posturas reducionistas de mercado, a estilos políticos autoritários, à ausência de uma maior participação cidadã e a um mau desempenho econômico. São mudanças complexas e heterogêneas que acabam por alicerçar políticas de governo<sup>5</sup> com orientações muito diferentes das que dominaram em décadas anteriores.

Respondendo a diferentes contextos históricos, sociológicos, culturais e ambientais, entre os dois conceitos — o equatoriano (*buen vivir*) e o boliviano (*vivir bien*) — existem aspectos comuns e divergências. Em ambos são

---

<sup>4</sup> “La Tierra no tiene la capacidad de absorción y resiliencia para continuar por esta misma senda. Se recomienda, entonces, dejar de ver a los recursos naturales como una condición para el crecimiento económico o como un simple objeto de las políticas de desarrollo. Estas aproximaciones van desde rectificaciones como las planteadas por el desarrollo endógeno o el desarrollo humano, a críticas esencialistas, como las del post-desarrollo.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 105)

<sup>5</sup> Estes governos se auto-denominam governos de esquerda ou progressistas “[...] y que en la segunda mitad de la década de 2000 estaban presentes en ocho países de América del Sur, abarcando 86% de la superficie y 80% de la población (por una caracterización de esta nueva izquierda, véase por ejemplo a Saint-Upéry, 2008).” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 105-106)

valorizadas tradições e saberes indígenas, observando-se um esforço deliberado de voltar a tornar visíveis concepções ocultas e subjugadas pela passagem do tempo. Também em comum existe um outro desenvolvimento, com indicações da necessidade de uma mudança profunda nas economias. Se

O mercado por si só não é a solução, tampouco é o Estado. Subordinar o Estado ao Mercado leva a subordinar a sociedade às relações mercantis e ao egolatrismo individualista. Longe de uma economia sobredeterminada pelas relações mercantis, o Buen Vivir aponta para relações dinâmicas e construtivas entre o mercado, a sociedade e o Estado. Busca-se construir uma sociedade com diversidade de **diferentes tipos de mercados**, para não ter uma sociedade de mercado, isto é, mercantilizada. Não se quer uma economia controlada por monopolistas e especuladores, nem se promove uma visão estatista que ultrapasse a economia.<sup>6</sup>

Os pontos em comum também envolvem o denominado “Mal Viver”, isto é, aquilo que não se quer. Neste ponto, a ruptura com a ideologia do progresso é um ponto fulcral. É necessário “desacoplar” a qualidade de vida do progresso, em sua expressão atual de desenvolvimento econômico. Também defende-se a articulação entre a multiplicidade de culturas e uma nova relação com a natureza.

O “Buen Vivir” alterna realismo com romanticismo. Com todas as suas limitações, estilos de vida que defendem uma relação harmônica entre os seres humanos e destes com a natureza foram básicos para as culturas indígenas que sobreviveram ao processo de colonização e toda a exploração envolvida nele no passado e no presente. Em suma, esse princípio é capaz de oferecer uma orientação para a construção coletiva de projetos diferentes e alternativos ao do progresso material. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 110-111)

### 3.1. O “vivir/bien/buen vivir” nas Constituições Andinas

Uma das razões da “cristalização” das ideias do “buen vivir/vivir bien” nas novas Constituições da Bolívia e do Equador<sup>7</sup> deve-se à relevância outor-

---

<sup>6</sup> “El mercado por sí solo no es la solución, tampoco lo es el Estado. El subordinar el Estado al mercado conduce a subordinar la sociedad a las relaciones mercantiles y al egolatrismo individualista. Lejos de una economía sobredeterminada por las relaciones mercantiles, el Buen Vivir apunta a relaciones dinámicas y constructivas entre el mercado, la sociedad y el Estado. Se busca construir una sociedad con diversidad de **distintos tipos de mercados**, para no tener una sociedad de mercado, es decir, mercantilizada. No se quiere una economía controlada por monopolistas y especuladores, ni se promueve una visión estatista a ultranza de la economía.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p.107-108)

<sup>7</sup> No caso do Equador, o “Buen Vivir” faz parte de uma longa busca de alternativas de vida deflagradas pelas lutas populares, em especial a dos povos indígenas, que são anteriores à ascensão à presidência de Rafael Correa. As “bandeiras” destas lutas giravam em torno de trans-

gada por estas aos saberes indígenas. Os responsáveis por esta valorização podem ser encontrados na atuação das organizações dos povos indígenas, no incentivo dado pela academia, ao aumento do respeito e interesse — a partir de vários espaços político-partidários — pelas culturas ancestrais e as novas vinculações estabelecidas com os movimentos sociais.

Em muitos casos as organizações indígenas tiveram um papel-chave, seja nas ruas ou nas urnas, para essas mudanças de governo. Por sua vez, difundiu-se um espírito afim orientado a descolonizar o pensamento próprio e romper com as amarras que mantinham esses saberes subordinados, onde possivelmente o caso mais claro seja a discussão sobre a colonialidade do poder impulsada por Aníbal Quijano (2001).<sup>8</sup>

A construção deste conceito tem aspectos positivos, visto que deixa evidente que está sendo travado “um diálogo com as tradições culturais indígenas”, que tem como premissa a ideia de que elas devem criar e recriar novos conceitos, adaptando os antigos às circunstâncias atuais. Não se trata de um mero retorno às ideias de um passado longínquo. Deste diálogo também participam algumas tradições ocidentais que questionam a partir de diferentes pressupostos a modernidade dominante: posturas éticas alternativas que reconhecem os Direitos da Natureza e as contribuições do feminismo, na medida em que reagem ao domínio patriarcal e a proposta do decrescimento que será analisada na próxima seção.

A Constituição equatoriana (1998), objeto de uma reforma em 2008 que acabou por dar-lhe o perfil atual, dedica um capítulo inteiro (o segundo) — logo após os princípios fundamentais — ao tema dos direitos do “buen vivir”. De acordo com este capítulo, fazem parte destes direitos: a água e a alimentação, um ambiente saudável, a comunicação e a informação, a cultura e a ciência, a educação, o hábitat e a habitação, a saúde, o trabalho e a segurança social. Assim como depois o fará a Constituição da Bolívia, a Constitui-

---

formações de fundo na sociedade, na economia, na política e na própria relação com a natureza. Foram articuladas em agendas de outros movimentos, em um conglomerado heterogêneo de forças, em especial as urbanas, até cristalizarem-se no processo constituinte de 2007 e 2008. Já no caso da Bolívia, o processo foi mais recente e talvez mais tenso. Ali a ideia do “vivir bien” da “vida buena” era uma expressão reivindicatória de líderes indígenas, militantes e intelectuais. Exatamente por essa razão o conceito aparece associado aos conceitos da língua aymara *suma qamaña*, e sua melhor tradução pode que seja a de “buen convivir”. Não é um conceito do cotidiano do povo aymara e, sim uma criação recente de intelectuais oriundos deste povo. (Uzeda, 2009 apud GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

<sup>8</sup> “En muchos casos las organizaciones indígenas jugaron papeles clave, sea en las calles o en las urnas, para esos cambios de gobierno. A su vez, se difundió un espíritu afín orientado a descolonizar el pensamiento propio y romper con las cadenas que mantenían esos saberes subordinados, donde posiblemente el caso más claro sea la discusión sobre la colonialidad del poder impulsada por Aníbal Quijano (2001).” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

ção do Equador também menciona o “buen vivir” no seu preâmbulo<sup>9</sup>. Neste caso, não se fala na construção de um Estado e sim na construção da convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza para alcançar o “buen vivir” ou o *sumak kawsay*.

A Constituição equatoriana é uma constituição longa (444 artigos), que rompe com a concepção clássica que prioriza alguns direitos sobre outros. Pelo contrário, enfatiza o caráter integral dos mesmos, reconhecendo-os em uma mesma hierarquia e interdependentes (art. 11, número 6).

Portanto, os direitos do Buen Vivir ocupam a mesma hierarquia dos outros conjuntos de direitos, dentre os quais estão os direitos das pessoas e grupos de atenção prioritária, comunidades, povos e nacionalidades, participação, liberdade, da natureza, e proteção, e por sua vez, este conjunto tem um correlato em uma seção dedicada às responsabilidades.<sup>10</sup>

Em vários momentos ela indica num mesmo nível de hierarquia dois campos principais de ação: o “regime do ‘Buen Vivir’” e o “regime do desenvolvimento”. O artigo 275 define “regime de desenvolvimento” como “o conjunto organizado, sustentável e dinâmico dos sistemas econômicos, políticos, sócio-culturais e ambientais, que garantem a realização do Buen Vivir, do *sumak kawsay*”<sup>11</sup>. Desse modo, postula-se uma vinculação direta entre os direitos e as estratégias de desenvolvimento. Isto porque o “Buen Vivir” exige o gozo efetivo dos direitos por parte das comunidades, povos e nacionalidades, bem como o exercício de responsabilidades “no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades, e da convivência harmônica com a natureza”<sup>12</sup> (Art. 275). O regime de desenvolvimento estabelecido deverá ser elaborado com base em uma planificação participativa, expressando-se nas áreas de trabalho e das soberanias alimentares, econômica e energética. Também ele inclui as questões de inclusão e equidade — por exemplo, educação, saúde, habitação, cultura, etc. — e a biodiversidade e os recursos naturais. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 107)

---

<sup>9</sup> “NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador ... decidimos construir **Una nueva forma de convivencia ciudadana**, en diversidad y armonía con la naturaleza, **para alcanzar el buen vivir**, el *sumak kawsay*... [...]” (EQUADOR. **Constituição do Equador** (1998). Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf) Acesso em: abril de 2013.)

<sup>10</sup> “Por lo tanto los derechos del Buen Vivir ocupan la misma jerarquía que otros conjuntos de derechos, entre los cuales están los derechos de personas y grupos de atención prioritaria, comunidades, pueblos y nacionalidades, participación, libertad, de la naturaleza, y protección, y a su vez, este conjunto tiene un correlato en una sección dedicada a las responsabilidades.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

<sup>11</sup> “[...] el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del Buen Vivir, del *sumak kawsay*”

<sup>12</sup> “[...] en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”

No caso da Constituição equatoriana fica patente que se trata de uma “proposta de vanguarda” que altera o conceito de desenvolvimento ao contrapô-lo a uma proposta em construção, a do “buen vivir”. A conquista da última está diretamente vinculada a um conjunto de direitos que exigem mudanças substanciais nas estratégias de desenvolvimento.

Já o vocábulo “progresso” aparece só marginalmente no texto constitucional, no art. 25 (progresso científico) e art. 59, quando faz referência aos direitos coletivos dos povos montúbios.

Além das propostas desenvolvidas nas lutas de resistência, também influenciaram o debate constituinte o desconhecimento e o temor de alguns atores.

Para alguns era uma invocação a uma vida despreocupada e passiva, enquanto outros o qualificavam como um retorno às cavernas; aqueles acostumados às verdades indiscutíveis clamavam por concreções definitivas; enquanto outros, inclusive alguns que incentivaram estes princípios, ao parecer não tinham uma clara transcendência dessa decisão. É que o Buen Vivir não pode ser simplesmente associado ao ‘bem-estar ocidental’, nem tampouco nega a possibilidade de propiciar a modernização da sociedade, particularmente com a incorporação na vida de muitos e valiosos avanços tecnológicos da humanidade, senão que aponta para outras bases conceituais.<sup>13</sup>

O “vivir bien” está na Constituição boliviana de 2009 em seu artigo 8º como um dos princípios éticos-morais da sociedade plural que deverá ser assumido e promovido pelo Estado<sup>14</sup>. O inciso II acrescenta que são fundamentais para realização deste princípio os seguintes valores: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e os bens sociais. Neste caso, observa-se uma maior amplitude cultural,

---

<sup>13</sup> “Para algunos era una invocación a una vida despreocupada y pasiva, mientras que otros lo calificaban como un retorno a las cavernas; aquellos acostumbrados a las verdades indiscutibles, clamaban por concreciones definitivas; mientras que otros, incluso algunos de los que alentaron este principio, al parecer [sic] no tenían clara la trascendencia de esta decisión. Es que el Buen Vivir no puede ser simplistamente asociado al “bienestar *occidental*”, ni tampoco niega la posibilidad para propiciar la modernización de la sociedad, particularmente con la incorporación en la vida de muchos y valiosos avances tecnológicos de la humanidad, sino que apunta a otras bases conceptuales.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 107)

<sup>14</sup> Além deste, os outros princípios estabelecidos no artigo são os seguintes: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama surwa* (não sejas fraco, não sejas mentiroso, não sejas ladrão), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre).

visto que são postuladas concepções do Buen Vivir nas tradições culturais aymara, quechua e guarani.

O próprio preâmbulo da Constituição boliviana de 2009 estabelece que o Estado deverá basear-se no respeito e na igualdade “entre todos”, tendo como princípios a soberania, a dignidade, a complementariedade, a solidariedade, a harmonia e a equidade na distribuição e redistribuição do produto social, com o predomínio da busca do “vivir bien”. Na sequência, explicita-se que esta busca envolve o respeito à pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes, o convívio coletivo com acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos<sup>15</sup>.

#### 4. DECRESCIMENTO E “VIVIR BIEN/BUEN VIVIR”

Ernest Garcia explorou o que as noções de decrescimento<sup>16</sup> e de “bien vivir/vivir bien” possuem em comum, em especial o ceticismo quanto às promessas do desenvolvimento e a sua suposta universalidade. No que tange ao decrescimento, o debate envolve temas tais como o dos limites do crescimento, a sustentabilidade ambiental, e no caso do “vivir bien”, envolve as conotações de identidade cultural e a orientação comunitária. (GARCIA, 2012, p. 201)

Um ponto em comum refere-se à crítica à noção de desenvolvimento. No caso do bem viver,

[...] no processo de formulação e sofisticação deste conceito, os movimentos indígenas da região andina parecem estar buscando, entre outras coisas, alternativas para ir além do paradigma desgastado e infrutífero do desenvolvimento. Esta crítica, por outra parte, é um dos pontos de partida mais explícitos do *decrecimiento*. (GARCIA, 2012, p. 204)

Para o autor, se o decrescimento critica o desenvolvimento com base na crise ecológica, diferentemente de outras perspectivas que preferiram

---

<sup>15</sup> Em 15 de outubro de 2012, a Bolívia aprovou a Lei da Mãe Terra e do Desenvolvimento Integral para o “Vivir Bien”, cuja estrutura abrange, entre outros, os temas do desenvolvimento integral em harmonia com a Mãe-Terra, o “vivir bien” como horizonte alternativo ao capitalismo etc. (BOLÍVIA. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012**. N. 300. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2013)

<sup>16</sup> O termo “decrecimiento” refere-se à tendência teórica recente que visa desmascarar a ideia de “desenvolvimento sustentável”, apresentando-o como realmente é: uma apologia do crescimento meramente econômico e desmesurado. Sobre o tema, Cf. LATOUCHE, Serge. O Desenvolvimento é insustentável. (Entrevista) **Cadernos IHU em formação**. Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006 e, do mesmo autor, **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 170p.

partir da desigualdade, o bem viver pode ser compreendido como uma reformulação e atualização destas duas visões. (GARCIA, 2012, p. 208)

De acordo com Ernest Garcia, um documento — por sua densidade — é fundamental para o processo de construção do discurso que alicerça do conceito de “viver bien” boliviano: trata-se a compreensão de Fernando Huanacani Mamani<sup>17</sup>. Neste documento, um dos pontos de partida é a constatação do “esgotamento da promessa do desenvolvimento” e a percepção da atual crise como produto de um modelo alicerçado no desenvolvimento, depredador, individualista e antropocêntrico. (HUANACANI MAMANI, 2010, p. 68-9)

Trata-se de uma crise da vida e de paradigmas. O fracasso do modelo desenvolvimentista vincula-se às suas contradições inerentes, bem como a sua tendência de gerar e agravar as desigualdades, e não a sua aplicação inadequada. De acordo com a lógica ocidental, a humanidade está imersa no “viver melhor”, aspiração fundamental para a cultura do desenvolvimento. Este sistema acaba ao final forçando o desequilíbrio, o conflito desestabilizador, visto que é incapaz de cumprir suas promessas. “Assim, o bem viver tende a se configurar como uma versão da variante ‘alternativas ao desenvolvimento’, mais elaborada e dotada de uma projeção geográfica e politicamente mais ampla do que a maioria de suas antecessoras.” (GARCIA, 2012, p. 211)

A escala que será enfatizada pelo bem viver será a local-regional — em especial as comunidades andinas e a dos Estados acima e abaixo delas —, por ser a mais adequada para expressar as resistências contra o “desenvolvimento-globalização”, bem como concretizar as alternativas. O universo de referência envolve uma constelação de diferentes nações culturais, com limites territoriais não coincidentes com as estruturas políticas existentes, herança do período colonial, mas com uma base comum. Já no plano da identidade cultural, o bem viver articula-se numa escala tríplice: “local, andina e americana (de *Abya Yala*)”. Finalmente, no plano da vida cotidiana, alguns critérios remetem diretamente ao âmbito local, são eles: a complementariedade e a ajuda mútua, a reciprocidade e as responsabilidades rotativas, redistribuição e cerimonial. (HUANACANI MAMANI, 2010, p. 38-9)

Por outro lado, o bem viver apresenta-se como um “projeto autônomo em relação ao mercado e ao Estado”, que envolvem uma espécie de socialismo comunitarista que se contrapõe ao capitalismo e ao comunismo. São expressões econômicas concretas que lamentam o rompimento dos sistemas de troca tradicionais deflagrado pelas relações comerciais “modernas” e denun-

---

<sup>17</sup> HUANACANI MAMANI, Fernando. **Vivir Bien/Bien Vivir**. Filosofía, políticas, experiencias regionales. 4.ed. La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

ciam que a economia de mercado substituiu comunidades repletas de seres humanos dignos com a “criação de pobres” em seu lugar. (HUANACANI MAMANI, 2010, p. 17)

Ernest García considera que “o bem viver tem algumas contas a acertar com a democracia representativa”, assim como outros movimentos da comunidade de identidade e algumas variantes do ecologismo, acrescentando algumas notas céticas às ilusões produzidas pela democracia direta ou “participativa”, o que é perceptível no documento de Huanacani Mamani. Também, embora o documento deste último autor reivindique a sustentabilidade, García lembra que existem outras apresentações do bem viver, com menos menções à crise ecológica e tendência menor a leva-la em consideração. (GARCIA, 2012, p. 212)

Outro aspecto importante diz respeito à forma de organização econômica do Estado, e nesse sentido a Constituição boliviana sustenta em seu artigo 306: “o modelo econômico boliviano é plural e está orientado à melhoria da qualidade de vida e do Vivir Bien”.<sup>18</sup> Postula-se um ordenamento econômico plural, vinculado a princípios tais como a solidariedade e a reciprocidade, em que o Estado se comprometa com a redistribuição equitativa dos excedentes visando a garantir diversos tipos de políticas sociais. E para alcançar o “Vivir Bien” em todas as suas dimensões, a organização econômica deve atender a propósitos tais como a redistribuição justa da riqueza, a industrialização dos recursos naturais etc. (artigo 313)

Apesar das referências feitas pela Constituição boliviana ao desenvolvimento econômico, Gudynas e Acosta lembram que a palavra “progresso” não aparece ali. (GUDYNAS,; ACOSTA, 2011, p. 107)

Dentre as diferenças entre as propostas boliviana e a equatoriana de “Buen Vivir/Vivir Bien”, no caso boliviano, inicialmente os princípios ético-morais não aparecem como direitos. Estabelecem e delimitam os marcos de uma sociedade que se define como plurinacional. Mais ainda, pode-se afirmar que tais princípios são uma das fundamentações dessa plurinacionalidade podendo se manifestar de modo diverso em cada uma delas.<sup>19</sup>

Por outro lado, na Constituição equatoriana, o *sumak kawsay* é apresentado em dois níveis: como baliza para um conjunto substancial de direitos e também como expressão de parte de sua implementação, envolvendo não só o Estado, também toda a sociedade. Antes que a Lei do Vivir Bien boliviana

---

<sup>18</sup> “[...] modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el Vivir Bien.” (BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. (2009) Disponível em: [http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf) Acesso em: abril de 2013)

<sup>19</sup> Esta situação foi modificada com a promulgação da Lei **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012**.

fosse promulgada, Gudynas e Acosta consideravam que a formalização equatoriana tinha uma amplitude maior, isto é uma maior precisão que a boliviana.<sup>20</sup>

Já a dimensão plurinacional toma uma amplitude maior na Bolívia, sendo reconhecidas 36 línguas indígenas além do castelhano. Por outro lado, a ênfase dada a dimensão ambiental é maior no Equador: ali se reconhece pela primeira vez os Direitos da Natureza (artigos 71 a 74)<sup>21</sup>. “Isto consolida a dimensão ambiental do Buen Vivir, enquanto o texto boliviano é mais ambíguo, tanto que alguns de seus artigos defendem a obrigação do Estado de industrializar os recursos naturais.”<sup>22</sup>

Ora, a conversão da Natureza em sujeito de direitos, estabelecida pela Carta equatoriana, faz com que ela, independentemente da utilidade que o uso humano possa lhe conferir, tenha valor por si mesma. Uma postura bio-cêntrica desta amplitude, não nega o aproveitamento dos recursos naturais, e sim objetiva assegurar a sobrevivência das espécies e dos ecossistemas.

Considerando que no caso boliviano não ocorre o reconhecimento dos Direitos da Natureza, neste ponto, surgem novas diferenças. Aliás, o artigo 9º, em seu inciso VI estabelece que um dos mandatos do Estado é exatamente a industrialização dos recursos naturais, o que acaba por representar uma aproximação às ideias clássicas do progresso, visto que a natureza “é vista como uma cesta de recursos a serem aproveitados”.<sup>23</sup>

O debate sobre o Buen Vivir/Vivir Bien gerou uma renovação no próprio “olhar” alternativo das comunidades indígenas, o que pode ser percebido na sua adoção como conceito-chave pela Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. (CAOI, s/f apud GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p.108) Também as discussões acadêmicas e práticas sobre a aplicação e desenvolvimento destas ideias impulsionaram a discussão.

---

<sup>20</sup> “En cambio, en el texto constitucional boliviano ese vínculo entre *suma qamaña* y los derechos no es explícito; por ejemplo, no hay una referencia a este concepto en la sección de los derechos fundamentales. A su vez, en el texto boliviano, el *suma qamaña* es claramente presentado como una de las finalidades del Estado. En cambio, en la Constitución ecuatoriana el Buen Vivir aparece en un alto nivel de la jerarquía, y desde éste se derivan muchos derechos.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 108)

<sup>21</sup> Merece destaque o artigo 72, dedicado aos direitos de restauração da natureza. (EQUADOR. **Constituição do Equador** (1998). Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf) Acesso em: abril de 2013.)

<sup>22</sup> “Esto consolida la dimensión ambiental del Buen Vivir, mientras que el texto boliviano es más ambiguo, en tanto algunos artículos defienden el mandato del Estado de industrializar los recursos naturales.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 108)

<sup>23</sup> “[...] es vista como una canasta de recursos a ser aprovechados.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 109)

Ao mesmo tempo, surgem as primeiras aplicações destas novidades constitucionais, destacando-se o equatoriano “Plan Nacional para el Buen Vivir, 2009- 2013”<sup>24</sup>. O plano afasta-se dos programas clássicos de “desenvolvimento” nacional, reconhecendo que o “Buen Vivir” é uma reação aos estilos de desenvolvimento neoliberais anteriores, afastando-se do antropocentrismo ocidental a fim de gerar outras relações com a natureza, buscar a igualdade, a justiça social e a valorização de outros saberes. Sustenta que sua construção deve ser contínua a partir de reivindicações

[...] que busquem uma visão que supere as estreitas margens quantitativas do economicismo e permitam a aplicação de um novo paradigma cujo fim não seja os processos de acumulação material, mecanicista e interminável de bens, senão que promova uma estratégia econômica incluínte, sustentável e democrática.<sup>25</sup>

Como a economia equatoriana está centrada nas exportações dos hidrocarburetos, isto é, no extrativismo dirigido às exportações de recursos naturais, o conteúdo do plano versa sobre a geração de riqueza e redistribuição sob condições pós-petroleras. Sem analisar rigorosamente a viabilidade deste plano, Gudynas e Acosta enfatizam seu significado como uma “ruptura substancial com a apropriação da natureza para alimentar um desenvolvimento entendido como crescimento econômico, e um progresso concebido como evolução linear.”<sup>26</sup>

Conceitualmente o “Buen Vivir” evita perfilar-se junto às compreensões de desenvolvimento alternativo, apresentando-se como uma “alternativa ao desenvolvimento”. Tal prática envolve dificuldades e contradições, ocorrendo em muitos casos que depois de muito sonhar volte-se a cair nas conhecidas estratégias extrativistas que embasaram a extração indiscriminada do petróleo e dos minerais.<sup>27</sup>

Toda esta nova arquitetura conceitual requer indicadores e ferramentas próprias, mesmo que em alguns casos possam ser utilizados indicadores

---

<sup>24</sup> EQUADOR. Conselho Nacional de Planificação. Plano Nacional para o Bom Viver – 2009-2013. Construindo um Estado Plurinacional e Intercultural. Versão resumida. Disponível em: [plan2009.senplades.gov.ec](http://plan2009.senplades.gov.ec). Acesso em: 20 de abril de 2013.

<sup>25</sup> “[...] que buscan una visión que supere los estrechos márgenes cuantitativos del economicismo y permita la aplicación de un nuevo paradigma cuyo fin no sea los procesos de acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, sino que promueva una estrategia económica incluyente, sostenible y democrática.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 109)

<sup>26</sup> “[...] ruptura sustancial con la apropiación de la naturaleza para alimentar un desarrollo entendido como crecimiento económico, y un progreso concebido como evolución lineal.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 109-110)

<sup>27</sup> “Mientras que en el caso ecuatoriano no están claramente diseñadas las vías de superación del extractivismo, el Plan Nacional de Desarrollo (2006) de Bolivia, contenía la idea de Vivir Bien como una adjetivación, pero tampoco lograba torcer el rumbo de una acentuación de las metas extractivistas.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 110)

clássicos, incorporados de contextos diferentes, tais como as avaliações sobre a incidência da pobreza e da marginalidade.

“Todavia em outros casos, se deverá aproveitar novos indicadores, que por sua vez oferecem uma grande oportunidade para denunciar as limitações e falácias dos sistemas de indicadores dominantes. Ao discutir metodologias para calcular de outra maneira e com renovados conteúdos outros índices econômicos, sociais e ambientais (isto é, de Buen Vivir), se avançará no desenho de novas ferramentas para tentar medir o quão longe e o quão perto estamos da construção democrática de sociedades democráticas e sustentáveis.”<sup>28</sup>

Para analisar a dimensão ambiental, os indicadores a serem utilizados devem envolver uma reforma das contas nacionais a fim de contabilizar a perda de recursos naturais, ao invés de considerá-las como rendimentos, explicitando-as como fluxos materiais. Na sequência, deverão ser potencializados indicadores de apropriação dos recursos naturais, tais como a “pegada ecológica” ou a “mochila ecológica”.<sup>29</sup>

A dimensão territorial em seus aspectos biofísicos e nas conceituações culturais que os delimitam e descrevem, aparece como proteção aos lugares rituais e sagrados, bem como dos recursos naturais. Esta proteção se dá de modo muito mais amplo no caso equatoriano que no boliviano, de acordo com Gudynas e Acosta. (2011, p. 110)

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande ferramenta crítica que as obras de Marx proporcionam não diz tanto com as respostas e sim às perguntas que elas suscitam. Ele não apresenta um caminho para escapar das contradições da vida moderna, e sim um caminho que nos coloca no cerne dessas contradições. Mais do que ninguém Marx sabia que é necessário começar do ponto em que se está, não fora dele, despindo-se de preconceitos religiosos, estéticos, morais e sentimentais, explorando-se a si mesmo para sobreviver. Ao mesmo tempo é preciso reunir

---

<sup>28</sup> “Pero en otros casos, se deberán aprovechar nuevos indicadores, los que a su vez ofrecen una gran oportunidad para denunciar las limitaciones y falacias de los sistemas de indicadores dominantes. Al discutir metodologías para calcular de otra manera y con renovados contenidos otros índices económicos, sociales y ambientales (es decir, del Buen Vivir), se avanzará en el diseño de nuevas herramientas para intentar medir cuán lejos o cuán cerca estamos de la construcción democrática de sociedades democráticas y sustentables.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 110)

<sup>29</sup> Respectivamente o indicador que envolve a quantidade de terra e água necessárias para sustentar as gerações atuais, considerando todos os recursos materiais e energéticos gastos por uma determinada população (*ecological footprint*) e aquele que considera a intensidade do uso da matéria.

estas mesmas forças que antes encontravam-se separadas, e estar disposto a distender-se em direção a novas possibilidades humanas.

É possível afirmar que nos textos de Marx pode-se vislumbrar dois tipos de crescimento ou de desenvolvimento: o que é útil ao ser humano, o autodesenvolvimento, e o que simplesmente busca aumentar os lucros das empresas. Existe uma diferença entre construir um novo hospital e construir um porta-aviões, mesmo que ambos impliquem um aumento do crescimento. O que é determinante é a natureza e o controle da produção, e não a quantidade; o controle e a estratégia do crescimento são os pilares que permitirão um desenvolvimento social e ecológico.

Marshall Berman buscou definir um espaço em que o pensamento de Marx e a tradição da Modernidade confluíssem. Antes de mais nada, em ambos casos ocorre a tentativa de apreender uma experiência especificamente moderna, confrontando a modernidade com diferentes emoções. É possível então ler Marx como um escritor moderno a fim de permitir que aflore toda a vida e a riqueza de sua linguagem, de modo a mostrar como o desenvolvimento dos temas a partir dos quais a Modernidade se define é brilhante.

Assim, a leitura do decrescimento e do *bien vivir/vivir bien* a partir de uma perspectiva marxista, acaba por sugerir como suas energias, intuições e ansiedades mais características brotam dos movimentos e pressões da moderna vida econômica, em especial dos países andinos. Contraindo-se à incansável e insaciável demanda de crescimento e progresso, a expansão dos desejos humanos para além das fronteiras locais, nacionais e morais, a pressão que exerce sobre as pessoas no sentido de explorarem não só aos outros seres humanos mas a si mesmas, a volubilidade e quase infundável metamorfose de todos os seus valores no vórtice do mercado mundial, a impiedosa destruição de tudo e todos aqueles que a moderna economia não pode utilizar e sua capacidade de explorar a crise e o caos como trampolim para ainda mais desenvolvimento, de alimentar-se da sua própria autodestruição, surgem as noções de decrescimento e de *bien vivir/vivir bien* do mundo andino.

A modernidade coloca novas carências no lugar das velhas, satisfeitas pela produção interna. Em todas as direções surge a interdependência universal, substituindo a velha auto-suficiência, local e nacional. Neste sentido o decrescimento e o "*bien vivir/vivir bien*" apontam para a possibilidade de um retorno.

É impossível negar que a modernização e o desenvolvimento possam percorrer diferentes caminhos que precisam ser mapeados. Por outro lado, é necessário analisar de forma mais atenta os objetivos e os interesses daqueles que pretendem proteger-se do desenvolvimento. O que se depreende da leitura de Marx é que o que é projetado por aqueles que condenam o desenvolvimento ocidental é na verdade a própria energia, os desejos e o espírito

crítico das populações envolvidas. A proclamação dos porta-vozes do decrescimento e mesmo do bien vivir/vivir bien pode significar apenas que está em causa naqueles locais nos quais eles tem abrangência, a imposição de um freio político e mesmo espiritual sobre o povo. Corre-se o risco de que quando o “freio” seja retirado retorne-se ao da modernidade, ao espírito do desenvolvimento, com um retorno daquilo que foi reprimido.

## REFERÊNCIAS

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. A aventura da modernidade. Tradução de C. F. Moisés e N. M. L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. 360p.

BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. (2009) Disponível em: [http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf) Acesso em: abril de 2013

\_\_\_\_\_. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012**. N. 300. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2013

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: desafios da sustentabilidade. Palestra apresentada no **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, Rio de Janeiro, UFF, 2012. p. 1-12.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito, Corte Constitucional Del Ecuador, 2010. 96 p.

EQUADOR. **Constituição do Equador** (1998). Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf) Acesso em: abril de 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Planificação. **Plano Nacional para o Bom Viver – 2009-2013**. Construindo um Estado Plurinacional e Intercultural. Versão resumida. Disponível em: [plan2009.senplades.gov.ec](http://plan2009.senplades.gov.ec). Acesso em: 20 de abril de 2013.

GARCIA, Ernest. Decrescimento e bem viver: algumas linhas para um debate adequado. Tradução de L. Milani. In: LÉNA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro (orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 201-228

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, Mariano (coord.). **La medición del progreso y**

**del bienestar.** Propuestas desde América Latina. México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico AC, 2011. p. 103-110

HUANACANI MAMANI, Fernando. **Viver Bien/Bien Viver.** Filosofía, políticas, experiencias regionales. 4.ed. La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

LATOUCHE, Serge. O Desenvolvimento é insustentável. (Entrevista) **Cadernos IHU em formação.** Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pequeno tratado do decrescimento sereno.** Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 170p.

MARX, Karl Heinrich. Prefácio. \_\_\_\_\_. Para a crítica da economia política. Tradução de E. Malagodi. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 127-132

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista.** Meta author Nelson Jahr Garcia. Edição Ridendo Castigat Mores, 2009. eBooksBrasil.com. Fonte digital: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: abril de 2013.



# O TEMPO PROCESSUAL BRASILEIRO: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA DA CRISE DA JURISDIÇÃO?

*Fabiana Marion Spengler\**

*Theobaldo Spengler Neto\*\**

## **Resumo**

O presente texto tem por objetivo principal delimitar e discutir o desempenho da função jurisdicional abordando, especificamente, as questões temporais nela envolvidas e ilustrando a abordagem teórica com os números e estatísticas disponíveis na página “Justiça em Números”, do CNJ, sobre a quantidade de processos brasileiros e o congestionamento na tramitação dos mesmos no período entre 2004 e 2011. Ainda, pretende-se discutir o art. 5º, LXXVIII, da CF que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. Assim, será discutida a necessidade de preenchimento da expressão “razoável duração” numa perspectiva de tratamento qualitativo dos conflitos em um tempo quantitativamente adequado. Para fins de cumprir com tais objetivos o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e como método de procedimento foi utilizado o monográfico, a partir de pesquisas e fichamentos em fontes bibliográficas, estudo de estatísticas ligadas ao tema da pesquisa, além de livros e trabalhos relativos ao assunto.

## **Palavras-chave**

Conflito. Tempo. Processo. Crise da jurisdição.

## **Abstract:**

The main objective of this text is to define and discuss the performance of the judicial function approaching, specifically, its temporal issues involved and illustrating the theoretical

---

\* Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, Coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, advogada. *E-mail:* fabianaspengler@spengleradvocatio.com.br ou fabiana@unisc.br.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), onde atualmente é professor adjunto. Professor de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Procedimentos Especiais e Processo Cautelar) e de Direito Civil - Responsabilidade Civil. Vice líder do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq. Coordenador do Centro de Pesquisas Jurídicas do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Sócio titular do escritório Advocacia Spengler Assessoria Empresarial – SC.

approach with numbers and statistics available on page "Justiça em Numeros", of CNJ, regarding the amount of Brazilians Legal processes and the congestion on its judgment and conclusion between 2004 and 2011. Still, we intend to discuss art. 5th, LXXVIII, of the CF that ensures a reasonable judgment time and the means to ensure the speed of its trial. Thus, we'll discuss the need to fill the term "reasonable time" from the perspective of a qualitative treatment of conflicts in an adequate time. To achieve these goals, the approach method used was the deductive method and as the procedure method, the monographic one, based on research in bibliographical sources, statistic studies related to the topic, as well as books and work related to the subject.

### Keywords

Conflict. Time. Legal Process. Crisis of jurisdiction.

## 1. INTRODUÇÃO

A modernidade trouxe novos e inusitados desafios que demandam instigações teórico-científicas. Um desses desafios diz respeito justamente à semântica do conceito de tempo e dos vários desdobramentos advindos de suas mais variadas dimensões: histórica, estrutural, política, econômica, dentre outras. É nesse emaranhado de dimensões temporais que percebemos que a palavra tempo suscita várias interpretações podendo ensejar muitas discussões: cotidianamente fala-se da "falta de tempo", de "perder tempo", de "dar um tempo". Cientificamente, fala-se de "espaço-tempo", de "mecânica quântica", de "tempo cosmológico" e de "tempo fenomenológico", de "tempo linear e circular"<sup>1</sup>. Finalmente, o tempo pode ser motivo para entabular uma simples conversa de rotina ou servir de pano de fundo para uma acalorada discussão acadêmica.

Sem dúvidas, a fragmentação e a proliferação das diversas noções de tempo que possuímos determinam o seu significado ambíguo na época moderna. Tais fatores fomentam o nascimento de tempos distintos e, muitas vezes, incompatíveis entre si. Atualmente a situação se complica com a combinação de tempos artificiais produzidos pela tecnologia com o ritmo de vida das pessoas. A evolução industrial gerou automatização e a robotização, elementos que causaram alteração no tempo tradicional, criando cisões como aquela reservada ao ócio do trabalho.

Então, o que se percebe é uma aceleração temporal que aproxima o presente do futuro. Assim, o que fazemos hoje tem mais consequências para o amanhã do que o seu equivalente de algum tempo atrás em termos de esforço e energia. Essa aceleração temporal trouxe-nos a incapacidade individual de forjar, por si só, o conceito de tempo. Este conceito, tal como conhecemos hoje foi sendo assimilado pelo homem à medida de sua evolução. Ao crescer, a criança vai-se familiarizando com o "tempo" como símbolo de

---

<sup>1</sup> Sobre as diversas noções de tempo, é importante a leitura de REIS, José Carlos. *Tempo, história e evasão*. Campinas: Papirus, 1994; COURTINE, Jean-François. *A tragédia e o tempo da história*. Tradução de Heloisa B. S. Rocha. São Paulo: Ed. 34, 2006; PIETTRE Bernand. *Philosophie et science du temps*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

uma instituição social cujo caráter coercitivo ela experimenta desde cedo. Se no decorrer de seus primeiros anos de vida não desenvolve um sistema de autodisciplina conforme essa instituição, se não aprende a se portar e a moldar sua sensibilidade em função do tempo, ser-lhe-á muito difícil, senão impossível, desempenhar o papel de um adulto no seio dessa sociedade.

É nesse ínterim que se pode perceber a presença de um “processo civilizador”<sup>2</sup> que contribui para a transformação da coerção exercida de fora para dentro pela instituição social do tempo num sistema de autodisciplina que abarque toda a existência do indivíduo e que contribui para formar os hábitos sociais, os quais são partes integrantes das estruturas de personalidades individuais.

Esse processo civilizador envolve vários aspectos da vida humana, desde sua personalidade e dos seus atos da vida privada até suas relações com as instituições estatais. Exemplo claro das relações entre tempo e estado são os debates acerca do Poder Judiciário e do “tempo processual”.

No entanto, não se pode perder de vista que o tempo do processo não é um tempo ordinário, ele interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano, recriando-o na produção de uma nova temporalidade. Essa nova temporalidade encontra-se atrelada a ritos cujos prazos, períodos, enfim, cujo tempo, encontra-se atrelado não a realidade da vida e a construção temporal humanamente concebida e sim as codificações produzidas pelo legislador. Tais codificações muitas vezes têm como escopo principal acelerar o tempo processual minimizando os efeitos negativos da tão conhecida “morosidade”, atualmente apontada como uma das causadoras da crise que a jurisdição brasileira atravessa.

Nestes termos é que o presente texto tem por objetivo principal, num primeiro momento, delimitar e discutir o desempenho da função jurisdicional abordando, especificamente, as questões temporais nela envolvidas e ilustrando a abordagem teórica com os números e estatísticas<sup>3</sup> disponíveis

---

<sup>2</sup> Estudando o processo civilizador pelo qual passou a humanidade, Norbert Elias investiga a sociogênese do Estado, apoiando-se em um aspecto de sua formação e estrutura: o problema do “monopólio da força”, buscando demonstrar como os processos históricos completos, desde o tempo em que o seu exercício era privilégio de um pequeno número de guerreiros rivais, gradualmente impeliu a sociedade para a centralização e monopolização do uso da violência física e de seus instrumentos por parte do Estado (ELIAS, 1994, p. 17).

<sup>3</sup> Aqui é importante dizer que a fonte de consulta para os números e estatísticas reproduzidas no texto foi a página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <http://www.cnj.jus.br/>, acessada em 28.12.2012. Nessa página um item foi acessado de modo específico: no item “Justiça em Números” foram extraídos os dados que ilustram a situação atual do Poder Judiciário Brasileiro (no concernente a Justiça Estadual, Federal e do Trabalho no período compreendido entre 2004 e 2011).

sobre a quantidade de processos brasileiros e o congestionamento na tramitação dos mesmos no período entre 2004 e 2011.

Posteriormente, pretende-se abordar as relações processo/temporais, trazendo à discussão o art. 5º, LXXVIII, da CF que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. Por conseguinte, será discutida a necessidade de preenchimento da expressão “razoável duração” numa perspectiva de tratamento qualitativo dos conflitos em um tempo quantitativamente adequado. Desse modo, o tempo processual vem abordado como categoria instituidora da sociedade que precisa ser “reinventado” frente à complexidade social.

Para fins de cumprir com tais objetivos o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento foi utilizado o método monográfico, a partir de pesquisas e fichamentos em fontes bibliográficas, estudo de estatísticas ligadas ao tema da pesquisa, além de livros e trabalhos relativos ao assunto.

## 2. A JURISDIÇÃO BRASILEIRA EM NÚMEROS: (IN)EFICIÊNCIA FACE À COMPLEXIDADE SOCIAL

O Judiciário — enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso a lei —, atualmente é uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente. Os limites territoriais do Judiciário até então organizados de modo preciso, têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação<sup>4</sup>.

Em termos organizacionais, o Poder Judiciário brasileiro foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a con-

---

<sup>4</sup> Sobre o tema é importante a leitura de SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Ijuí: UNIJUI, 2010.

textos sócioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados (FARIA apud Revista Serviço Social e Sociedade, 2001, p. 6-9).

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição brasileira torna-se alvo de uma preocupação teórica constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e especialmente da estrutura funcional necessária para sua realização. Segundo o Departamento de Pesquisas Judiciária do CNJ<sup>5</sup>, os dados obtidos pelo “Justiça em Números” confirmam que:

a) Na Justiça Federal: em 2011 tramitaram cerca de 11,4 milhões de processos, sendo que somente 3,3 milhões casos ingressaram no corrente ano. Entretanto, o número de processos baixados em 2011 superou em 1% o total de casos novos. No que tange ao número de processos julgados por magistrados, apresentando um total de 1.734 casos, em 2011 percebe-se que foi a maior aferida nos últimos três anos. Outro ponto positivo do referente ano, em contrapartida com o triênio passado, foi o fato de que pela primeira vez a Justiça Federal superou o montante de três milhões de processos julgados. Contudo, o saldo estimado de casos pendentes ao final do ano será de 1,7 milhão.

Em relação ao primeiro grau, tramitaram aproximadamente 5,6 milhões de processos, sendo que o número de processos baixados foi de 1,1 milhão. No que compete aos Juizados Especiais o número de casos novos foi cerca de 1,2 milhão e ainda tem-se 1,7 milhão de processos pendentes desde o início do ano, deste total, somente 1,1 milhão foram julgados. Já nas Turmas Recursais tramitaram 1,1 milhão de casos, sendo que somente 441.843 foram demandas novas.

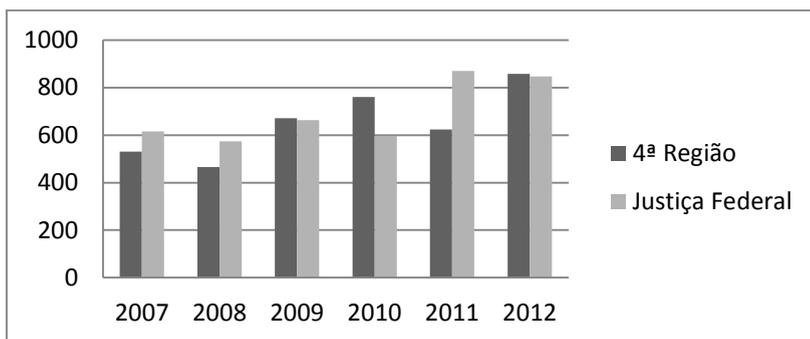
Durante o ano de 2010, no que concerne aos Tribunais Regionais Federais (2º Grau) tramitaram mais de 1,4 milhão de processos, sendo que, dentre eles, 445 mil ingressaram naquele ano e 959 mil já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior. Total de decisões que puseram fim à relação processual no 2º Grau foi 476 mil, mostra-se positivo o fato do número de decisões serem maior que o número de casos novos, apesar da pequena diferença, ela já se torna uma vantagem.

Já no primeiro grau, foram mais de 902 mil sentenças proferidas e 8,6 milhões de processos em tramitação (primeiro grau e Juizados Especiais). Nas turmas recursais tramitaram um milhão processos (437 mil casos novos e 620 mil casos pendentes) e nos Juizados Especiais 2,4 milhões de processos (1,3 milhão de casos novos e 1,07 milhão de casos pendentes).

---

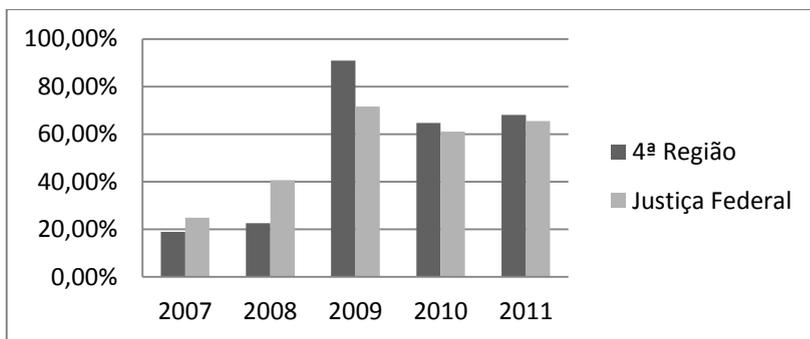
<sup>5</sup> Todas as informações aqui expostas foram obtidas na página: do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <http://www.cnj.jus.br/>, acesso em 28.11.2012.

**Gráfico 1 – Casos novos por Magistrado no 1º Grau – Justiça Federal**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

**Gráfico 2 – Taxa de congestionamento nas Turmas Recursais Federais**



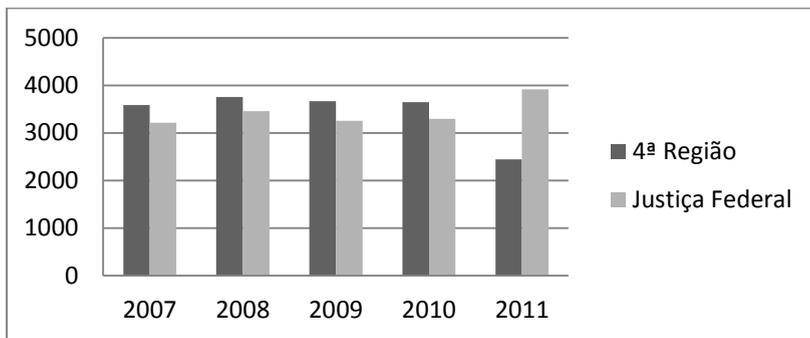
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No que diz respeito ao segundo grau, é interessante observar que entre os anos de 2004 a 2007 não ocorreram muitas alterações na carga de trabalho, com leves oscilações valorativas, no entanto, com uma média relativamente constante em torno de oito mil processos. Entretanto, em 2008 houve um pico na carga de trabalho, com crescimento de 7%, passando de 8.108 (em 2007) para 8.660 (em 2008) processos em tramitação para cada magistrado. Ao contrário do que geralmente se espera, o aumento da carga de trabalho ocorreu concomitante a uma queda da taxa de congestionamento<sup>6</sup>, a qual decaí gradativamente desde 2004, com redução 7,3 pontos percentuais durante todo este período. Em 2009 a carga de trabalho foi 11.247 e a taxa de congestionamento 67,1%. Este fenômeno demonstra um aumento da efetividade da Justiça Federal que, mesmo com o crescimento do número de pro-

<sup>6</sup> Ainda sobre a taxa de congestionamento, nota-se um forte pico de crescimento entre 2007 e 2008 nas Turmas Recursais, passando de 24,8% para 40,6%. Este aumento deve-se ao fato de que houve um crescimento de 14% no número de casos novos (especialmente na 1ª e na 5ª região) simultânea a uma redução do número de decisões (especialmente na 1ª e na 3ª região).

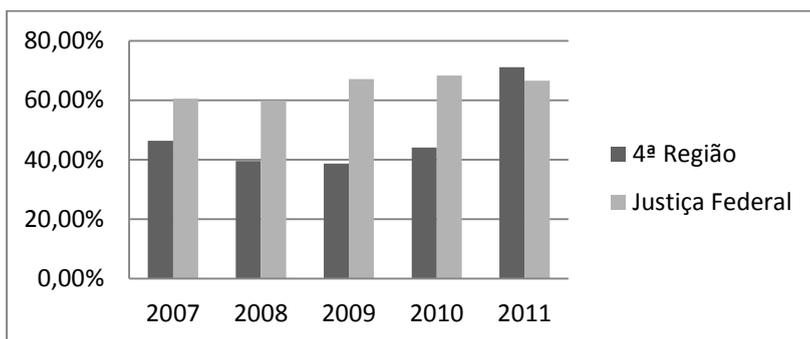
cessos por magistrado, conseguiu reduções no índice de congestionamento dos processos. Nos Juizados Especiais, a taxa de congestionamento tendia à queda até 2007, porém, no início de 2008, houve um crescimento significativo, atingindo os mesmos patamares de 2004. Tanto na fase de conhecimento como na de execução a taxa de congestionamento em 2009 foi 58,3% nos Juizados Especiais Federais. No ano de 2010 a carga de trabalho dos magistrados da Justiça Federal em 2º grau foi 11.896 e a taxa de congestionamento 68,3%.

**Gráfico 3 – Casos novos por Magistrado no 2º Grau – Justiça Federal**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

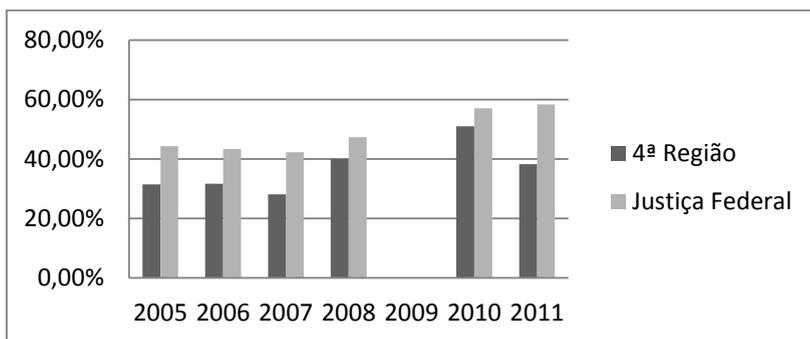
**Gráfico 4 – Taxa de congestionamento no 2º Grau – Justiça Federal**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em 2011 percebe-se que esta taxa de congestionamento processual caiu para 66,6%, diminuindo, deste modo, em relação ao ano anterior o percentual de processos que não foram baixados. Logo, a taxa de congestionamento constatada em 2009 é a maior dos últimos três anos. Em relação à carga de trabalho dos magistrados no 2º grau em 2011 os índices se elevarem se comparado com o ano de 2010, apresentando o número de 13.605.

**Gráfico 5 – Taxa de congestionamento nos Juizados Especiais Federais**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

b) Na *Justiça do Trabalho*: tramitaram durante 2009 nos Tribunais Regionais do Trabalho (2º grau) aproximadamente 914 mil processos, dentre estes, 538 mil ingressaram neste ano. Além disso, foram proferidas cerca de 594 mil sentenças. Nota-se que ao longo dos anos o número de sentenças tem crescido (média 13% ao ano) mais que o número de processos em tramitação (9% ao ano). Tal fato gera, como consequência, quedas graduais na taxa de congestionamento, passando de 33,2% para 25,2% nos últimos quatro anos (redução de 8%), ao mesmo tempo que a carga de trabalho cresceu, passando de 1.415 para 1.943 no mesmo período, ou seja, com um incremento de 528 processos por magistrado, sem prejuízo do índice de congestionamento.<sup>7</sup> Em 2010 tramitaram no total 6,6 milhões de processos, destes 3,4 milhões foram baixados.

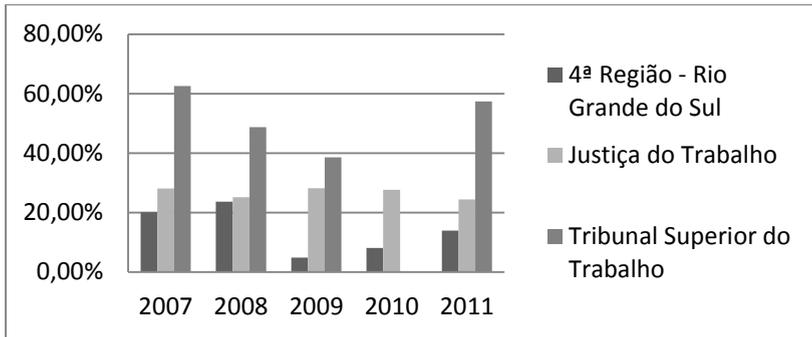
No ano de 2011 tramitaram no 2º grau da Justiça do Trabalho cerca de 820.601 processos, sendo que destes, 219.723 estão pendentes desde o ano anterior, o que resultou em uma taxa de constestionamento de 24,4% e o número de processos baixados neste grau foi de 620.438. Importante destacar que na Justiça do Trabalho desde 2009 o total de processos baixados aumenta anualmente.

No primeiro grau da Justiça do Trabalho, em 2009, tramitaram 5,9 milhões de processos, sendo 2,8 milhões de casos novos e três milhões de casos que já estavam pendentes de julgamento. Foram julgados 3,25 milhões de processos e, assim como observado no segundo grau, o número de entrada

<sup>7</sup> A taxa de congestionamento atingiu um pico em 2006 quando começou uma trajetória de queda, devido a um maior crescimento da quantidade de sentenças com relação aos anos anteriores. Apesar do aumento dos processos, a carga de trabalho tem caído gradualmente, pois o número de Juízes do Trabalho tem aumentado em razões anuais de 5% a 6%, passando de 2.150 magistrados em 2004 para 2.691 em 2008, com um aumento de 25% nestes 4 anos. A queda da taxa de congestionamento do 1º grau nos últimos 2 anos foi motivada especialmente pela fase de execução que caiu de 65,9% para 59,6% entre 2006 e 2007.

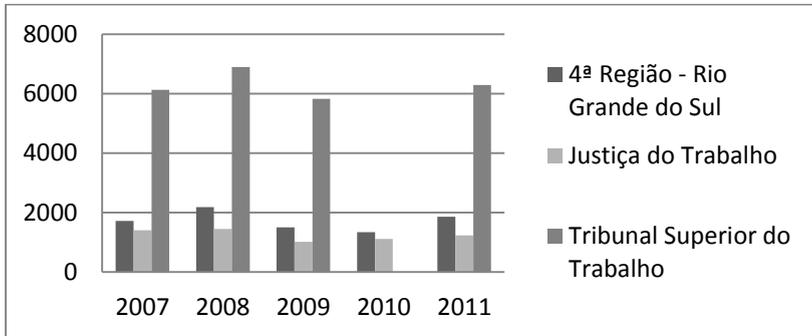
de novos processos é inferior ao número de sentenças. Em 2010, tramitaram, no primeiro grau da Justiça do Trabalho, 5,7 milhões de processos, sendo 2,7 milhões de casos novos e 3 milhões de casos pendentes de julgamento, o que resultou numa taxa de congestionamento de 51%. Além disso, foram proferidas 1.060 sentenças por magistrado.

**Gráfico 6 – Taxa de congestionamento no 2º Grau – Justiça do Trabalho**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

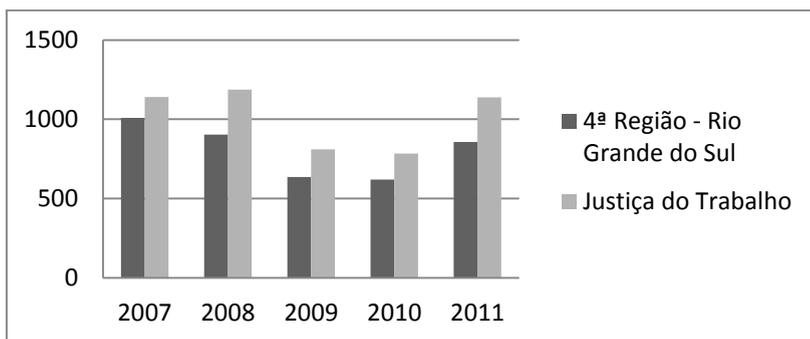
**Gráfico 7 – Casos novos por Magistrado no 2º Grau – Justiça do Trabalho**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Já no ano de 2011 a taxa de congestionamento do primeiro grau foi de 48,6%, tendo em vista que tramitaram neste ano 6,1 milhões de processos, destes somente 3 milhões dizem respeito a casos novos. No presente ano, foram julgados pouco mais de 3 milhões de processos neste grau de jurisdição.

**Gráfico 8 – Casos novos por Magistrado no 1º Grau – Justiça do Trabalho**

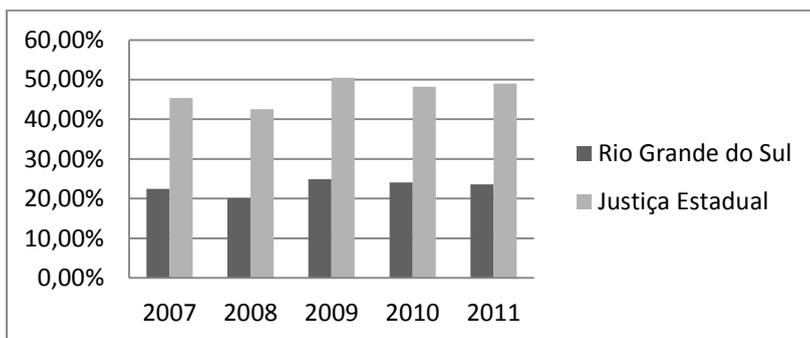


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

c) Na *Justiça Estadual*: em 2009, tramitaram três milhões de processos no segundo grau, dentre eles, 1,78 milhão ingressaram neste ano (2009). Foram, ainda, proferidas 1,67 milhão de decisões finalizadoras das demandas. Cabe elucidar o efeito de crescimento gradual na carga de trabalho ao longo dos anos, associado a uma redução da taxa de congestionamento. Ao passo que entre 2004 e 2008 a taxa de congestionamento reduziu em 10 pontos percentuais (de 52,8% para 42,5%), a carga de trabalho aumentou de 1.441 para 2.066, ou seja, com incremento de 625 processos para cada magistrado, demonstrando uma maior efetividade dos juízes. Em 2009 a carga de trabalho aumentou ainda mais, para 2.180. Por sua vez, a taxa de congestionamento também aumentou de 2008 para 2009, pois em 2009 foi de 50,5%. Em relação a 2009 houve redução de 3% do número de casos novos que ingressaram na Justiça Estadual, porém, o número de processos ainda é muito elevado, já que em 2010 iniciaram 17,7 milhões de processos e no ano de 2011 estrearam 18,6 milhões. Nota-se, deste modo, que entre os anos de 2010 e 2011 a taxa de congestionamento sofreu uma leve redução (-0,52 pontos percentuais).

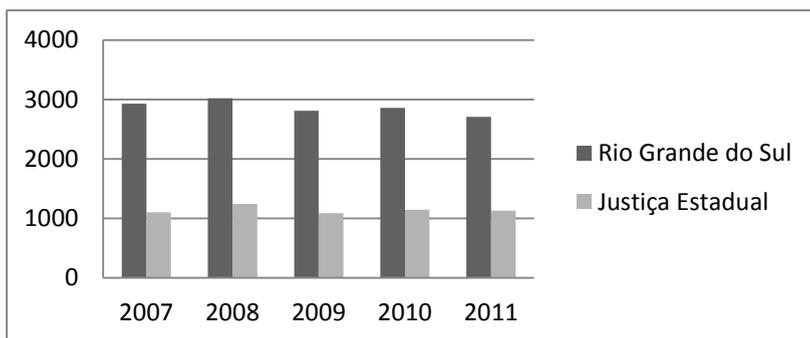
Durante o ano de 2010, na 1ª instância da Justiça Estadual (soma do 1º Grau e dos Juizados Especiais) tramitaram mais de 61 milhões de processos, sendo que dentre eles 46,3 milhões estavam pendentes de baixa desde o início do ano. Neste mesmo período foram sentenciados 13,7 milhões de processos. A consequência natural dessas constatações é uma dificuldade em reduzir a taxa de congestionamento, tendo em vista o constante aumento do número de processos ingressados e da carga de trabalho. No primeiro grau, a carga de trabalho média dos Juízes chegou a aproximadamente 6 mil processos por magistrado, porém, a maior concentração de processos por magistrado se dá no Rio de Janeiro: 18 mil processos por magistrado.

**Gráfico 9 – Taxa de congestionamento no 2º Grau – Justiça Estadual**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

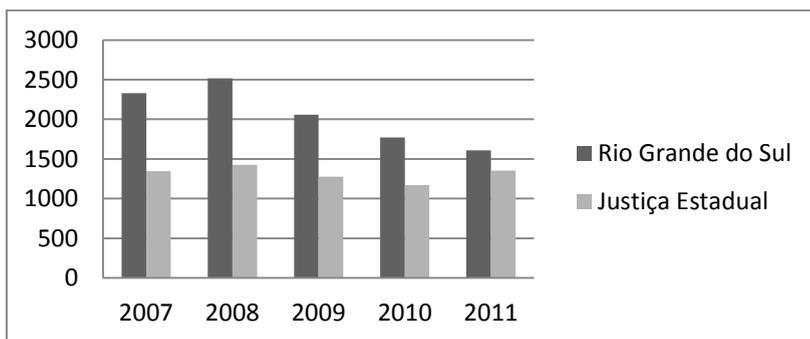
**Gráfico 10 – Casos novos por Magistrado no 2º Grau – Justiça Estadual**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em 2011, tramitaram no segundo grau da Justiça Estadual cerca de 3,5 milhões de processos, destes 1,9 milhões ingressaram neste ano. Ainda em relação ao segundo grau, cabe destacar que foram julgados mais de dois milhões de casos e a taxa de congestionamento apresentada foi de 49%. Neste mesmo período, em relação à 1ª instância da Justiça Estadual, cabe destacar que tramitaram aproximadamente 66 milhões de processos, sendo que destes 49 milhões estavam pendentes e foram proferidas mais de 14 milhões de decisões que colocaram fim a relação processual. A carga de trabalho por magistrado na Justiça Estadual, no referido ano, é de aproximadamente 6.086. Cabe salientar que desde 2009 a quantidade de processos julgados tem diminuído ano após ano.

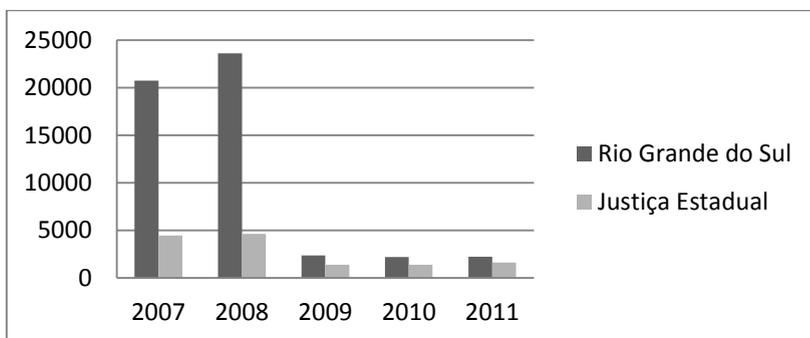
**Gráfico 11 – Casos novos por Magistrado no 1º Grau – Justiça Estadual**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nas Turmas Recursais, tramitaram, em 2010, 575 mil processos (396 mil casos novos e 178 casos pendentes) e foram julgados 335 mil processos. Já nos Juizados Especiais, tramitaram, em 2009, 8,3 milhões de processos (3,9 milhões de casos novos e 4,3 milhões de casos pendentes). Sobre a carga de trabalho dos Juizados Especiais, nota-se que não tem havido muita alteração durante os anos, permanecendo desde 2005 em valores próximos a nove mil processos por magistrado. O mesmo ocorre com a taxa de congestionamento, que tem oscilado em torno dos 50% ao longo dos períodos analisados. Nas turmas recursais, no quesito taxa de congestionamento, verifica-se que atingiram em 2008 a maior taxa já vista nos anos anteriores, estando atualmente no patamar de 44,9%, próxima ao observado em 2005. Em 2009 a carga de trabalho dos juizados especiais foi 2.716 na fase de conhecimento e 509 na de execução, já a taxa de congestionamento foi 45,6% na fase de conhecimento e 59,3% na de execução. Já nas turmas recursais a taxa de congestionamento foi em 2009: 40,3%.

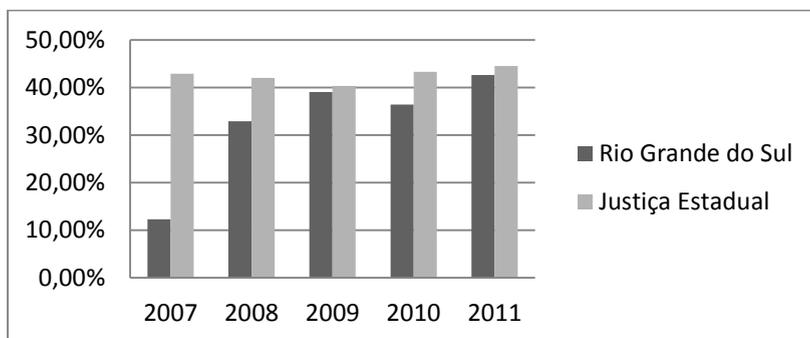
**Gráfico 12 – Novos casos por Magistrado nos Juizados Especiais**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nos Juizados Especiais no ano de 2011 tramitaram 8,3 milhões de processos, sendo 4,1 milhões de casos novos, números estes muito próximos aos do ano anterior. Estes apresentaram uma taxa de congestionamento de 48,2% e a carga de trabalho dos juízes foi de aproximadamente 3.297 processos. No que tange as Turmas Recursais, em 2011, tramitaram 702.108 processos (447.317 casos novos e 254.791 casos pendentes) apresentando também números muito semelhantes aos do ano de 2010. Deste total de processos, foram julgados 347.759 casos, com isto a taxa de congestionamento das Turmas Recursais foi de 44,9%.

**Gráfico 13 – Taxa de congestionamento das Turmas Recursais**



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do direito positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos. No entanto o monopólio da jurisdição deixa, gradativamente de pertencer ao Estado principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são sequelas. Além, do aumento considerável da litigiosidade a burocracia estatal se agiganta e a produção legislativa acontece de modo desenfreado. Todos esses fatores causam/fomentam a crise do Judiciário brasileiro.

### 3. A EMENDA CONSTITUCIONAL 45: UM ATAQUE DE FUNCIONALIDADE NA BUSCA DA EFICÁCIA QUANTITATIVA

Na ânsia de dar respostas céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela Emenda Constitucional 45 (EC/45), cujas expectativas são de que suas alterações possam gerar transformações

necessárias para implementar uma efetividade quantitativa e qualitativamente junto ao sistema judiciário nacional.

Na verdade, a EC/45 é apenas uma das tentativas (não a primeira e, com certeza, nem a última) de buscar celeridade através da alteração/introdução de legislação que tenha por objetivo estimular a eficácia quantitativa das decisões através da celeridade processual. O texto da Emenda Constitucional 45 (EC/45), promulgada em 08 de dezembro de 2004, produz alterações consideráveis nas instituições encarregadas de administrar a justiça, estabelecendo, por exemplo, um controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público, propondo uma nova forma de administração. Além disso, federaliza os crimes contra os direitos humanos, estabelece como garantia constitucional a razoável duração do processo e determina o fortalecimento da defensoria pública, institucionaliza súmulas vinculantes, inclusive com efeitos extensivos às ações diretas de inconstitucionalidade e, dentre outras coisas, trata dos mecanismos de admissibilidade dos recursos.

Ainda despertando dúvidas quanto aos resultados que produziu e ainda produzirá, a Reforma do Judiciário determina alterações em uma parte considerável do texto constitucional. Trata-se de uma tentativa de fortalecer e modernizar a prestação jurisdicional brasileira que sabidamente tem acontecido de forma acanhada em termos quantitativos e principalmente qualitativos. É fato que o Judiciário viu sua estrutura (física, política, pessoal...) tornar-se inadequada diante dos avanços da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento em termos tecnológicos, administrativos e comportamentais.

Além desses, outros problemas acontecem, todos eles rotulados: “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada.

Desse modo, é possível constatar que uma das principais preocupações gerada pela atual estrutura judiciária brasileira diz respeito a morosidade do processo. Diante de tal constatação avista-se aquilo que Boaventura de Sousa Santos<sup>8</sup> chama de “morosidade sistêmica” e de “morosidade ativa”. A primeira “é aquela que decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo”<sup>9</sup>. Nestes termos todas as propostas que tenham por objetivo fazer uma justiça mais rápida são bem-vindas, porém, não se pode perder de vista que maior rapidez não gera, necessariamente,

---

<sup>8</sup> SANTOS, 2011, p. 43

<sup>9</sup> SANTOS, 2011, p. 43

uma justiça mais cidadã. Desse modo, aliada à celeridade (quantidade de justiça) é preciso que aja responsabilidade social (qualidade da justiça).

Já a morosidade ativa é aquela que pode ser expressa nas situações de processos de “gaveta”, de “intencional não decisão” em decorrência principalmente do conflito de interesses no qual os litigantes se encontram envolvidos, fazendo o possível para protelar a decisão judicial e se utilizando, para isso, de todos os meios protelatórios possíveis<sup>10</sup>.

Para fins de atacar a morosidade em todas as suas expressões a EC/45 traz uma série de polêmicas, muitas das quais objetos de ampla discussão (anterior e posteriormente à sua entrada em vigor). Pode-se mencionar, especialmente, a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º do texto constitucional, que repercute em temas já bastante discutidos como “acesso à justiça”<sup>11</sup> e “cidadania”.

Porém, não se pode perder de vista que, antes mesmo na inserção do inciso referido ao art. 5º da CF pela EC/45, já se encontrava a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva no inciso LXXXV, o que possibilita o acesso à justiça e, numa interpretação extensiva, a uma justiça adequada e tempestiva. Aliás, as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é vista como uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão através do direito de ação. No entanto, essas imbricações tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária. Desse modo, existe a possibilidade de limitar essa influência temporal através de dispositivos processuais de urgência, como os processos cautelares, as tutelas antecipadas ou específicas, que podem garantir a forma mínima do processo<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> SANTOS, 2011, p. 43

<sup>11</sup> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12).

<sup>12</sup> Vale lembrar que o Projeto de Código de Processo Civil em debate na Câmara de Deputados faz profunda alteração nos procedimentos cautelares e antecipatórios. Propõe a criação das medidas de urgência e de evidência, com efetivação da decisão interlocutória, em alguns casos, mesmo sem que ação principal ocorra.

O inciso LXXVIII no art. 5º determina uma garantia constitucional que deve ser executada desde logo, sem o risco de esperar por ações legislativas posteriores que lhe venham a dar carga eficaz. O dispositivo em comento guarda especial importância em quatro aspectos:

(1) torna obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável<sup>13</sup>; (2) estabelece, ainda que de forma indireta, que prazo razoável é o prazo legal; (3) traz também a exigência de meios que garantam a celeridade processual; (4) por fim, introduz um conjunto de determinações relativas à organização do Poder Judiciário que, se implementadas de forma adequada, podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional. (RODRIGUES, 2005, p. 288).

Todavia, resta a pergunta: no que consiste a “razoável duração do processo”? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: “a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo” (RODRIGUES, 2005, p. 288). Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil hoje se encontra muito acima do legal e do razoável.

Nesse mesmo sentido, discutindo a delimitação da expressão “prazo razoável”, percebe-se que o seu sentido deve ser “preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável” (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p.16). Dessa maneira, fica clara a busca pela celeridade processual permeada pelo tratamento adequado resultante de uma resposta qualificada aos conflitos. Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Se a fun-

---

<sup>13</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969), a qual o Brasil aderiu em 26.5.1992, realizando sua ratificação em 25.9.1992 e sua promulgação em 9.11.1992 (Dec. 678), dispõe expressamente em seu artigo 8º, item 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. É possível afirmar, então, que a determinação de que o processo possua duração razoável e que sejam garantidos meios de celeridade na sua tramitação não é, propriamente, uma novidade no cenário brasileiro. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi observada quanto a esse dispositivo.

ção social do processo, que é o instrumento da jurisdição, é a distribuição da justiça, não há como negar que, nas atuais circunstâncias do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade. Porém, outras estratégias precisam ser desenvolvidas para que se fale no tratamento qualitativamente adequado dos litígios.

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão<sup>14</sup>. É por isso que não basta apenas “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdictio” (CANOTILHO, 2000, p.423). Nessa seara, mesmo que a EC/45 alcance resultados significativos tornando célere o trâmite processual, aproximando a justiça do cidadão, especializando varas para o melhor tratamento de uma parcela de direitos até então pouco observados, valorizando as defensorias públicas (o que implica de forma direta ou indireta na diminuição de custos e na possibilidade de inclusão do cidadão hipossuficiente), deve-se recordar que os mecanismos de tratamento dos conflitos precisam ser revisitos. Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensualizada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

Ora, não haverá eficiência na administração judiciária enquanto atos cartorários e/ou jurisdicionais vierem deficientes aos autos, seja pela delonga de sua publicação, seja pela imprestabilidade de seus conteúdos. Autos conclusos para sentença por meses, despachos aguardando publicação por outros tantos, bem como publicações de notas de expediente intimatórias incompletas ou sem a indicação dos advogados, simbolizam ineficiência que deriva de uma crise que passa a ser institucional (SPENGLER NETO, 2012, p.49). Os mecanismos processuais (isto é, os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados — assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àqueles que têm razão (WAMBIER, TALAMINI, 2011, v. 1, p. 71).

---

<sup>14</sup> Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988. p. 13).

Consequentemente, essas novas garantias constitucionais vêm para integrar o sentido includente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária, etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana que, como escopo do “constitucionalismo social e democrático de direito”, repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 18).

#### 4. CONCLUSÃO

A partir da pesquisa feita é possível concluir que as estratégias estatais utilizadas para o tratamento dos litígios já não respondem/correspondem à complexidade conflitiva atual. Tal fato aponta a necessidade de buscar outras estratégias, voltadas para os indivíduos, permitindo-lhes a composição consensuada e autônoma dos seus conflitos. Tal conclusão acontece a partir da análise de uma série de fatores, dentre eles o número de processos ajuizados e decididos anualmente, bem como o número de processos que cada magistrado possui para decidir e o número de congestionamento de todas as instâncias que apontam para a crise jurisdicional brasileira.

Constata-se que o Judiciário está sucumbindo mediante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. As consequências são a morosidade e a falta de qualidade nas decisões vertidas, o que desemboca no desprezo e no descrédito do cidadão comum pela justiça, contribuindo para afastá-lo. Outro fator de inquietação é a desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal/judicial obsoleta e muitas vezes ultrapassada. O descompasso existente entre a necessidade de prestação jurisdicional célere e efetiva, em relação aos meios materiais e humanos emprestados pelo Estado, assim como a vontade política de efetivar a Justiça social. Afinal, vê-se hoje um Poder Judiciário que ocupa o espaço do Poder Executivo, em busca da implementação de políticas públicas.

No entanto, tais motivos não são suficientes para dizer que o Judiciário é uma instituição descartável. Ele não pode ser dispensado, já que a sociedade não permite afastar um sistema de regras e, consequentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção (nos casos de infração). A situação se torna paradoxal quando se observa que a complexidade social é fator de “exaustão” do Judiciário, mas justamente em função de ser complexa, a sociedade não pode descartá-lo.

Por conseguinte, é preciso rever o papel do Judiciário sem ventilar a possibilidade de descarte. Ocorre que o problema somente poderá ser resolvido partindo de uma profunda mudança na estrutura do Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça. Essas alterações (muitas

delas propostas pela EC/45 permitem que o Judiciário possa responder de modo mais ágil a sua demanda, gerando celeridade porém sem esquecer a qualidade da jurisdição.

Tal necessidade/dificuldade (de celeridade e de qualidade) acontece principalmente diante do fato de que o tempo do processo, é uma revolução completa cuja temporalidade não encontra possibilidade de reprodução. Trata-se de um tempo contínuo, que possui um começo e um fim. No processo e na sua temporalidade, cada conflitante possui o seu lugar e cada ato acontece a seu tempo essa, nada mais é, do que a criação que denominamos “ritual judiciário”.

No processo, o tempo é recriado. Porém, esse tempo é apontado como demasiadamente lento e, para muitos, o antídoto para essa morosidade é o tratamento dos processos “em tempo real”. Assim, na tentativa de dar respostas céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela EC/45, cujas expectativas eram e ainda são de que suas alterações possam gerar as transformações necessárias para implementar uma efetividade processual (quantitativa sim, qualitativa, restam dúvidas).

Nesse diapasão, observa-se que os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitaram e não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando, assim, a possibilidade de encontrar respostas mais adequadas para suas demandas.

Há que se apostar na redução quantitativa das demandas judiciais, visando não permitir que um Estado-Juiz adoentado pela insuperável carga de ações sucumba. A redução de ações judiciais passa pela solução consensuada, mas em sede anterior ao ajuizamento. Ou seja, a composição do conflito de modo a, satisfazendo o interesse dos conflitantes, extrair da prestação jurisdicional o poder de decidir. Ou ainda, em se tratando de demanda já posta, oportunizar a redução do tempo do processo e da agonia das partes, mediante a solução consensuada a ser, então, patrocinada pelo Poder Judiciário.

De todo modo, o objetivo é aumentar o consenso, reduzindo o julgamento. Para tanto, impõe-se a reestruturação legal e atitudinal, iniciando-se pelo poder público (vontade política), passando pela estrutura julgadora (declinar do poder de julgar) e chegando às partes e seus procuradores (espírito de composição).

## REFERÊNCIAS

- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 3 maio 2013.
- COURTINE, Jean-François. *A tragédia e o tempo da história*. 34ª ed. Tradução de Heloisa B. S. Rocha. São Paulo: 2006.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, Setembro/2001.
- NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2008.
- PIETTRE Bernand. *Philosophie et science du temps*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- REIS, José Carlos. *Tempo, história e evasão*. Campinas: Papyrus, 1994.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUI, 2010.
- SPENGLER NETO, Theobaldo. *Da Citação Editalícia à Ação Rescisória: caminhos possíveis ao conhecimento da inexistência de citação*, Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2012.
- WAMBIER, Luiz R.; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo civil*. v. 1. 12ª ed. São Paulo; editora Revista dos Tribunais, 2011.



# REGRA GERAL SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

*Hugo de Brito Machado\**

## **Resumo**

O presente artigo examina a regra geral sobre o ônus da prova, a partir da explicação do significado da expressão “fato constitutivo do direito do autor”, utilizada no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, com o objetivo de demonstrar que o ônus de provar recai sobre aquele que alega o fato, e não àquele que nega a sua ocorrência, haja vista a impossibilidade de se provar uma negativa absoluta. Por meio de pesquisa bibliográfica e descritiva, utilizou-se o método dedutivo para ressaltar a repercussão do ônus da prova em matéria tributária diante da presunção de validade dos atos administrativos, que devem ser necessariamente motivados. Conclui-se, portanto, que a incumbência do ônus da prova é uma questão de direito, sendo, assim, cabíveis recursos especial e extraordinário às Cortes Superiores.

## **Palavras-chave**

Ônus da prova. Impossibilidade de prova negativa. Presunção de validade. Ato administrativo de lançamento tributário.

## **Abstract**

This article examines the general rule on burden of proof from the explanation of the meaning of "fact constitutive of the right" used in art. 333, inc. I, of the Code of Civil Procedure, in order to demonstrate that the burden of proof falls on the one who claims the fact, and not one who denies its occurrence, given the inability to prove a negative absolute. Through literature research and descriptive, used the deductive method to highlight the impact of the burden of proof in tax matters before the presumption of validity of administrative acts, which must necessarily be motivated. We conclude, therefore, that the assignment of the burden of proof is a question of law's interpretation, and is thus applicable special and extraordinary appeals to the Superior Courts.

## **Keywords**

Burden of proof. Inability to prove a negative absolute. Presumption of validity. Tax act. Assessment.

---

\* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

## 1. INTRODUÇÃO

Considerando-se que o Direito é expresso em palavras, é da maior importância o significado das palavras e expressões para a sua adequada compreensão. Assim, todo o cuidado no trato das palavras é de grande utilidade, como ensina Rafael Bielsa, que escreve:

Todo examen del vocabulario jurídico que contribuya a la aclaración y a la depuración de los conceptos debe estimarse como útil en algún grado. Si hay una disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del derecho. Tanto en el orden legislativo como en el judicial — y no digamos en el administrativo — esta precaución es indispensable aunque sólo sea para evitar controversias o discusiones que surgen precisamente de la confusión y duda sobre un término.<sup>1</sup>

Não temos a pretensão de superar controvérsias, nem de fazer valer o nosso ponto de vista sobre o tema que vamos abordar. Vamos produzir um texto com exposição a mais simples possível, e nossa pretensão consiste apenas em que este nosso estudo tenha alguma utilidade, porque a cada dia se torna mais forte a nossa convicção de que a maioria das controvérsias entre os juristas resulta de compreensão equivocada de certos conceitos utilizados na linguagem jurídica.

Começaremos examinando a regra geral sobre o ônus da prova, expressamente adotada pelo vigente Código de Processo Civil. Em seguida vamos explicar o significado da expressão fato constitutivo do direito do autor, e depois fazer ligeiras considerações a respeito da impossibilidade da prova da negativa absoluta. Depois de oferecidos estes esclarecimentos, valor examinar um exemplo com o qual pretendemos deixar demonstrada a nossa tese, com o estudo da ação declaratória de inexistência de dívida, estudo no qual vamos nos reportar a dispositivo expresso de lei que afasta qualquer dúvida.

Por último examinaremos a distinção entre questão de fato e questão de direito, para demonstrar que a questão de saber de quem é o ônus da prova é uma típica questão de direito, cuja apreciação pode ser pleiteada em recurso especial, ou extraordinário.

---

<sup>1</sup> BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 9.

## 2. REGRA GERAL SOBRE O ÔNUS DA PROVA

### 2.1. Dispositivos do Código de Processo Civil

O vigente Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 333, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Incorpora, assim, o que podemos considerar a regra geral a respeito do ônus da prova, a dizer que este incumbe a quem alega o fato. O autor tem o ônus da prova quanto aos fatos que alega na inicial, e o réu tem o ônus da prova quanto aos fatos que alegar que seriam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Esses dispositivos do Código de Processo Civil, todavia, não obstante expressos em linguagem clara, têm sido objeto de interpretação equivocada. Assim, há quem invoque a regra segundo a qual o ônus da prova compete a quem alega o fato, para sustentar que se o autor, na inicial, alega não haver praticado a conduta a ele imputada, tem o ônus do provar que efetivamente não praticou aquela conduta. É importante, pois, esclarecermos o sentido dessas regras sobre o ônus da prova.

### 2.2. O fato constitutivo do direito do autor

O significado da expressão *fato constitutivo do direito do autor* é da maior importância no estudo da regra geral sobre o ônus da prova, tendo-se em vista que o vigente Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 333, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Em um número de casos bem maior do que se pode à primeira vista imaginar, tem sido apontado um sentido inteiramente equivocado para o dispositivo legal em referência, decorrendo daí uma compreensão absurda da questão de saber de quem é o ônus da prova, que é atribuído a quem na verdade não tem esse ônus e nem teria como produzir a prova que lhe é exigida.

Dito com outras palavras, em um número de casos bem maior do que se pode imaginar tem sido atribuído o ônus da prova a quem na verdade não alegou fato nenhum, mas formulou, isto sim, o que se pode denominar como negativa absoluta, cuja prova direta é impossível e mesmo a indireta é muitas vezes exageradamente difícil, como se passa a demonstrar.

### 2.3. A prova da negativa absoluta

Seja como for, tem prevalecido o princípio segundo o qual o ônus da prova cabe a quem alega o fato (positivo) e não a quem o nega (alega o fato negativo). Segundo Malatesta isto decorre de ser mais fácil provar o positivo do que o negativo: Comprobada, pues, la mayor facilidad de prueba que presenta el hecho positivo, quien lo afirma es el que debe preferentemente probarlo.<sup>2</sup>

E ainda, referindo-se a esse princípio, esclarece:

Algunos, para combatir este principio que hemos llamado lógico, han caído en el error de decir que la carga de la prueba se le debe asignar a quien afirma el hecho positivo, a causa de la *imposibilidad* de probar el hecho negativo. Mas ello no es así, pues el hecho negativo puede ser probado, pero únicamente mediante medios indirectos; en cambio, el hecho positivo puede ser demostrado valiéndose de medios tanto directos como indirectos. Esta mayor facilidad de prueba, que en general tiene el hecho positivo, obliga a quien lo afirma a presentar las pruebas, lo cual no ocurre a quien lo niega, pues en este son más limitados los medios de prueba.<sup>3</sup>

Quando se diz que é impossível provar-se uma negação, essa referência diz respeito a uma negação substancial. Negação pura e simples. E se considera prova apenas a forma direta de demonstrar, pois a indireta tem o nome de prova indiciária, que se opera através dos indícios e das presunções, e em certos casos tem notável força na formação do convencimento do juiz.

É nesse contexto que se há de explicar a regra que o legislador inseriu no art. 333, inciso I, do vigente Código de Processo Civil, segundo a qual o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. E não se pode considerar que incumbe ao autor provar o que alega, se a sua alegação consiste exclusivamente em uma negação geral, como pode acontecer com o autor de uma ação declaratória de inexistência de uma dívida substanciada em uma duplicata mercantil, quando o autor se limite a dizer que não fez a compra que ensejaria a emissão daquele título.

O estudo dessa situação, que faremos a seguir, certamente deixará definitivamente esclarecido o sentido que realmente tem a expressão fato constitutivo do direito do autor, utilizada no art. 333, inciso I, do vigente Código de Processo Civil.

Vejamos.

---

<sup>2</sup> MALATESTA, Nicolas Framarino. *Lógica de las pruebas en matéria criminal*. Colômbia: Temis, 1997, tomo I, p. 158.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 158-159.

### 3. AÇÃO DECLARATÓRIA DA INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA

#### 3.1. Ato constitutivo do direito do autor

Um comerciante tem contra ele emitida uma duplicata mercantil, que não aceita porque não efetuou a compra da mercadoria descrita no documento correspondente, vale dizer, na nota fiscal ou fatura que justificaria a referida duplicata. Esse comerciante tem o direito à declaração judicial da inexistência da dívida consubstanciada naquela duplicata, e por isto promove ação declaratória dessa inexistência.

O fato constitutivo do direito do autor, neste caso, é o não haver efetuado a compra nem recebido a mercadoria. Ao promover a ação declaratória, portanto, a alegação é feita pelo autor como fato constitutivo de seu direito. Mesmo assim, não se pode afirmar que compete ao autor o ônus da prova de não haver efetuado a compra, ou de não haver recebido uma mercadoria, por se tratar de negativa absoluta, cuja prova é impossível.

Por outro lado, não se pode negar a ninguém o direito à afirmação de que não é devedor. Temos todos, portanto, o direito de promover ação judicial declaratória da inexistência de uma dívida, especialmente como forma de afastar a imputação da qualidade de devedor inadimplente. Assim, o fato de não ser devedor pode ser o fato constitutivo do direito do autor, que ao promover uma ação declaratória da inexistência da dívida, afirma-o. Tal afirmação pode ter como fundamento a não realização da compra, e pode ter como fundamento o já ter efetuado o respectivo pagamento. Assim, o ônus da prova pode ser do réu, se o autor limitou-se a fazer uma simples negativa. E pode ser do autor, se este afirmou um fato extintivo do direito do réu.

Neste sentido é a doutrina de Fábio Tabosa que, comentando o art. 333 do Código de Processo Civil, esclarece:

Pode ocorrer, com efeito, de no processo ser o réu quem afirme fatos constitutivos de direito próprio, assumindo o ônus probatório respectivo; figure-se assim o exemplo de uma ação declaratória onde o autor sustente a inexistência de qualquer relação jurídica entre as partes, enquanto o réu na defesa alegue haver compra e venda mercantil a efetivamente vincular o autor em termos obrigacionais. Ainda em termos de ação declaratória negativa, caso o proponente alegue que nada deve porque já pagou o débito, estará na prática alegando como fundamento central de sua pretensão fato extintivo de um direito do réu, e não

obstante será dele, autor, o ônus da prova do fato assim afirmado.<sup>4</sup>

### 3.2. Prova da negativa absoluta

Realmente, a prova de uma negativa absoluta é logicamente impossível, e não é razoável que se exija de alguém aquilo que não pode fazer.

Podemos citar nesse contexto vários exemplos de negativas absolutas, cuja comprovação, por quem alega, é impossível. Eu não compreí, feita por quem é apontado como comprador de determinada mercadoria. Eu não recebi, feita por quem se recusa a aceitar uma duplicata emitida por quem diz e prova haver efetuado a venda de determinada mercadoria. Eu não fiz isto, ou aquilo, e assim por diante. Nesses casos, o ônus da prova compete a quem alega o fato, e não a quem o nega.

### 3.3. O direito à declaração de inexistência da dívida

Ocorre que o direito à declaração da inexistência de uma dívida pode decorrer da não existência do fato gerador dessa dívida, e pode decorrer de um fato que a extinguiu. Por isto mesmo é que, como afirma Fábio Tabosa no trecho acima transcrito, tanto pode o autor da ação declaratória de inexistência de dívida afirmar a inexistência do fato que seria gerador da dívida, como a existência de um fato que seria extintivo da dívida. A diferença resta evidente. No primeiro caso o autor simplesmente nega. Trata-se de negativa absoluta porque o autor não afirma nada. Simplesmente nega. Já no segundo caso o autor afirma, sim, um fato extintivo da dívida. O pagamento, por exemplo. Trata-se da afirmação de um fato, que ao autor cabe provar.

Essa distinção, embora muito simples, parece não ser observada por muitos que escrevem sobre o ônus da prova, que preferem valorizar as condições de autor, e de réu, como partes em um processo, em vez de darem maior ênfase ao que é dito pelo autor, e pelo réu, para, a partir daí, verificarem a qual dos dois cabe o ônus da prova.

### 3.4. Dispositivo legal expreso

Em se tratando de duplicata mercantil relativa à venda de mercadoria que não ocorreu, ou cuja mercadoria não foi entregue, a Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que dispõe sobre as duplicatas, tem dispositivo expreso a dizer que o ônus da prova é de quem afirma, e não de quem nega o fato.

---

<sup>4</sup> TABOSA, Fábio. In MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1003.

Realmente, em seu art. 15, inciso II, alínea “b”, diz que a cobrança judicial de duplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais. Entretanto, quando se tratar de duplicata não aceita, esta deve estar acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria.

Como se vê, temos dispositivo legal expresso estabelecendo que o ônus da prova não é de quem nega, mas de quem afirma o fato. Quem emite a duplicata está afirmando que entregou a mercadoria à qual se refere a duplicata, e somente com a prova documental dessa entrega se faz possível considerar-se existente o título de crédito que o pressupõe.

#### 4. PROVA DA INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA

##### 4.1. O ônus da prova no procedimento administrativo

Situação idêntica pode ocorrer no âmbito do Direito Tributário. Conhecemos caso no qual uma empresa teve contra ela lavrado auto de infração, no qual foi afirmado que a mesma deixara de registrar algumas compras de mercadorias, o que configurava inadimplemento da obrigação acessória de registrar aquelas compras. E como o empresário alegava não haver efetuado aquelas compras, o agente do fisco afirmou que a ela competia o dever de provar o que estava alegando, vale dizer, o dever de provar que não realizara as compras em questão.

É evidente, porém, que o ônus da prova neste caso cabia ao agente do fisco, responsável pela lavratura do auto de infração. Ele é que fez a afirmação da existência dos fatos, vale dizer, da realização das questionadas compras. A ele, portanto, cabia o ônus de produzir a prova correspondente.

No procedimento administrativo fiscal um outro aspecto pode ser questionado, que é a presunção de validade dos atos administrativos.

A Constituição Federal assegura a todos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além da legalidade, princípio segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, quando alguém se vê obrigado a fazer alguma coisa em face de um ato administrativo, coloca-se a questão do dever de motivação como condição de validade deste.

Realmente, é na motivação do ato administrativo que a autoridade coloca os fatos em face dos quais o praticou. Assim, no contexto da presunção de veracidade do ato administrativo não podemos esquecer o dever de motivação, que está diretamente relacionado à questão da prova. E seria absurdo admitir-se que a presunção de veracidade afasta a necessidade de comprova-

ção dos fatos apontados como pressupostos para a prática do ato administrativo.

Neste sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina:

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porque' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.<sup>5</sup>

Assim, ao lavrar um auto de infração, a autoridade administrativa tem o dever de motivar o seu ato. Não basta dizer que o autuado auferiu rendimentos e não declarou. Ou que violou determinada regra da lei tributária e por isto submete-se a determinada penalidade. É necessário que diga qual foi o fato por ela considerada como obtenção de rendimentos. Ou qual foi o fato por ela considerado como violador da regra legal. Esse dever de motivar o ato administrativo, vale dizer, o auto de infração, não está em conflito com a presunção de veracidade exatamente porque tal presunção de veracidade diz respeito aos fatos afirmados em sua fundamentação.

Por outro lado, a presunção de veracidade do que é afirmado pela autoridade no auto de infração há de ser vista em consonância com o princípio da legalidade tributária, de sorte que, mesmo sem oposição do contribuinte, a autoridade julgadora poderá decidir por sua invalidade.

#### 4.2. O auto de infração e o ônus da prova

No auto de infração a que nos referimos, no qual é afirmado que o contribuinte deixou de cumprir uma obrigação tributária acessória porque deixou de escriturar a compra de determinadas mercadorias, a afirmação do fato compra não escriturada é feita pelo agente público, que tem, portanto, o ônus de fazer a prova correspondente.

O contribuinte, que nega esse fato, não tem o ônus de fazer a prova de uma negativa absoluta. Aliás, se não fosse assim, qualquer agente fiscal poderia lavrar autos de infração contra as empresas em geral, e estas não teriam nunca como demonstrar a improcedência de tais autos de infração.

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 113.

## 5. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

### 5.1. Contextos onde são muitas vezes colocadas

Diz-se que há uma *questão de fato* quando a divergência entre as partes diz respeito aos fatos, considerados em sua pura faticidade. Decorre do fato em si mesmo, independentemente do significado que lhe possa dar a regra jurídica. Diz-se que há uma questão de direito quando a divergência entre as partes diz respeito não ao fato em si mesmo, mas a seu significado jurídico, vale dizer, ao significado que ao fato é dado pela regra jurídica.

Essa distinção, que à primeira vista parece muito clara, às vezes é sutil, como ocorre quando se trata de divergência em qualificar-se uma entidade como *sem fins lucrativos*. Assim, quanto essa divergência situa-se em saber se a entidade efetuou, ou não efetuou distribuição de lucro, podemos dizer que se trata de uma questão de fato. Entretanto, quando a divergência situa-se em saber se determinado fato que é incontroverso configura, ou não, uma distribuição de lucros, essa questão pode ser uma *questão de direito*.

A distinção entre a questão de fato e a questão de direito se mostra com grande importância prática sobretudo quando se cogita do cabimento, ou não, de um recurso especial, ou de um recurso extraordinário, como a seguir será demonstrado.

### 5.2. Cabimento de REs e de RE

Quanto ao cabimento do Recurso Especial, a vigente Constituição Federal estabelece que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal<sup>6</sup>. E quanto ao cabimento do Recurso Extraordinário, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quanto a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição; ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Constituição Federal de 1988, art. 105, inciso III.

<sup>7</sup> Constituição Federal de 1988, art. 102, inciso III.

Vê-se, assim, que o cabimento do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário ocorre quando é decidida questão de direito, e não quando é decidida questão de fato. Este é o entendimento pacificamente adotado pela jurisprudência.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, como a questão de saber a quem cabe o ônus da prova pode ser colocada em um processo no qual a parte vencida queira esgotar todas as instâncias, é importante sabermos se a mesma é uma questão de fato ou uma questão de direito.

Pelo que foi visto neste pequeno estudo, podemos afirmar que a questão de saber a quem compete o ônus da prova é uma questão de direito, e enseja, portanto, a interposição de recurso especial, ou extraordinário conforme o contexto no qual seja colocada.

## REFERÊNCIAS

BIELSA, Rafael. **Los conceptos jurídicos y su terminología**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

MALATESTA, Nicolas Framarino. **Lógica de las pruebas en matéria criminal**. Colômbia: Temis, 1997, tomo I.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



# PRECARIEDADE NA SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL: APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Janaína Rigo Santin\**  
*Katiane Scharlesi Gehlen dos Santos\*\**

## **Resumo**

Este artigo discute a problemática existente na prestação de serviços públicos essenciais a todos os cidadãos, em especial ao direito fundamental social à saúde, assegurado e defendido constitucionalmente. Também é abordada a incidência do terceiro setor e da terceirização nos serviços de caráter essencial, como forma de suprir a demanda incessante por esses direitos, com base nos princípios da administração pública, dando ênfase ao seguinte questionamento: até que ponto os serviços públicos municipais satisfazem as necessidades da coletividade atinentes à saúde pública e qual o limite para que os cidadãos possam exigir o cumprimento dos seus direitos fundamentais, invocando o Código de Defesa do Consumidor nas suas relações com o poder público local? O método adotado será o dialético, tendo-se como objetivo geral analisar os serviços públicos essenciais, em especial a saúde, como meio de garantia constitucionalmente fundamentada, estabelecendo assim as possibilidades e as limitações de incidência do CDC nos serviços públicos.

## **Palavras-chave**

Serviços públicos. Direito fundamental à saúde. Código de Defesa do Consumidor.

## **Abstract**

The subject of this paper is the problematic existent about the assist of the essential public services for each and all citizens, in special the basic right to health, assured and protected constitutionally. Too is mentioned the incidence of the third sector and the third party of the essential services, like form to help incessant lawsuit for this rights based on the beginning of the public management with accent in this question: the municipal public services are satisfactory for all needs of the collectivity, who needs the public health and what is the limit of the citizen be able to require his fundamental rights using the Consumer Protection Code, opposite to the public power? The adopt method is the dialectic and the central objective is analyze the essential

---

\* Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa – Bolsista CAPES; Doutora em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela UFSC; Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História da UPF.

\*\* Acadêmica do Curso de Ciências jurídicas e sociais da Universidade de Passo Fundo e bolsista PIBIC-UPF de pesquisa, cursando o 8º nível. *E-mail:* 102587@upf.br.

public services in the special constitutional right to health and see the possibility and restrictions of the CDC in the public services.

**Keywords**

Public Services. Health Fundamental Right. Consumer Protection Code.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei n. 8078/90, é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que busca tutelar os interesses de toda a coletividade no que tange à relação entre consumidores e fornecedores. Porém, a sua abrangência é limitada no que tange aos serviços públicos de saúde, principalmente pela dificuldade de se dar um olhar público a uma matéria que tradicionalmente é vista sob o enfoque privatístico. Enfim, é uma área que ainda se encontra em construção, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente.

As relações de consumo são cada vez mais frequentes, tanto no âmbito privado quanto no público e, como tal, o Estado, por meio de seu ente mais próximo do cidadão, que é o município, deve-se adequar, para buscar atender a essa demanda da melhor forma possível, satisfazendo os interesses individuais e também os coletivos.

A problemática existente na saúde brasileira é muito preocupante quando se trata de direitos fundamentais, tendo em vista que inúmeras pessoas sofrem com o descaso do poder público nesse setor: as filas são imensas, a espera é incessante e a esperança de que a situação melhore é mínima. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) pode ser uma nova maneira de mudar essa realidade brasileira, uma vez que, diante da sua incidência, o poder público deverá buscar minimizar os impactos negativos decorrentes da má prestação do serviço público de saúde, evitando, portanto, medidas mais severas e específicas das relações de consumo.

## 2. DEFINIÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO BRASILEIRO

A noção de serviço público tem variado no tempo e no espaço. A evolução econômica, social e jurídica acarreta transformações importantes na própria caracterização das atividades que devem ser prestadas pelo Estado, que deverá preocupar-se em prestar um serviço “ao público”, e não apenas tratar dos serviços públicos como algo burocrático ou administrativo.

Parte-se do pressuposto de que serviço público é toda atividade prestada por um ente dotado de fé pública, buscando resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, de modo a prestar a sua função da melhor forma

possível. Atende-se, assim, aos interesses dominantes da sociedade, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público<sup>1</sup>.

Um ponto importante nessa definição é o termo "regime de direito público" que se dá com base na submissão aos princípios constitucionais elencados no artigo 37, ou seja, legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, gerando, assim, a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral diante do Estado. Isso tendo em vista que o poder público, na sua essência, deve assegurar a satisfação dos direitos fundamentais e a realização da democracia no espaço local, de modo que todo serviço público sempre será essencial para uma ideal vivência em sociedade.

Tal concepção ainda elenca em si o fato de que o conceito de serviço público está intimamente ligado ao conceito de direito fundamental, uma vez que para a satisfação dos direitos fundamentais é necessária a boa execução dos serviços públicos. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

O direito público está atrelado à satisfação dos preceitos constitucionais que garantem os direitos fundamentais aos brasileiros, partindo sempre da dignidade da pessoa humana, ou seja, o poder público é o ente responsável por todos os preceitos constitucionais de garantia estendidos a todos os cidadãos<sup>2</sup>.

Diante de tal conceito, pode-se observar, ainda, a extensão da problemática existente hoje no Brasil, principalmente com as populações mais humildes que dependem do setor público para satisfazer as suas necessidades pessoais. De um lado o direito e de outro a obrigação em satisfazer esse direito. Certamente deveria prevalecer o que preceitua a Constituição Federal, o que nem sempre acontece, tendo em vista a precariedade e a banalização do setor público de saúde.

No tocante à satisfação das necessidades do cidadão, o serviço público poderia ser analisado em três sentidos distintos: o orgânico, o formal e o material. Em relação ao sentido orgânico, também conhecido por subjetivo, que se caracteriza por ser a união de órgãos, servidores e recursos do poder público, com o fim específico de satisfazer as necessidades dos administrados.

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 671.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 65.

No sentido material, também denominado objetivo, o serviço público é uma atividade, uma designação, um ônus da administração pública, buscando suprir os interesses gerais dos administrados. Já em relação ao conceito formal de serviço público, pode-se afirmar que corresponde a toda função realizada pelo poder público ou seu representante legal, sob as regras de direito comum, inclusive sob a influência do Código de Defesa do Consumidor, visando à satisfação das necessidades dos cidadãos. Em suma, nas palavras de Diógenes Gasparini, é a submissão de determinada atividade a um regime de direito público<sup>3</sup>.

O próprio conceito de serviço público traz na sua essência o respeito às necessidades do cidadão e o compromisso dos representantes em prestar um serviço adequado para todos, ficando inclusive condicionado às penalidades constantes na lei. Portanto, o serviço público deveria servir de referência para os particulares, o que não ocorre na prática, colocando os administrados em situação de vulnerabilidade e descrédito para com o Estado.

Tal fenômeno acarreta inúmeros problemas entre o poder público e a população, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal, por meio dos princípios constitucionais de garantia, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o do direito à saúde. Não obstante, pode-se destacar, ainda, a existência de princípios específicos do serviço público, quais sejam: princípio da continuidade, princípio da igualdade ou uniformidade, princípio da neutralidade, princípio da mutabilidade ou adaptabilidade, princípio da generalidade ou universalidade, o princípio da modicidade tarifária, princípio da adequação do serviço, princípio da transparência e participação do usuário e, por fim, princípio da ausência de gratuidade.<sup>4</sup>

Os princípios elencados acima e que serão posteriormente explanados possuem validade em todo o território nacional e protegem a todos os cidadãos, de modo que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado na prestação dos serviços públicos essenciais à vida humana, como bem afirma Alexandre de Moraes: “A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”<sup>5</sup>.

Nessa mesma acepção, entende-se que o Estado, como garantidor desses serviços, deve sempre buscar a melhor prestação possível pelos seus órgãos, uma vez que, além de garantidores da eficácia do ordenamento jurídi-

---

<sup>3</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 293.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 488-492.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S. A. 27 ed., 2011, p. 39.

co, tais princípios norteiam toda a base doutrinária nacional e internacional e, quando bem trabalhados, proporcionam aos seus usuários sentimentos como de satisfação e cumprimento do dever do Governo e da Administração Pública brasileira.

## 2.1. A incidência de princípios constitucionalmente garantidos na saúde pública

A questão da saúde é, segundo doutrinadores, um dos setores que apresenta a maior crise quanto à prestação de serviços públicos, uma vez que embora tenha *status* de direito social fundamental no ordenamento jurídico nacional, não possui o tratamento adequado pelos órgãos responsáveis. Isso acaba por gerar inúmeros descontentamentos por parte dos usuários do setor, principalmente por, muitas vezes, não possuírem outra fonte para suprir a sua necessidade. O poder público deve, em razão disso, em toda sua abrangência, promover políticas públicas que busquem resolver a problemática social existente, como refere Mariana Siqueira de Carvalho: “A implementação do direito à saúde vincula-se intrinsecamente a elaboração e realização de políticas públicas”<sup>6</sup>.

O poder público, em consonância com os seus órgãos municipais, que são os setores que se encontram em contato direto com os cidadãos, precisa buscar satisfazer as necessidades da sua população. E deve ser assim, uma vez que as condições variam demasiadamente dentro do território nacional. O ideal seria a elaboração de um estudo sistemático de todas as regiões para então se definirem as tão almeçadas políticas públicas que busquem o bem-estar de toda a população brasileira.

No que tange aos princípios que norteiam o serviço público, independentemente se a sua prestação ocorrer por pessoa pública ou privada, vale lembrar-se da incidência de um regramento próprio que assegura identidade específica a este instituto do Direito em consonância aos direitos fundamentais, como afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Os denominados ‘princípios dos serviços públicos’ são, em verdade, princípios que norteiam todas as atividades administrativas. Isto porque toda e qualquer atividade administrativa deve atender, necessariamente, o interesse público, o que pressupõe uma atuação conforme os princípios fundamentais<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Mariana Siqueira de, A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de direito sanitário*, São Paulo, vol. 4, n. 2, jul. 2003, p. 25.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Bahia, n. 25, fevereiro, março, abril. 2011, p. 9.

Tal afirmação pressupõe que os serviços públicos estão estritamente ligados à satisfação dos direitos fundamentais, tendo em vista que devem buscar o bem-estar do cidadão dependente desse auxílio. E, conseqüentemente, aos Governantes e à Administração Pública cumprirem o seu papel enquanto poderes públicos instituídos, que consiste basicamente em gerir recursos da melhor maneira possível para suprir todos os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Para tanto, o poder público baseia-se em um rol específico de regramentos, como por exemplo, o princípio da continuidade nos serviços públicos essenciais, que consiste na não interrupção da prestação em determinados setores, tendo em vista que as necessidades da coletividade continuam persistindo e o Estado, como garantidor dessas, deverá atender a todos os seus administrados<sup>8</sup>.

Como resultado da necessidade de continuidade do serviço público, prepondera a regularidade na sua prestação. O prestador do serviço, seja o Estado, seja o ente privado, deve prestar o serviço adequadamente, em conformidade com as normas reguladoras e, no caso dos concessionários, com respeito às condições constantes no contrato de concessão, ou seja, a continuidade pressupõe a regularidade, pois seria inadequado exigir que o prestador realizasse um serviço irregular.

Em conformidade com o ordenamento jurídico existente, tem-se a incidência do princípio da igualdade ou uniformidade ou neutralidade nas relações que envolvam serviço público, caracterizando-se como ações revestidas pela impessoalidade. Além disso, o poder público e seus órgãos delegados devem prestar as suas atividades de maneira nivelada, de modo a suprir as condições técnicas e jurídicas de todos os seus dependentes, sem qualquer espécie de distinção pessoal.

Destarte, tal princípio deve ser compreendido com base na proporcionalidade, tendo em vista que, quando se fala em igualdade, logo se associa a ideia de tratamento igual para os iguais, e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade, buscando, assim, respeitar os direitos fundamentais de ambos os lados. De nada adianta assegurar o direito de um administrado e violar o direito de outros. Para isso existe a isonomia, como meio alternativo de garantir a eficácia de todos os preceitos constitucionais<sup>9</sup>.

Contudo, por vezes tal princípio perde a sua eficácia na prática, tendo em vista que dentro do próprio sistema são criados privilégios para algumas pessoas, até pelo fato de conviverem com os servidores responsáveis pela

---

<sup>8</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Flavia de Paiva Medeiros de; SILVA, Francisco de Moraes. A judicialização dos direitos fundamentais: o papel do STF na concretização do direito à saúde no Brasil. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2011, Vitória – ES. p. 10.

prestação do serviço, ocasionando um verdadeiro mercado de favores dentro do setor público. Isso faz com que os cidadãos que mais necessitam de atendimento não consigam ter as suas necessidades atendidas ou, quando conseguem, é tarde demais.<sup>10</sup>

Atrelado ao princípio da igualdade surge o princípio da generalidade, pressupondo que o atendimento do serviço público beneficie o maior número possível de pessoas, devendo ser igual para todos, sem qualquer discriminação.<sup>11</sup> Nesse passo, o Estado, como garantidor do serviço, tem a obrigação de promover políticas públicas que visem a suprir as necessidades de todas as pessoas que ainda não receberam o serviço de maneira adequada. No que tange à saúde, tal princípio ganha ainda mais força por estar expressamente previsto no artigo 196, caput da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Tal dispositivo concretiza o que preceitua o princípio explanado, uma vez que, em complemento ao princípio da igualdade, o da generalidade busca suprir os interesses da coletividade, não fazendo distinção alguma entre os usuários dependentes ou não do serviço. Esse preceito constitucional caracteriza-se, inclusive, como norma de eficácia plena, tendo em vista que possui todos os atributos indispensáveis para a sua aplicação de forma imediata e direta.

Em consonância com o princípio da generalidade, apresenta-se o princípio da modicidade, caracterizando-se pelo fato de que não há uma norma específica que discipline a obrigatoriedade na gratuidade de serviços públicos. Sendo assim, essa possibilidade é uma opção do poder público, fundamentada em pelo menos dois aspectos, dos quais o primeiro é relacionado ao fato de que a Constituição Federal regulamenta que determinados serviços públicos deverão ser gratuitos. O segundo aspecto diz respeito à incidência do regime de concessões e permissões no serviço público, como meio alternativo de prestar assistência, mas normalmente oneroso para o Estado, como coloca Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

---

<sup>10</sup> Sobre os aspectos clientelísticos na gestão administrativa brasileira, ver o seguinte texto: SANTIN, Janaína. A Noção Histórica do Poder Local no Brasil e o Princípio da Participação. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09\\_145.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09_145.pdf)>. Acesso em: 23 mai. 2013; SANTIN, Janaína; FAVERZANI, Alex. Coronelismo e Poder Local no Brasil: uma análise histórica. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3164.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2013.

<sup>11</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 302.

A inexistência do dever geral de gratuidade e a possibilidade de remuneração dos serviços públicos são justificadas por, pelo menos, duas razões: a) a concessão e a permissão de serviços públicos pressupõem remuneração do delegatário que, normalmente, é efetivada por tarifa e b) a Constituição apenas exige gratuidade para determinados serviços públicos (exs. serviço público de ensino — art. 206, IV da CRFB; transporte público para o idoso — art. 230, § 2º da CRFB), admitindo, ainda que implicitamente, a cobrança pelos demais serviços<sup>12</sup>.

A cobrança implícita aludida pelo autor corresponde aos serviços públicos remunerados por meio de taxas ou tarifas, já que o pagamento pelo administrado pode não ser realizado no momento da prestação do serviço, mas sim por meio de outros meios que são imperceptíveis ao consumidor. O importante nesse princípio é sempre lembrar que o valor cobrado do usuário deve ser proporcional ao serviço a ele prestado, criando-se um sistema equilibrado de cobrança por parte do poder público e de utilização do serviço por parte do particular.<sup>13</sup>

Ainda dentre os princípios que regem os serviços públicos tem-se o princípio da mutabilidade ou da atualidade, que se distingue dos demais por preocupar-se especificamente com a necessidade de atualização do poder público. Essa preocupação leva ao fornecimento de condições cada vez mais adequadas aos seus usuários, proporcionando conforto e qualidade na prestação de serviços públicos e, concomitantemente, impedindo a deterioração pelo decurso de tempo.<sup>14</sup> É o que dispõe o artigo 6º, § 2º, da Lei n. 8.987/95, que informa que a atualidade “compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. A importância desse princípio resume-se ao fato de que, no caso de o Estado não ter condições financeiras e ou profissionais de realizar reparos necessários à manutenção do serviço público, ele poderá criar prerrogativas por parte da administração em contratos de concessão, podendo inclusive alterar unilateralmente cláusulas contratuais por interesse público. Em todos os casos, porém, sempre deverá ser observado o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Bahia, n. 25, fevereiro, março, abril. 2011, p.11.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Bahia, n. 25, fevereiro, março, abril. 2011, p. 12.

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 490.

<sup>15</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130-131.

### 3. A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E AS FORMAS PELAS QUAIS O SERVIÇO PÚBLICO PODE GARANTIR ESSE DIREITO

O direito à saúde, garantido nos artigos 6º, 194 e 196 da Constituição Federal, pressupõe que esse é um direito de todos os cidadãos amparados pela Carta Magna, e que compete ao Estado a prestação adequada desse serviço. E isso deve ser feito observando-se as novas regras de saúde pública, que disciplinam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Deixa-se de lado a ultrapassada ideia que se tinha antes de 1988, de que o direito tão fundamental à saúde somente era trabalhado quando o cidadão estava efetivamente doente e não com medidas de prevenção, como ocorre nos dias de hoje.

A Segunda Guerra Mundial foi um marco indispensável para a valorização dos direitos humanos, em especial a saúde, pois, conforme disposto no artigo 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos, a saúde precisaria estar associada a uma boa alimentação, à moradia, a um trabalho, enfim a um meio ambiente favorável à sua defesa e conservação.

O caminho para tornar a saúde um direito fundamental social foi longo, passando por diversas fases de mudanças e conquistas, para, enfim, em 1988 consolidar-se de acordo com a sua relevância.

Segue, abaixo, pontual e breve histórico da saúde pública conforme o tratamento constitucional que lhe fora dado, desde 1934:

a. Constituição Federal de 1934 — Foi a primeira constituição que trouxe o direito fundamental associado ao direito do trabalhador.

b. Constituição de 1937 — Preocupou-se com a saúde da criança.

c. Constituição de 1946 — A saúde deveria ser tratada pela União Federal. Regra de repartição de competência.

d. Constituição de 1988 — A saúde encontrou o seu ápice, ganhou contornos de direito fundamental do indivíduo. No artigo 6º da Constituição Federal, foi consagrado como direito fundamental e reconhecido como um direito social. Foi atribuído sentido amplo ao direito fundamental à saúde, resultando em uma relação simbiótica de direitos fundamentais, como define Mariana Siqueira de Carvalho:

Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 definiu um arcabouço jurídico para a promoção imediata do direito à

saúde, deixando apenas alguns pontos para serem conformados pela legislação infraconstitucional<sup>16</sup>.

Para tanto, buscando concretizar todos esses preceitos constitucionais relacionados à saúde, o ordenamento jurídico brasileiro criou meios realizadores ou garantidores da sua implementação. E o fez distribuindo normas de competência de caráter exclusivo para cada órgão do poder público, de modo que, embora a saúde seja preocupação de todos os entes da federação, existem setores específicos para fazer valer o direito dos brasileiros a uma saúde de qualidade para todos.

### 3.1 A criação do Sistema Único de Saúde como meio alternativo de garantir o direito fundamental social à saúde e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana

A implementação do direito à saúde vinculou-se necessariamente à elaboração e à criação de um sistema coordenado pelo poder público, em detrimento do particular, denominado Sistema Único de Saúde. Conforme preceitua o artigo 198 da Constituição Federal, o atendimento deve ser descentralizado, integral e que conta com a participação da comunidade em geral, de modo que tal sistema visa a estabelecer diretrizes para todos os órgãos relacionados à promoção da saúde, resultando em um atendimento integral e igualitário para todos os níveis governamentais, como refere Mariana Siqueira de Carvalho: “O sistema é denominado ‘único’ porque as diretrizes e princípios estabelecidos na Constituição devem ser seguidos de forma unívoca pelas três esferas de governo”<sup>17</sup>.

Tal concepção remete ao fato de que devem ser seguidos os princípios aplicáveis aos serviços públicos, analisados sob o viés administrativo, em especial ao princípio da universalidade, uma vez que o serviço deve ser distribuído de forma igualitária para todos os cidadãos, independentemente da região em que vivem, classe social ou mesmo condições financeiras. Dessa maneira, o serviço torna-se único em toda a sua extensão. Contudo, não basta ser abrangente, devendo ter sua eficácia alcançada, ou seja, além da extensão territorial, devem ser prestadas atividades de qualidade, empenhadas na satisfação das necessidades de todos e que busquem o bem-estar da coletividade e o consequente respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, em especial o direito à saúde, que é o foco deste estudo.

A grande problemática existente consiste no fato de que os recursos orçamentários são muito limitados, sendo essa uma adversidade não somen-

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Mariana Siqueira de, A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de direito sanitário*, São Paulo, vol. 4, n. 2, jul. 2003, p. 25.

<sup>17</sup> CARVALHO, Mariana Siqueira de, A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de direito sanitário*, São Paulo, vol. 4, n. 2, jul. 2003, p. 26.

te brasileira, mas universal, tendo relevância até mesmo nos países economicamente desenvolvidos. São necessários recursos adequados para uma boa gestão pública, em especial no que tange à saúde, que é um dos setores mais onerosos da administração. Porém, sendo elencada como direito social fundamental, a saúde deverá ser propiciada pelo poder público, independentemente do seu retorno, não podendo o Estado abster-se de atender às necessidades do cidadão alegando a incidência de seus interesses ou do princípio da reserva do possível, por exemplo.<sup>18</sup>

Ao se violar o direito à saúde, há a violação direta à dignidade da pessoa humana, que é o ápice do ordenamento jurídico, nas palavras de Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira e Francisco de Morais Silva:

Dignidade da pessoa humana veicula, entre outros, o seguinte valor: todo ser humano é uma pessoa, dotado de personalidade, com direitos e deveres, membro da sociedade em que vive e merecedor de uma existência humana, e não subumana. Esta afirmação implica disponibilização, a cada pessoa, de condições mínimas de sustento próprio e de relacionar-se com a sociedade em que vive<sup>19</sup>.

A proteção da saúde deve ser analisada sob o ângulo constitucional, buscando sempre a satisfação dos interesses da coletividade e do direito material substancial ali existente, de modo que os usuários desse sistema possam ter os seus direitos assegurados na prestação dos serviços públicos. O direito à saúde é muito mais abrangente que todos os outros direitos sociais e como tal deve ser analisado e tratado com a devida seriedade nele presente, tendo em vista que, como colocado pelos doutrinadores acima, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana que é o que norteia o ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal previu normas suficientemente embasadas para que a saúde cumpra o seu papel social de propiciar bem-estar e segurança aos administrados, de modo que possa se efetivar de forma concreta o cumprimento dos direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos. Para tanto, adotou-se o modelo de gestão plena, que consiste na entrega da verba destinada à saúde para a maioria dos municípios brasileiros, que devem realizar a distribuição dos recursos entre as unidades de saúde que mais necessi-

---

<sup>18</sup> Sobre o assunto ver: NUNES, Alexandra Santana; ALAPANIAN, Sílvia. O uso do princípio da reserva do possível e a política de saúde. **Serviço Social em Revista**. v. 12, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/7582/6666>. Acesso em 23 mai. 2013.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Flavia de Paiva Medeiros de; SILVA, Francisco de Morais. A judicialização dos direitos fundamentais: o papel do STF na concretização do direito à saúde no Brasil. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2011, Vitória – ES. p. 194.

tam e os hospitais conveniados, que aplicam o auxílio de acordo com a necessidade apresentada pela população<sup>20</sup>.

A partir dessa concepção, pode-se levantar o seguinte questionamento: até que ponto os municípios aplicam adequadamente os recursos investidos na saúde e qual o critério utilizado na definição das prioridades nessa área? A problemática nessa questão é clara e precisa: muitas vezes o investimento não chega ao seu destino final, perdendo-se pelo caminho e resultando no conhecido “caos” já instalado na saúde pública, pelo simples fato de que não houve a devida fiscalização necessária que impedisse tal acontecimento.

Essa prática é algo cada vez mais constante nos Estados e especialmente nos Municípios. As notícias são diárias e a indignação cada vez maior, com uma saúde prestada de forma insuficiente e precária. Percebe-se que, pela ausência de fiscalização e pela presença da corrupção na gestão da saúde o cidadão sai prejudicado e não tem o seu direito fundamental atendido.

### 3.2. A ingerência do terceiro setor na prestação do serviço público de saúde como forma de satisfazer as necessidades dos administrados.

Com previsão específica na Constituição Federal e na Lei 8080/90, que dispõe sobre a organização do Sistema Único de Saúde, há a regra que dispõe que, em situações nas quais os serviços públicos não forem suficientes para garantir a cobertura aos cidadãos de determinada circunscrição, poderá o poder público recorrer à iniciativa privada, preferencialmente as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, como Organizações Sociais ou Organizações Não-Governamentais (OS ou ONGs). Isso caracteriza a incidência do terceiro setor como forma de garantir a acessibilidade de todos aos serviços públicos essenciais, em uma parceria poder público-iniciativa privada.

Esse modelo de prestação de serviços correspondente ao terceiro setor que pode ser subdividido em dois distintos grupos: o primeiro corresponde a entidades que complementam a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos; e o outro, de cunho um pouco mais restrito, como o modelo que busca a promoção de atividades em prol de interesses difusos ou coletivos. Diante dessa subdivisão conceitua-se terceiro setor como o “Conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou prestem serviço de direito público”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> CHENSO, Marina Benedetti Zuan; BOSSOLI, Kempfer Marlene. O direito social fundamental à saúde: responsabilidade (extra) contratual do Estado e terceiro setor. In: **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010, Florianópolis. p. 7680-7681.

<sup>21</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama Histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 175.

Tal conceito é muito conflitante entre os doutrinadores brasileiros, principalmente pelo fato de que o terceiro setor acaba sendo utilizado pelo Estado para delegar funções que são de sua responsabilidade e que, na maioria das vezes, estão elencadas juntamente com a satisfação de direitos fundamentais. Não obstante, geram o interesse negocial por parte do setor privado, de modo que podem resultar em práticas de corrupção e desvio de verbas destinadas a suprir essas necessidades<sup>22</sup>.

Cabe ressaltar ainda uma outra modalidade de transferência para a iniciativa privada da prestação do serviço público de saúde também utilizada pelo poder público que é a terceirização. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “terceirização consiste num contrato de prestação de serviços por meio do qual um sujeito transfere a outrem o dever de executar uma atividade determinada, necessária à satisfação de um dever.”<sup>23</sup> Trata-se de um contrato de prestação de serviços que transfere para terceiros a atribuição da prestação de um serviço que estava a cargo do poder público.

Esse modelo de trabalho é adotado na prestação dos mais diversos serviços públicos. Mas, em especial quando se trata de saúde, possui ampla conexão, principalmente pela incidência da complexidade de procedimentos a serem realizados em determinados casos, como colocam Marina Zuan Benedetti Chenso e Marlene Kempfer Bossoli:

Na área da saúde, no entanto, a cooperação técnica e financeira com instituições privadas sem fins lucrativos, para o atendimento médico, fez-se por meio de convênios ou contratos administrativos, em razão de não haver homogeneidade na natureza jurídica das instituições. Incluem-se no sistema de execução do serviço, em suas diversas áreas, hospitais filantrópicos, além da esfera pública por meio da administração indireta<sup>24</sup>.

Assim, no que tange ao direito fundamental à saúde, ocorre a realização das atividades a partir de uma parceria entre o poder público e a iniciativa privada, formalizada por alguns instrumentos jurídicos específicos, de modo a que a iniciativa privada complemente o trabalho do setor público que, pela ausência de estrutura adequada, precisa delegar os seus serviços.

A grande crítica existente corresponde ao fato de que os serviços passíveis de serem terceirizados seriam aqueles correspondentes a atividades-meio e não atividades-fim, que é o que normalmente acontece na prática,

---

<sup>22</sup> Nesse sentido ver VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 552.

<sup>24</sup> CHENSO, Marina Benedetti Zuan; BOSSOLI, Kempfer Marlene. O direito social fundamental à saúde: responsabilidade (extra) contratual do Estado e terceiro setor. In: **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010, Florianópolis. p. 7684.

devido ainda ser compreendido como uma forma de prestação de serviços provisória e não permanente. Ela deveria ser utilizada apenas em situações excepcionais, buscando um atendimento adequado aos usuários do Sistema de Saúde Pública.

#### 4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO ESSENCIAL PARA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: NORMATIVIDADE VERSUS APLICAÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, norma de caráter público, foi inserido no ordenamento jurídico pela necessidade apresentada nas relações de consumo, em que o consumidor, figura hipossuficiente na relação, acabava por sair prejudicado pelo fornecedor na maioria das vezes. Isso, aliás, levou o legislador a inserir já na Constituição Federal um dispositivo específico que contemplasse essa situação, que é o artigo 5, inciso XXXII, que afirma que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Ademais, com o aumento da repetição dessa prática abusiva, promulgou-se a Lei n. 8.078/90 intitulada Código de Defesa do Consumidor, que busca regular as relações de consumo e coibir questões até então prejudiciais para os usuários. Seu fim especial é regular, de forma precisa, efetiva e específica à proteção do consumidor nas relações de consumo, juntamente com a intervenção do Estado neste assunto tão debatido por doutrinadores e jurisprudência em geral<sup>25</sup>.

Importante ressaltar que tal matéria de direito é de suma importância social e jurídica, tendo em vista que as relações de consumo são cada vez mais frequentes entre as pessoas, fato que impulsionou o Estado a regular tal situação, elevando as questões consumeiristas como de ordem pública e de interesse social. Assim, sua recepção nos contratos entre particulares e poder público é obrigatória, deixando de ser uma faculdade das partes observá-las ou não, ou seja, celebrado o contrato, este deverá ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

##### 4.1. A incidência de valores constitucionalmente garantidos na prestação dos serviços públicos e os princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal sendo o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros dispositivos, faz referência à proteção dos direitos do consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII, alertando sobre a necessidade de normas que regulamentem esses interesses, como forma de garantir a efetivação de direitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, que

---

<sup>25</sup> GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos educacionais*. Passo Fundo: UPF editora, 2005. p. 35.

se encontra diretamente atrelado aos princípios específicos do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange ao conjunto de princípios dispostos no Código de Defesa do Consumidor, elencados nos artigos 1º ao 7º, pode-se extrair a ideia de que, como no caso dos serviços públicos, tais fontes normativas servem de apoio para a aplicação da norma ao caso concreto, buscando o respeito ao consumidor e a satisfação dos direitos fundamentais decorrentes das relações de consumo.

O artigo 1º pressupõe a essência do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que, além do fundamento constitucional dessa lei, também fornece as diretrizes a serem seguidas por consumidores e fornecedores nas mais variadas formas de relações consumeristas. Em razão da natureza jurídica dessas normas — que são de ordem pública e de interesse social —, elas podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Já os artigos 2º e 3º conceituam o que são fornecedores e o que são consumidores na relação de consumo, sendo tal definição também de suma importância para a análise correta do caso concreto.

No que tange aos princípios do direito do consumidor, pode-se elencar o artigo 4º como o norteador dessa fonte, uma vez que traz explicitamente princípios como o da vulnerabilidade, o da boa-fé objetiva, o da harmonia e o da transparência nas relações de consumo. O princípio da vulnerabilidade consiste no reconhecimento do consumidor como parte hipossuficiente na relação de consumo, conforme Plínio Lacerda Martins: “Vulnerabilidade do consumidor constitui a viga mestre. A priori todos os consumidores são vulneráveis, tratando de uma presunção e não de uma certeza”<sup>26</sup>.

Destarte, a vulnerabilidade é o fundamento central do Código de Defesa do Consumidor, sendo precedido pelo princípio da boa-fé objetiva, tipificado no artigo 4º, inciso III. Este último basicamente reitera a importância de as partes agirem de forma leal nas relações de consumo e na celebração de negócios jurídicos em si, de modo que busquem alegar a verdade de todos os fatos envolvidos e o respeito à outra parte da relação. Trata-se do agir com transparência, probidade, lealdade e equidade durante a prática dos atos, buscando sempre evitar a atos contrários à boa fé objetiva.<sup>27</sup>

Pode-se destacar, ainda, a incidência de outros princípios que regulam as relações de consumo, como o da proibição da cláusula abusiva, buscando mais uma vez resguardar o consumidor que é a parte mais vulnerável do

---

<sup>26</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. **Princípios gerais nas relações de consumo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104.

<sup>27</sup> Nesse sentido ver COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

contrato. Além disso, tem-se a presença de princípios de ordem processual, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e da inversão do ônus da prova, muito discutidos pela doutrina, mas que buscam apenas assegurar a igualdade entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 4º, fixou princípios a serem respeitados

quando da interpretação e aplicação de suas normas, prescrevendo entre eles o da racionalização e melhoria dos serviços públicos (inciso VII). Ainda, o art. 6º, X, assegurou, como direito básico do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Já o art. 22 prescreveu obrigações aos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, permissionárias e concessionárias, determinando o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, prescrevendo em seu parágrafo único que nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.

Por sua vez, a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, expressamente impõe a incidência das previsões do Código de Defesa do Consumidor na prestação do serviço público, ao prescrever (art. 7º) os direitos e obrigações dos usuários, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078/90, fixando, entre eles, o direito de receber serviço adequado; de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; de obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços; de levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, ao mesmo tempo em que devem comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pelas concessionárias.

Finalmente, importa salientar a Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de Telecomunicações e fixa, entre outros princípios a serem respeitados o princípio da defesa do consumidor. E a lei 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional e prevê em seu artigo 1, inciso III ser objetivo desta política proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

#### 4.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no serviço público de saúde: limites e possibilidades

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação dos serviços públicos de saúde é uma matéria muito controvertida, tanto no ordenamento jurídico quanto na jurisprudência, não configurando um en-

tendimento pacífico nesse sentido, principalmente quando a relação de consumo envolve o poder público.

Primeiramente, faz-se necessário analisar a distinção existente entre serviços *uti universi* ou gerais, que compreendem aqueles prestados por usuários indeterminados e que possuem remuneração por meio de impostos, e os serviços *uti singuli* ou individuais, prestados por uma pessoa determinada e que são remunerados por taxas e tarifas.

Tal diferenciação é tão importante pelo fato de que alguns autores admitem que o Código de Defesa do Consumidor é passível de ser aplicado nas relações de consumo que envolvam serviço público, porém a atividade deverá ter natureza *uti singuli*, de modo que, segundo eles, o Código coloca a remuneração direta como requisito para a configuração da relação de consumo<sup>28</sup>.

Em contrapartida, outros doutrinadores<sup>29</sup> entendem que o Código de Defesa do Consumidor deve ser analisado sob uma visão ampliada, tendo em vista que faz alusão aos serviços públicos de forma abstrata e indistinta. Também referem que, ainda que gratuitos, os serviços públicos acabam por ser remunerados por impostos, ou seja, mesmo que de forma indireta, o requisito da remuneração encontra-se presente nesse modelo de relação de consumo. Tal corrente não é a dominante nem na doutrina e nem na jurisprudência brasileira.

Cabe salientar ainda, que existem posições ainda mais controvertidas entre os doutrinadores, principalmente pelo fato que as relações jurídicas envolvendo serviços públicos são norteadas pelo direito administrativo, enquanto que as que envolvem consumo têm seu fundamento no direito do consumidor, regidas, não raras vezes por princípios e normas divergentes e opostas, como bem coloca Marçal Justen Filho:

O Direito do Consumidor tem origem nos Estados Unidos, país que não adota a noção de serviço público, consagrada entre nós. As atividades econômicas estão subordinadas à livre iniciativa, com algumas ressalvas no tocante às denominadas “public utilities”, que sofrem limitações mais fortes do Estado<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Bahia, n. 25, fevereiro, março, abril. 2011, p. 17.

<sup>29</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**, São Paulo: Dialética, 2003. p. 555.

Ou seja, foi seguido um modelo que se baseia em uma realidade bem diferente da brasileira, de modo que, a atividade consumerista nos Estados Unidos apresentou a necessidade de regulamentação principalmente pelo fato de que a prestação de serviços públicos pode ser livremente praticada por particulares, enquanto que no ordenamento jurídico brasileiro, tais atividades encontram-se condicionadas ao poder público exclusivamente, podendo ser delegadas a particulares, mediante regimes especiais de concessão, permissão, parcerias público-privados, contratos de gestão ou terceirizações.

Portanto, diante de tantos pontos controvertidos, ao invocar a aplicação do CDC aos serviços públicos, deve-se ter muita cautela, uma vez que a sua eficácia está condicionada à natureza jurídica e ao preenchimento dos requisitos específicos dispostos na lei, como pondera Alexandre Santos de Aragão:

Os serviços públicos possuem uma conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas, servindo como instrumento, não raras às vezes, de distribuição de renda e efetivação da dignidade da pessoa humana, o que não ocorre no sistema privatista do CDC<sup>31</sup>.

O doutrinador explicita a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor, embora sendo uma lei de ordem pública e de interesse social, possui a sua aplicabilidade restrita no que diz respeito aos serviços públicos, tendo em vista a incidência dos requisitos para a configuração da relação de consumo e dos próprios princípios norteadores do direito consumerista.

Em especial no que tange ao serviço público de saúde, o Código de Defesa do Consumidor de pronto não possui aplicabilidade quando a atividade é exercida pela administração direta ou indireta estatal, podendo, na ausência do cumprimento deste pelo poder público, haver a responsabilização administrativa e constitucional. Porém, se o serviço de saúde for prestado por parte da iniciativa privada, de pleno aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, pela configuração da relação de consumo entre paciente, nesse caso consumidor, e hospital, como fornecedor.<sup>32</sup>

Logo, o Código de Defesa do Consumidor possui uma aplicação bastante restrita, principalmente quando de sua abordagem na relação com o poder público, por meio da prestação de serviços essenciais à população, como a saúde. É preciso muita cautela ao mencionar a sua possível aplicação diante dessa situação, tendo em vista que o Estado, por seus órgãos, possui responsabilidade exclusiva de proporcionar aos cidadãos brasileiros uma prestação adequada dos serviços públicos considerados essenciais, frente ao

---

<sup>31</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 521.

<sup>32</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios garantidos na Constituição Federal de 1998.

Embora restrita, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação dos serviços públicos deve ser exigida sempre que possível, principalmente pelo fato de que defende interesses de toda a classe consumerista de forma justa e transparente, evitando que se percam os direitos constitucionalmente garantidos, em especial no que tange ao direito à saúde e ao direito à proteção dos direitos difusos dos consumidores, estabelecendo um certo equilíbrio entre fornecedores e consumidores, corrigindo as lacunas ou insuficiências que afetam o bom funcionamento do mercado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incidência e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos foram inicialmente alvo de muita polêmica. Durante muito tempo, os prestadores de serviços públicos não admitiam que estivessem submetidos ao referido Código, continuando, dessa maneira, a praticar atividades que desrespeitavam os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, como o próprio direito do consumidor.

Diante da realização do presente estudo, foi possível demonstrar que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma essencial para ver-se satisfeito o direito decorrente das relações de consumo, de modo que busca o respeito ao consumidor e a satisfação dos direitos fundamentais. Porém, sua aplicabilidade fica restrita ao que se encontra disposto no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, em especial no que tange à forma de remuneração do serviço, que deve ser específica, o que muitas vezes não ocorre em alguns setores públicos, que são remunerados por impostos, como é o caso da saúde quando prestada diretamente pelo Estado.

A discussão doutrinária e jurisprudencial é grande acerca desse tema, tendo em vista que alguns autores sustentam a ideia de que, ainda que de forma indireta, há a remuneração nos serviços públicos, configurando, sim, uma relação de consumo entre Estado e particulares. Contudo, a corrente dominante pressupõe que somente são passíveis de aplicação do Código de Defesa do Consumidor os serviços remunerados por tarifa, justificando que devem necessariamente estar presentes as características e os princípios específicos que norteiam a atividade consumerista no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jun. 2003. p. 133-138.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130-131.
- BARBOSA, Carlos Cezar, Crimes contra a saúde pública e contra as relações de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 10, jun. 2001. p. 231-243.
- CARVALHO, Mariana Siqueira de, A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de direito sanitário**, São Paulo, vol. 4, n. 2, jul. 2003. p. 15-31.
- CASTRO, Taiane Lobato de, Princípios constitucionais estruturantes da Administração Pública. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 15, n. 60, set. 2007. p. 259-280.
- CHENSO, Marina Benedetti Zuan; BOSSOLI, Kempfer Marlene. O direito social fundamental à saúde: responsabilidade (extra) contratual do Estado e terceiro setor. In: **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010, Florianópolis. p. 7677-7695.
- CORRALO, Giovanni Silva da. O município e a instituição de códigos de defesa do consumidor. In: **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010, Florianópolis. p. 9517-9533.
- COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- FAVERZANI, Alex. **Coronelismo e Poder Local no Brasil: uma análise histórica**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3164.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2013.
- FERREIRA, Marco; EMMENDOERFER, Magnus; GAVA, Rodrigo. **Administração Pública, gestão social e economia solidária: avanços e desafios**. 1ª Ed. Viçosa MG: Editora Suprema, 2010.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, jan. 1945. p. 1-19.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Dos direitos básicos do consumidor**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do**

Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos educacionais**. Passo Fundo: UPF editora, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**, São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAZZARINI, Álvaro, Tutela administrativa e relações de consumo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, jan. 1945. p. 86-99.

MACEDO, Juliana de Gabiatti; Borosch, Lana Rodrigues. A intervenção do poder judiciário na garantia de acesso à saúde. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2011, Vitória-ES. p. 172-189.

MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama Histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Princípios gerais nas relações de consumo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S. A. 27 ed., 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Editora Dialética, 1999.

NUNES, Alexandra Santana; ALAPANIAN, Silvia. O uso do princípio da reserva do possível e a política de saúde. **Serviço Social em Revista**. v. 12, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/7582/6666>>. Acesso em 23 mai. 2013.

OLIVEIRA, Flavia de Paiva Medeiros de; SILVA, Francisco de Moraes. A judicialização dos direitos fundamentais: o papel do STF na concretização do direito à saúde no Brasil. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2011, Vitória-ES. p. 190-209.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Bahia, n. 25, fevereiro, março, abril. 2011. p. 1-24.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

REIS, Eduardo Cavalcanti Araújo dos, As normas constitucionais que regulam a defesa do consumidor: sua natureza e gradação eficaz. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, ano 12, n. 47, jun. 2004. p. 218-244.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROLIM, Luiz Antonio. **A Administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTIN, Janaína. **A Noção Histórica do Poder Local no Brasil e o Princípio da Participação**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09\\_145.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09_145.pdf)>. Acesso em: 23 mai. 2013.

\_\_\_\_\_; FAVERZANI, Alex. **Coronelismo e Poder Local no Brasil: uma análise histórica**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3164.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2013.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

XAVIER, Noronha Laécio. Direito do terceiro setor: Além do Estado e do mercado. In: **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010, Florianópolis. p. 9370-9378.



# A SOCIEDADE DOS CIDADÃOS: OS PARADOXOS DA DEMOCRACIA MODERNA

*Maria Daniele Silva do Nascimento\**

## **Resumo**

O presente artigo tem escopo de evidenciar o sistema democrático no seu processo contínuo de avanços e possíveis recuos, na perspectiva da sociedade moderna atual. A problemática é a influência do sistema político e econômico na determinação das relações sociais e, por conseguinte, a crise no modelo de representatividade. O aprofundamento de tal concepção culminará na questão da efetivação dos direitos sociais, numa análise permeada de mudanças das perspectivas de proteção dos indivíduos e de seus direitos.

## **Palavras-chave**

Democracia. Participação popular. Direitos sociais.

## **Sintesi**

Lo scopo di questo articolo è quello di evidenziare il sistema democratico nei suoi progressi in corso e le possibili diminuzioni di vista della società moderna di oggi. Il problema è l'influenza del sistema politico ed economico nella determinazione dei rapporti sociali e, quindi, la crisi del modello di rappresentazione. L'approfondimento di tale disegno si concluderà con la questione del rispetto dei diritti sociali, un'analisi delle prospettive mutevoli permeato tutela delle persone e dei loro diritti.

## **Parole chiave**

Democrazia. Partecipazione popolare. Diritti sociali.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado<sup>1</sup> de Direito é um dos componentes das democracias ocidentais que no processo de desenvolvimento das instituições políticas modernas

---

\* Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho (2010).

<sup>1</sup> Embora haja várias correntes para explicar o processo de formação dos Estados, a tese que representa o pensamento da maioria dos autores é a de que o Estado foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais que, na sua origem, existiam sem a presença dessa entidade de autoridade superior. O seu significado intrínseco vem representar, para a maioria dos autores, "todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros" (Dallari, 1989, p.43).

tornou-se definitivamente incorporado à sua existência histórica. Essa vinculação entre democracia e Estado de Direito foi resultante de um processo gradual em que lutas sociais e transformações institucionais com várias origens e ao longo do período moderno ocorreram, inicialmente, nos países europeus. Tal processo modificou de maneira profunda e definitiva o funcionamento da vida social, cultural, econômica e política e continua, em nossos dias, repercutindo e afetando a vida das sociedades em todas as partes do mundo.

Foi também bastante longo o processo histórico das lutas dos movimentos sociais e políticos pelo reconhecimento legal dos direitos dos indivíduos como cidadãos, isto é, membros integrantes da sociedade — aqueles que por direito são parte de uma coletividade e que compartilham seus modos de vida. Não se pensa mais em direitos como privilégios de “estamentos” sociais. O “indivíduo” como tal é senhor de direitos. O pensador social inglês T. H. Marshall<sup>2</sup>, em uma importante análise do processo de conquista da cidadania no mundo moderno, considerou a forma como os vários direitos foram sendo reivindicados pelas populações que por eles lutaram.

O problema a ser enfrentado hoje, no Brasil e em outras partes do mundo, é a crise da representatividade da democracia moderna. Na visão de Campilongo, a representação política se caracteriza por existirem “demandas ou exigências inerentes aos cidadãos e introduzidas no sistema político (*input of demand*); processadas, recebem uma “resposta” (*output*) do sistema representativo”. Os processos de aglomerações populares em torno de questões centrais como liberdade, igualdade ou em problemas específicos, gerais das cidades, têm causado mudança no tecido social, causando o choque entre a democracia direta e a democracia indireta.

A ebulição social atual tem permeado a questão da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos sociais. A interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo.

---

<sup>2</sup> Thomas Humphrey Marshall foi um sociólogo britânico, conhecido principalmente por seus ensaios, entre os quais se destaca *Citizenship and Social Class* (“Cidadania e Classe Social”), publicado em 1950, a partir de uma conferência proferida no ano anterior.

## 2. O EMBATE ENTRE A DEMOCRACIA DOS ANTIGOS *VERSUS* A DEMOCRACIA DOS MODERNOS

O que se procura ressaltar neste tópico é como a contraposição entre **liberdade dos modernos** e **liberdade dos antigos**<sup>3</sup> mostra como as concepções liberais e democráticas podem variar.

O termo “democracia” é polêmico desde a sua origem na Grécia antiga, no século de Péricles, em Atenas, aproximadamente no século IV antes de Cristo. Seu sentido tem mudado ao longo dos anos, conforme os diversos estágios culturais e políticos dos povos. Da ideia clássica ao período atual “democracia” foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, uma administração do interesse “geral”, segundo Bobbio<sup>4</sup>, um dos diversos modos com que o poder político é exercido.

Entretanto, a sociedade atual propõe uma remodelação da relação entre democracia e política. A discussão lúcida e aguda entre os dois modelos de democracia — direta e indireta, adquire aspectos bastante interessantes dentro do arcabouço de pelo menos três pontos: as dificuldades da relação entre Estado e democracia; o valor da teoria política e o poder; e a concepção de “democracia direta”.

Conforme Bobbio:

A democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual — contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes — a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos.<sup>5</sup>

Face ao conteúdo histórico, as raízes da autonomia política residem nas experiências da polis democrática, e no processo legislativo dos atenienses dos séculos VII a V a.C. O que está no centro das discussões não é apenas uma visão idealizada dos antigos com objetivo de criticar os modernos. Mas é, em especial, compreender como cada um desses momentos, de distintas maneiras, intuiu o significado da autonomia na política, e as repercussões que estas relações possuem para a democracia, tanto no passado remoto dos

---

<sup>3</sup> A democracia possuía vínculos com a participação direta do cidadão nas tomadas de decisão. A democracia dos modernos por sua vez, se relacionada com a representação política, onde o cidadão participa por meio de mecanismos criados pelo Estado para eleger os seus representantes. O cerne da questão está em revisar o sistema democrático.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 135.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. de Janeiro: Paz e Terra 1986, p. 22. “O futuro da democracia” é o livro mais famoso de Bobbio sobre o tema democracia, sendo traduzido para diversas línguas, do português ao servo-croata.

gregos como também no presente atual, através das práticas políticas contemporâneas.

A comunidade grega era formada por indivíduos e estes formavam o Estado. De acordo com Barker:

... o sentido do indivíduo foi, portanto, elemento primordial no desenvolvimento político do pensamento político helênico. Este sentido se manifestava tanto na teoria como na prática; e se transformava em ação sob a forma de um conceito prático de livre cidadania, dentro da comunidade autogovernada — conceito que é a essência da cidade-estado grega.<sup>6</sup>

Apesar da preocupação intrínseca dos gregos com a questão do indivíduo, o que norteava as relações era a relação deste com o Estado. A questão do Estado era preocupante para os gregos, porque ele tinha que possuir uma linha de ação onde não fosse capaz de atingir os direitos individuais. O Estado na visão grega tinha que ser capaz de garantir os direitos dos indivíduos, embora, em Atenas, muitas pessoas eram excluídas da cidadania: os escravos, a maioria dos estrangeiros e as mulheres; e mesmo assim, os gregos conseguiram conceber e desenvolver os direitos individuais, e foram capazes, sobretudo, de desenvolver a solidariedade e as questões referentes à cidadania.

De acordo com o professor, Josiah Ober:

... a cidadania não era baseada na riqueza, no lugar do nascimento ou numa linhagem nobre. Na Atenas clássica, se um homem pudesse demonstrar que seus pais eram atenienses, se era aceito por um voto de seus vizinhos e se não fora declarado culpado de algum crime contra o Estado, era um cidadão livre — com um direito de voto igual e voz igual na assembleia dos cidadãos —, sem levar em conta sua posição social. A liberdade, a igualdade política e a dignidade — a proteção do cidadão diante dos ataques públicos dos poderosos — eram marcas da democracia direta que se desenvolveu inicialmente na Atenas clássica.<sup>7</sup>

O aspecto relevante na democracia dos antigos é que os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhe diziam respeito; entretanto, numa sociedade elitista e escravocrata. O que se almeja com os antigos era um exemplo de fazer político capaz de permitir um vigor à vida democrática, de tal maneira que esta retomada nos permita refletir acerca de nossas instituições e procedimentos políticos.

Apesar de tal discurso parecer excessivamente historicista, é necessário trazer à tona tal questão, para fazer contraponto com a democracia dos mo-

---

<sup>6</sup> BARKER, S. E. **Teoria política grega**. Brasília: UNB, 1978, p. 22.

<sup>7</sup> OBER, J. **Democracia direta**. In: Darnton, Robert e Duhamel, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.192.

dermos e a questão angular, que é a polêmica em torno da democracia como processo de liberdade proporcionada ao povo e aos pobres para a tomada de decisões<sup>8</sup>. O poder democrático enquanto expressão da vontade de seus cidadãos pressupõe publicidade como forma de controle da correspondência entre a condução do Estado e a vontade dos indivíduos a ele submetidos.

Diferente da visão grega, cuja conotação era claramente negativa, a democracia na atualidade encontra-se na agenda do mundo todo e possui, sobretudo, uma conotação positiva. Os modernos se apropriaram da liberdade política como um processo basicamente denominado “representação política”<sup>9</sup> que é estabelecido através do mecanismo político denominado eleição.<sup>10</sup>

Outro obstáculo que surgiu na democracia moderna foi o crescimento contínuo do aparato burocrático. As burocracias são organizadas hierarquicamente e, portanto, agem de maneira oposta a do regime democrático que supõe relações igualitárias. O paradoxo reside no fato de que o processo de burocratização dos governos e do Estado foi, em boa parte, consequência do processo de democratização. O Estado que presta serviços à população (as políticas públicas), o Estado social, foi resposta a uma demanda da própria população, uma demanda democrática no sentido pleno. Mas não é apenas nos governos e no Estado que o processo de burocratização tende a se expandir.

Para Robert Michels, aluno de Max Weber, as organizações, de um modo geral e, entre elas, as organizações políticas, estão submetidas à “lei de ferro” da oligarquia. Nesse diapasão, as organizações são necessárias para a democracia, pois são o único caminho possível pelo qual uma grande quan-

---

<sup>8</sup> Tanto Aristóteles, quanto Platão criticavam seriamente os sistema democrático, por suporem que o povo, e mais especificamente, os pobres não tinham as mínimas condições para exercerem cargos que exigissem tomadas de decisões. Na visão de Bobbio, (2000, p. 372, b): “Para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então em uma assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhe diziam respeito. “Democracia” significava o que a palavra designa literalmente: poder do demos e não, como hoje, poder dos representantes do *demos*.”

<sup>9</sup> O projeto político democrático foi idealizado para uma sociedade muito menos complexa que a dos nossos dias. Muitos dos obstáculos que hoje se apresentam não eram previsíveis e surgiram em decorrência das grandes transformações da sociedade.

<sup>10</sup> Gramsci falando da concepção hegeliana dos partidos como “trama privada” do Estado, diz: “Ela deriva historicamente das experiências políticas da Revolução Francesa e devia servir para dar uma maior concretização ao constitucionalismo. Um governo com o consenso dos governados, mas com o consenso organizado, não genérico e vago como se afirma no momento das eleições: o Estado tem e pede consenso. Mas também “educa” com associações políticas e sindicais, que no entanto são organismos privados, deixados à iniciativa privada da classe dirigente. Em um certo sentido Hegel, desta forma, já supera o puro constitucionalismo e teoriza o Estado parlamentar com o seu regime dos partidos.” (A. GRAMSCI, *Quaderni Del Carcere*, vol I, Torino, 1975, p.56).

tidade de pessoas podem participar do processo político e fazer com que suas opiniões sejam ouvidas. Porém, uma vez estabelecidas, passa a ser impossível, em termos práticos, ter diversas pessoas *dirigindo* uma organização. Esse é o ponto em que se acelera o processo de “perda de poder em direção ao topo”. As democracias, através das organizações, como os partidos, abrem caminho para líderes e burocracias em tempo integral, os quais, por sua vez, abrem caminho para o domínio de elites, ou oligarquias. Essas lideranças passam a investir mais e manter seu próprio poder do que em agir sobre os objetivos e os valores de seus defensores democratas. Michels acreditava que essa dinâmica era inevitável tanto dentro das organizações quanto nas sociedades democráticas como um todo.<sup>11</sup>

Entretanto, não podemos usar os problemas das “democracias reais” como escudo protetor para uma reflexão, nesse mote, J.J. Gomes Canotilho:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] Numa outra acepção — histórico-descritiva — fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídicos os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.<sup>12</sup>

### 3. O FETICHISMO DA DEMOCRACIA DIRETA E A CRISE DO MODELO REPRESENTATIVO

A efervescência da sociedade atual revelada por movimentos como a “Primavera Árabe”<sup>13</sup> demonstra a necessidade de reestruturação de sistema governamental o qual a sociedade está inserida. O sociólogo espanhol, Ma-

---

<sup>11</sup> GIDDENS, A. Sociologia, Burocracia e Democracia. Artmed, 2005, p.292- 293.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51-52.

<sup>13</sup> Silvio Caccia Bava, Diretor e editor-chefe do *Le Monde Diplomatique Brasil*, relatou que “O despertar do mundo árabe tem raízes profundas. Uma região que há décadas é controlada por regimes ditatoriais que reprimem a ferro e fogo toda manifestação em defesa de direitos, toda manifestação que venha a desestabilizar relações de poder amplamente favoráveis às suas elites e aos interesses estadunidenses e das antigas metrópoles coloniais ainda muito presentes na região. O que está em jogo é o controle do petróleo. A Primavera Árabe, como é conhecido este amplo movimento que já se estende pela Tunísia, Egito, Líbia, Bahrein, Síria, Iêmen, Argélia, Jordânia, ao que parece, tem mais fôlego. Em alguns países levou à guerra civil, em outros a reformas nos gabinetes e na legislação para evitar a revolução, em outros o impasse continua, sem sabermos seu desenlace. Há quem estabeleça relações entre as revoltas populares no mundo árabe e as recentes mobilizações na Espanha e na Grécia. Os movimentos sociais também teriam se globalizado.”

nuel Castells<sup>14</sup> tem retratado os novos movimentos sociais como: descentralizados, democráticos, horizontais e não dispostos a ter um programa delimitado, e sim a mudança de todo um *status quo*. A crítica direta ao sistema representativo não pode ser ignorada, mas, acentuada em demasia, pode vir a se tornar antidemocrática. O que deve ser discutido são as grandes questões paradoxais: uma demanda de democracia num mundo moderno de cunho liberal, que não atende mais às questões sociais; a efetivação de direitos e deveres dos cidadãos; e como requerer a participação de todos para resolução de problemas sociais cada vez mais complexos.

O que é participação política? É possível compatibilizar a democracia atual com o desejo crescente da população nos processos de decisão? As indagações que surgem recaem inevitavelmente sobre uma abordagem do estudo do “direito de participação”.<sup>15</sup>

Robert Dah<sup>16</sup>, em sua obra Poliarquia, estabelece que a democracia é um processo contínuo e eivado de responsabilidades entre governo e seus cidadãos, partindo de uma premissa que ambos são politicamente iguais. Pelo conceito exposto, percebe-se que a relação com a democracia, não está relacionada apenas com as regras do sistema, mas amplamente fundamentada sobre a função primordial que é a de proporcionar uma relação de *feedback*

---

<sup>14</sup> “Compreender a transformação estrutural morfológicamente, significa que o aparecimento da sociedade em rede como um tipo específico de estrutura social, liberta a análise da sua estrutura de Prometiana, e deixa em aberto o julgamento valorativo do significado da sociedade em rede para o bem estar da humanidade. Nós estamos mentalmente formatados para uma visão evolucionista do progresso da humanidade, visão que herdamos do Iluminismo e que foi reforçada pelo Marxismo, para quem a humanidade, comandada pela Razão e equipada com a Tecnologia, se move da sobrevivência das sociedades rurais, passando pela sociedade industrial, e finalmente para uma sociedade pós-industrial/da informação/do conhecimento, a montanha esplendorosa onde o Homo Sapiens vai finalmente realizar o seu estado dignificante. Porém, mesmo um olhar superficial sobre a história desafia este conto de fadas do progresso humano: os Holocaustos Nazi e Estalinista são testemunhas do potencial destrutivo da Era Industrial, e as maravilhas da revolução tecnológica coexistem com o processo autodestrutivo do aquecimento global e com o ressurgir de epidemias à escala do planeta.” (CASTELLS.M. A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Ação Política. p.18).

<sup>15</sup> Celso Fernandes Campilongo aborda o tema com maestria: “Sem uma consideração sobre a dimensão social do direito de participação e sem a explicação do universo axiológico que o envolve, fica impossível um compreensão efetiva dos fenômenos ligados à participação política. Em outras palavras, o pluralismo metodológico – envolvendo o estudo das instituições, dos processos sociais e dos valores – tem especial e indispensável importância para o estudo do direito. Fica nítida, também, a vinculação entre direito e política de um lado e instituições e processos sociais de outro. Ou seja, o sincretismo entre a participação política como norma e a participação política como função e valor.” (CAMPILONGO, C. F. In: R. Inf. Legisl. Brasília a. 27 n. 105 jan/mar.1990, p.181.)

<sup>16</sup> Robert Dahl configurou-se como o mais aprimorado pensador da teoria democrática no século XX. Fez todo o seu trajeto acadêmico em Yale, desde o doutoramento até às obras mais maduras, o seu enfoque principal não se desviou da teoria clássica da democracia.

político, ou mesmo de fornecer respostas quanto às necessidades dos cidadãos.

A ânsia pelo exercício de uma democracia direta nos tempos atuais pode se constituir num fetiche daqueles que nunca se questionaram como a sociedade hodierna, de grandes densidades populacionais e de cunho essencialmente diferenciada em sua base estrutural, pode abrir mão da democracia representativa. Mangabeira Unger coloca a questão do fetichismo institucional como formulações jurídicas que conhecemos são dadas, e não construídas:

Um dos inimigos do experimentalismo democrático é o fetichismo institucional: a crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária. O fetichismo institucional é um tipo de superstição que permeia a cultura contemporânea. Ele penetra cada uma das disciplinas mencionadas anteriormente, e informa a linguagem e os debates da política comum. A ideia de esclarecimento, ora antiquada, seria, hoje, mais bem aplicada a esforços para afastar o fetichismo institucional que vicia doutrinas ortodoxas em cada uma das disciplinas sociais. Afastá-lo seria o trabalho em tempo integral de uma geração de críticos sociais e cientistas sociais.<sup>17</sup>

A inquirição levantada pelo próprio Rousseau<sup>18</sup> acaba por reconhecer a impossibilidade da realização da democracia direta, que é a autêntica democracia e que, em rigor,

[...] nunca existiu verdadeira democracia, e nunca existirá. É contra a ordem natural<sup>19</sup> que o grande número governe e que o pequeno seja governado. Não se pode conceber que o povo permaneça constantemente junto para se ocupar dos negócios

---

<sup>17</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução do inglês para o português por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soarez Grandchamp, p. 17.

<sup>18</sup> Montesquieu e Rousseau afirmavam que a sobrevivência das democracias era uma função direta da virtude dos cidadãos que a compunham. Sendo a virtude definida como a “renúncia a si próprio” em nome do “amor pelas leis e pela pátria”, sua preservação estava na dependência direta da manutenção da igualdade social entre os cidadãos. Trata-se de uma igualdade na frugalidade, já que o luxo traria consigo, inevitavelmente, a ambição e os interesses particulares.

<sup>19</sup> J. M. Rodríguez Uribes refere que esta referência à “ordem natural” deve ser entendida não tanto como uma manifestação do “dever ser”, mas como uma constatação de caráter empírico. De fato, a história mostra que se havia considerado como “natural” que a minoria governasse a maioria (esta interpretação leva a que a democracia seja mal compreendida porque inverte os termos desta relação: a maioria inculta governa a minoria culta e proprietária. Esta interpretação, aparentemente pouco ajustada ao sentido literal do que diz o genebrino, advém da compreensão do conjunto do pensamento de Rousseau.

públicos, e vê-se facilmente que não poderia estabelecer comissões para isso sem mudar a forma de administração.<sup>20</sup>

Para Karl Popper a vantagem da democracia perante os demais regimes de governo estaria no fato dela permitir aos cidadãos livrar-se de seus governantes sem um derramamento de sangue,

Em duas palavras, a teoria clássica da democracia defende que o poder reside no povo e que este tem o direito de o exercer. Podem invocar-se muitas e variadas razões para justificar que o povo tenha esse direito, mas não é necessário que aqui me ocupe delas.<sup>21</sup>

Bernard Manin, mostrando que os governos atuais podem passar, e estão passando, por uma espécie de “metamorfose”, pois não são mais fiéis à ideia de representação. Ele será um dos responsáveis por mostrar que o governo representativo tem validade e até mesmo funcionalidade, mas que, infelizmente, tem se “degenerado”<sup>22</sup>, provocando um colapso no sistema representativo, por estar afastando os governantes dos governados, e estes do jogo político.

É ainda mais extraordinário que a chamada crise de representação atual seja atribuída ao desaparecimento ou enfraquecimento daquelas mesmas características que distinguiam a democracia

---

<sup>20</sup> “[...] il n’a jamais existé de véritable Démocratie, et il n’en existera jamais. Il est contre l’ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné. On ne peut imaginer que le peuple reste incessamment assemblé pour vaquer aux affaires publiques, et l’on voit aisément qu’il ne sauroit établir pour cela des commissions sans que la forme de l’administration change.” (Jean-Jacques Rousseau, “Du Contract Social” liv. III, cap. IV, p. 404.

<sup>21</sup> Na CONFERÊNCIA DE LISBOA . Uma teoria da democracia. 08 de Junho de 2009. Karl Popper após contextualizar o período sob qual viveu expõe suas ideias sobre a questão democrática:

“No meu livro A sociedade aberta e os seus inimigos sugeri que uma questão inteiramente nova deveria ser reconhecida como o problema fundamental de uma teoria política racional. Formulei-a nos seguintes termos: como deverá ser constituído um Estado de modo a que os maus governantes possam ser afastados do poder, sem violência, sem derramamento de sangue?

Ao contrário da velha questão, trata-se de um problema essencialmente prático, quase de caráter técnico. As chamadas democracias modernas dão todas elas bons exemplos de soluções práticas para o problema, mesmo que as não tenham conscientemente concebido para tal efeito. Todas consagram, com adaptações, o princípio fundamental de que os governos podem ser afastados do poder pelo voto da maioria. No entanto, em teoria, todas se baseiam ainda no velho problema, bem como na ideologia nada prática segundo a qual é ou deve ser o povo (ou seja, o conjunto da população adulta), por direito próprio, o verdadeiro e único governante. É óbvio, porém, que em parte alguma o povo realmente governa. Quem manda são os governos (e, infelizmente, as burocracias também: os funcionários públicos - *our uncivil masters*, como lhes chamou Churchill - aos quais é difícil, se não mesmo impossível, responsabilizar pelos actos que praticam).”

<sup>22</sup> Terminologia encontrada na obra platônica que afirma que as formas de governo existentes são perversões, degenerações, da forma ideal – República.

de partido do parlamentarismo e que pareciam aproximar a primeira de um governo do povo pelo povo. O que está atualmente em declínio são as relações de identificação entre representantes e representados e a determinação da política pública por parte do eleitorado.<sup>23</sup>

Porém, a democracia representativa, que foi até os dias de hoje, a fórmula clássica de manutenção das liberdades burguesas, tem se mostrado efetivamente viciada. Tal crítica parte da dificuldade prática do exercício da mesma em uma sociedade de massas tão profundamente desigual. Nesta altura, o que fazer realmente? Qual é, então, a alternativa para a crise da democracia representativa?

Para essa questão ainda não existe uma resposta definitiva. Os teóricos marxistas apregoam o fim do Estado, entretanto, uma solução possível seria a participação efetiva dos indivíduos nas decisões coletivas (uma socialização progressiva dos indivíduos e grupos sociais, com o intuito de uma recomposição do tecido social), uma mudança de olhar sobre o conceito de democracia, dando preponderância ao viés participativo. O mesmo Rousseau alerta para a importância efetiva dos cidadãos na esfera política:

[...] não é bom para o Estado, nem para a democracia [...] que os cidadãos se retirem para gozar dos seus prazeres privados com aspiração de dedicação exclusiva, esquecendo as suas responsabilidades públicas, coletivas, que são as que permitem que possa desfrutar dos seus direitos individuais em paz e liberdade, para além de se realizar moralmente e de alcançar a felicidade.<sup>24</sup>

#### 4. OS PARADOXOS DA DEMOCRACIA MODERNA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O termo “paradoxos” é usado em uma acepção de “contradições”, exaltando as nuances díspares; entretanto, solucionáveis da democracia. Visto que, se fosse utilizada a expressão paradoxos<sup>25</sup>, no seu fiel conceito etimológico, não se vislumbraria solução num espaço de tempo razoável.

---

<sup>23</sup> MANIN, Bernard. *As Metamorfoses do governo representativo*. 1995, p.3.

<sup>24</sup> URIBES, José Manuel Rodrigues. *Sobre la Democracia de Jean- Jacques Rousseau*, 1999. p. 58.

<sup>25</sup> J.F. Mora, em seu *Dicionário de Filosofia* (Bittencourt, 1994; Mora, 1982), responde: “Etimologicamente paradoxo significa contrário à opinião (doxa), isto é, contrário à opinião recebida e comum. O paradoxo maravilha porque, propondo-se a ser como se diz que é, parece assombroso na medida em que se diferencia do senso comum ou do “bom senso”, que é o que afirma um sentido determinável em todas as coisas. O paradoxo, ao contrário, vai contra o senso comum, e afirma a existência de dois sentidos ao mesmo tempo.”

Nesse contexto, o de profunda e ampla reorganização política, econômica, social e ideológica, Bobbio<sup>26</sup> afirma que a democracia apresenta alguns paradoxos. O mais embaraçoso nasce do fato de que a afirmação do Estado democrático moderno comportou o desmesurado crescimento do aparato burocrático, isto é, um aparelho de estrutura hierárquica e não democrática no interior do qual as decisões são tomadas em termos de funcionalidade e segundo parâmetros que não são objeto de decisão democrática, refletindo a atual insatisfação capilar da sociedade. Essa estrutura hermeticamente separada dos anseios da sociedade concentra a propaganda bem organizada — o que hoje chamaríamos de *marketing* político. Desse modo, ocorre uma tendência à restrição cada vez mais o espaço das decisões conscientes e imitação passiva de comportamentos alheios por parte dos cidadãos. O alargamento das bases da decisão democrática implica o crescimento de técnicas de potencial manipulação da opinião pública e da consciência dos indivíduos.

Entretanto, apesar da sociedade está imersa nesse contexto político, os indivíduos têm exigido com maior pujança prestações positivas do Estado. A modernidade democrática consiste em que todos os cidadãos adquirem o direito de participar da vida política, trazendo um forte caráter de inclusão em seu bojo, sem distinções de classes, status, gênero, raça, renda, no campo político<sup>27</sup>. Os direitos sociais<sup>28</sup>, por sua própria natureza, invocam do poder político uma demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, o que gera fortes pressões ideológicas e envolve escolhas políticas determinantes para conseguir alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>29</sup>, objetivo consagrado em nossa Carta Magna.

Sem adentrar no debate tormentoso entre Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão<sup>30</sup>, algo que

---

<sup>26</sup> Sobre a ruptura que o contratualismo moderno promove junto ao pensamento político predominante até a sua formulação por Hobbes, Locke e Rousseau conferir as análises, em campos epistemológicos distintos de Bobbio.

<sup>27</sup> Segundo Fraser, as lutas por reconhecimento são resultantes de um processo global de politização da cultura, e trazem um novo entendimento de justiça social, que abrange a questão da distribuição, abrangendo também as questões de representação, identidade e diferença. Dora-vante, a contestação política contra a subordinação inclui a diferença sexual, a “raça”, a etnicidade, a religião e a nacionalidade.

<sup>28</sup> Oliveira entende que: os direitos protetivos dos seres humanos inicialmente eram denominados “direitos do homem”. Posteriormente, por serem inseridos nas Constituições dos Estados, passaram a ser conhecidos por “direitos fundamentais”. Por fim, quando foram previstos e, tratados internacionais, receberam a designação de “direitos humanos.” (OLIVEIRA, Almir de. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.13)

<sup>29</sup> Constituição Federal de 1988, art. 3º.

<sup>30</sup> Em relação aos vocábulos Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais ocorre um grande debate na doutrina. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 2º, aliada a obra Os Direitos do Homem (1791), de Thomas Paine, contribuiu para difundir no plano normativo e doutrinário a expressão “direitos do homem”. Entretanto, segundo o doutrinador Luño, os direitos fundamentais e os direitos humanos não se diferem

pode ser considerado consenso entre os estudiosos e pesquisadores é a necessidade de proteção aos direitos fundamentais<sup>31</sup>; visto que, as violações a tais direitos são recorrentes no nosso milênio.

O uso amplo da liberdade individual acabou por desequilibrar a sociedade ocidental, criando enormes injustiças sociais. Os direitos de segunda dimensão, também conhecidos como direitos positivos ou direitos de prestação, exigem do Estado uma atitude positiva, garantidora de um patamar civilizatório mínimo, ideário da igualdade, não mais no contexto de deixar de fazer alguma coisa, e sim na exigência de que o poder público deve atuar em favor do cidadão.

A questão nevrálgica envolvendo a sociedade civil e o Estado permeia a efetivação dos direitos sociais: direitos ao trabalho, à saúde e à educação; sendo o titular de tais direitos o indivíduo e o sujeito passivo o Estado, pois na dinâmica entre governados e governantes este assume a responsabilidade de atendê-los.

Celso Lafer afirma que estes direitos:

[...] podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.<sup>32</sup>

Paulo Bonavides evidencia o forte conteúdo social de tais direitos:

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

É necessário ressaltar que a característica prestacional positiva dos direitos sociais trazem à tona um ponto de discussão altamente complexo: o

---

apenas pela suas abrangências geográficas, mas também pelo grau de concretização positiva que possuem, ou seja, pelo grau de concretização normativa.

<sup>31</sup> Os direitos fundamentais passaram por um processo evolutivo acumulativo, podendo, por essa razão, serem classificados em gerações ou dimensões, Bonavides assevera que a palavra dimensão tem vantagem lógica equalitativa sobre o termo geração, podendo este ser confundido com a ideia de sucessão cronológica: "Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo fez prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, decerto modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII." (BO-NAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 2006. p.562-563.)

<sup>32</sup> LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 1988. p. 127-128.

custo de efetivação de tais direitos<sup>33</sup>, visto que os direitos sociais, de obrigações positivas, dependem de recursos<sup>34</sup>, porque atrelados às políticas públicas de governos, portanto, de garantia diferenciada:

É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.<sup>35</sup>

É latente e falaciosa a questão da onerosidade e escassez<sup>36</sup> de recursos para efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas; visto que os direitos de liberdade, os direitos negativos clássicos, geram custos financeiros significativos, de modo que um condicionamento econômico e financeiro não é exclusivo dos direitos sociais. Por ora, o que se questiona trata da escolha de interesses que devem ser protegidos pela lei ou, ainda, como esta lei — *civil law*, deve adjudicar determinado valor detrimento de outro; mormente, se considerado que referido valor decorre, também e em grande par-

---

<sup>33</sup> “O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elabora-lo, interpreta-lo e aplica-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, [...] Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 24-25).

<sup>34</sup> As bases do movimento da Análise Econômica do Direito (AED) encontram-se nos economistas da Escola Clássica, mormente, Adam Smith. Alguns autores acham por bem dividir o movimento em “*new law and economics*” e “*old law and economics*”, sendo que, a referência temporal é o renomado artigo “*The Problem of the Social Cost*” de Ronald Coase. Pode-se afirmar que esta famosa obra de Ronald Coase, acima mencionada, calcava-se em temas notavelmente econômicos, tais como o custo social e os efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a inteiração entre o mundo jurídico e o mundo econômico.

<sup>35</sup> MARMELSTEIN, George. Ordem Jurídica Constitucional. Efetivação Judicial de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 2005. p. 60.

<sup>36</sup> Por oportuno, há que se mencionar também o trabalho desenvolvido por Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale. Sua obra recebeu o nome de “*Some Thoughts on risk distribution and Law of Torts*”.

Nessa obra de Calabresi, procurou-se demonstrar a importância da análise dos impactos econômicos quando da alocação de recursos, visando-se a regulação da responsabilidade civil no âmbito legislativo ou judicial. Assim, incutiu-se expressamente a análise econômica em questões jurídicas, além de cotejar como seria a alocação de recursos num ambiente de escassez, em sua obra “*Tragic Choices*”.

te, ainda que não exclusivamente, de escala quantitativa verificável em mercado; portanto, proveniente da superação do problema econômico da escassez.

Portanto, o que se propõe é uma mudança paradigmática nos contornos de efetivação dos direitos sociais. Apesar dos custos existirem, a sociedade já tomou conhecimento que a resposta da questão “em que investir?” é basicamente uma questão de escolha. John Rawls assinala a importância de se promover a justiça como equidade, ressaltando que “os valores sociais como liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima — devem ser distribuídos igualmente, a não ser que a distribuição desigual de um ou todos esses valores traga vantagens para todos.”

## 5. CONCLUSÃO

A palavra democracia, de origem grega, significa, pela etimologia, *demōs* — povo *ekratein* — governar. Seu entendimento, porém, não se limita ao etimologismo, pois, ao longo do tempo, diferentes modelos de democracia foram sendo construídos, segundo conjunturas social e política de cada época.

A democracia deve ser entendida como meio transformador do mundo moderno. Entretanto, a sociedade vive uma crise de representação, a problemática relacionada ao sistema democrático e que se estabelece como crise está sedimentada sobre a questão da representação política, uma vez que a representação de interesses se sobrepôs às questões relacionadas à representação popular e, também, à representação funcional. Contudo, nunca se pode esquecer, mas quase sempre não é lembrado, que quem escolhe os governantes são os governados, com isso, estes passam a ter um poder extraordinário de decisão em suas mãos, que, quando usado da melhor forma, pode levar a grandes transformações na sociedade.

A democracia real, nos seus contornos atuais, conta com elementos da economia em seu conteúdo, e isso a diferencia de forma significativa da democracia ideal e implementa as discussões entre os grupos de interesses que agem no interior do sistema democrático. Colocada à ideia de que na democracia o governo serve ao povo, então o Estado é de todo mundo, do público em geral, assim, revelando a importância da efetivação dos direitos sociais. A noção de efetividade de prestações positivas do Estado deve ser uma construção coletiva, de cidadãos livres e iguais, quanto no sentido de que ele deve possibilitar, por meio dos bens sociais primários, o desenvolvimento de todos.

## REFERÊNCIAS

- BARKER, S. E. **Teoria política grega**. Brasília: UNB, 1978.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*.
- \_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Título original: *Stato, governo, società: per una teoria generale della politica*.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAMPILONGO, C. F. **Representação política**. São Paulo: Ática, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- FRASER, Nancy. **“A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação”**. Portugal: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 63, outubro 2002.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia, Burocracia e Democracia**. Artmed, 2005.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MAIA, L.G. Revisitando quatro categorias fundamentais: Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social e Democracia. Revista Eletrônica Nomos, Fortaleza. vol. 31.2, jul./dez. 2011/2. Disponível em <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/2011.2.pdf>>. Acesso em 23 abril 2013.
- MANIN, Bernard. **As Metamorfoses do governo representativo**. 1995.
- MARMELSTEIN, George. **Ordem Jurídica Constitucional. Efetivação Judicial de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade do Ceará, 2005.
- OBER, J. **Democracia direta**. In: Darnton, Robert e Duhamel, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução do inglês para o português por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soarez Grandchamp.

URIBES, José Manuel Rodrigues, **Sobre la Democracia de Jean-Jacques Rousseau**. Madrid: Dykinson, 1999.



# LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR COM FINALIDADE EXTRAFISCAL

*Paulo Caliendo\**

## **Resumo**

O presente trabalho versa sobre o regime da extrafiscalidade no Estado Constitucional. Pretende-se fixar os limites constitucionais ao poder de tributar com finalidades extrafiscais, os princípios aplicáveis (proporcionalidade, isonomia tributária e subsidiária), bem como ressaltar a importância da função extrafiscal para promover direitos fundamentais.

## **Palavras-Chave**

Direito Tributário. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Extrafiscalidade.

## **Abstract**

This paper deals with the system of extrafiscality in the Constitutional State. It is intended to fix the constitutional power to tax purposes with extrafiscal limits, applicable principles (proportionality, tax equality and subsidiarity), and to underscore the importance of extrafiscal function to promote fundamental rights.

## **Keywords**

Tax Law. Constitutional limitations of the tax power. Extrafiscality.

## 1. INTRODUÇÃO

O problema do presente texto é tratar dos limites constitucionais ao *poder de tributar com finalidades extrafiscais*. Quais são os limites ao poder de tributar com finalidade extrafiscal? Quais são os princípios que o orientam? Em suma, como o Estado ordena, intervém e promove os direitos fundamentais em Estado Democrático de Direito, por meio do uso de instrumentos tributários.

---

\* Graduado em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado, lecionando na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-Graduação no país. Autor do livro finalista do Prêmio Jabuti 2009 “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, publicado pela editora Elsevier. Conselheiro do CARF, vice-presidente da Academia Tributária das Américas, Árbitro da lista brasileira do Mercosul. Advogado.

A tributação historicamente tem sido pensada sob a ótica da fiscalidade, ou seja, como forma de financiamento do Estado e custeio de suas atividades principais. Em período recente o Estado adquiriu novas funções, tais como promover direitos fundamentais prestacionais (educação, saúde, habitação, meio ambiente equilibrado, etc.) e corrigir falhas de mercado. Para além de suas funções clássicas, novas e mais complexas atividades têm se somado, exigindo uma resposta sobre como compatibilizar estas novas funções com o texto constitucional.

As funções clássicas exigiam o financiamento do Estado por meio de tributos e uma proteção passiva dos direitos fundamentais à liberdade e propriedade. As novas funções exigirão uma *atitude positiva* onde a tributação será concebido como uma forma de indução de comportamentos virtuosos ou desestimulador de comportamentos indevidos. A tributação extrafiscal tem sido compreendida como um instrumento de reforma social ou de desenvolvimento econômico; redistribuindo renda ou intervindo na economia. Ao lado desta aparente virtuosidade da ação do Estado corrigindo falhas sociais ou de mercado, diversas vozes levantaram dúvidas deveras pertinentes: *será que o Estado não poderia sofrer a captura de grupos de pressão e ao invés de produzir uma ação virtuosa transfira recursos públicos para grupos privados (fenômeno rent-seeking)?* Será que o Estado não poderia ser capturado por comportamentos oportunistas de redução de compromisso social, de entregas com base na fruição de bens públicos (*dilema do carona ou free-rider*)? Será que simplesmente o Estado não sabe como escolher bem, não por motivos de má-fé, mas simplesmente porque não detém todas informações do sistema econômico (*limitação informacional*), acarretando mais danos do que benefícios em sua atuação?

Estabelecer os limites constitucionais à utilização extrafiscal da tributação é um dos problemas centrais do constitucionalismo moderno. Afinal este instrumento de promoção econômica e social não pode ferir a essência dos direitos que deseja preservar. Não se pode aceitar que para atingir finalidades louváveis do ponto de vista constitucional sejam pisoteados os direitos fundamentais do contribuinte.

## 2. EXTRAFISCALIDADE: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL.

O problema da extrafiscalidade não é novo e nem passou desapercibido pelos fundadores da teoria jurídica-tributária, tais como *Emmanueli MorSELLI*, *Edward Selligman*, *Aliomar Baleeiro*, entre tantos outros. Cabe lembrar que uma das primeiras obras sobre o tema foi escrita por *Mario Pugliese* em 1932,

intitulada “*As finanças públicas e sua função extrafiscal nos Estados Modernos*” (*La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni*)<sup>1</sup>.

O termo, contudo, ganhou força e expressão assumindo ares de onipresença, ou seja, tornou-se um conceito ampliado, inchado, citado como presente em praticamente cada canto onde houvesse uma política pública social ou econômica sendo aplicada, especialmente no setor ambiental. Esta superexposição do conceito ao invés de fortalecê-lo o enfraqueceu, tornou-o ainda mais ambíguo, vago e incerto. De tal modo que esta ampliação semântica exagerada o tornou vazio, no entendimento correto de importantes doutrinadores<sup>2</sup>. Ao tentar abarcar tudo, não significava nada, não se distinguia de outros conceitos, princípios, institutos, desaparecendo, paradoxalmente, na sua onipresença. De tão relevante, foi chamado para trazer duplos benefícios para cada setor, mas implicou em sua irrelevância, visto que sua incerteza semântica poderia trazer poucos benefícios teóricos. Corretamente aqueles que alertam para o atual estado do conceito acertam em exigir clareza técnica no trato deste.

Em nossa opinião trata-se de um *conceito tecnicamente relevante, constitucionalmente delimitado e econômica e socialmente benéfico*, mas que exige uma reelaboração por parte da doutrina atual, para que a sua complexidade possa voltar a trazer benefícios à teoria jurídica. Torna-se imperioso diferenciar conceitos próximos, sentidos diversos e planos de análise distintas, sob pena de impedir a correta utilização do mesmo. Desse modo, vive a doutrina um grave momento de confusão conceitual sobre a utilização sem critério claro em seus termos tais como: externalidades, efeitos extrafiscais, tributos extrafiscais e princípios atinentes, em um verdadeiro sincretismo teórico, ou seja, com a mistura de temáticas tão diversas como política fiscal, economia pública e Direito Tributário.

As *externalidades* referem-se ao conceito criado pelos economistas Marshall e Celil Pigou para se referirem aos *efeitos e consequências dos atos dos agentes econômicos, dentre os quais se incluem o governo*. Estes efeitos podem ser benéficos ou prejudiciais, dependendo de como se realizem. Assim, tratam-se de temas relacionados à economia e não diretamente ao Direito. O sistema jurídico recebe estas informações e as processa em sua linguagem própria, característica da normatividade jurídica. A externalidade é evento no mundo econômico que ingressa no Direito como proposição que irá compor deter-

---

<sup>1</sup> Cf. PUGLIESI, Mario. *La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni*. Padova: CEDAM, 1932.

<sup>2</sup> Sobre o assunto veja-se a excelente tese de pós-doutoramento de CAVALCANTE, Denise Lucena. *Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental*. In RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe; CAVALCANTE, Denise Lucena et GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiros*. São Paulo: Almedina, 2012, p. 176.

minado fato jurídico ou sentido de norma tributária. Difere claramente da extrafiscalidade, visto que esta remete às *normas jurídicas de competência tributária que visam a ordenação pública, a intervenção econômica ou redistribuição de renda, como o propósito específico de promover os direitos fundamentais previstos no texto constitucional*.

A doutrina alemã procede a uma conceituação semelhante em relação a extrafiscalidade, ao realizar uma distinção das normas de repartição de cargas fiscais (*Lastenausteilungsnormen*) com fins fiscais (*Fiscalzwecknormen*) das normas com fins não-fiscais (*Nicht-fiskalzwecknormen*) ou normas interventivas ou dirigentes (*Lenkungsnormen*)<sup>3</sup>.

O texto constitucional, as normas gerais em Direito Tributário e o CTN não estabeleceram um conceito legal ou constitucional explícito sobre a extrafiscalidade, de tal modo que este deve ser construído a partir do sentido dos dispositivos constitucionais. Tal situação implica em aumento de incerteza sobre este conceito, bem como na insegurança sobre a sua utilização abusiva ou insuficiente. Na ausência de delimitação constitucional clara a preferência do intérprete deve estar na prevalência da esfera da liberdade sobre a esfera da intervenção, bem como na proteção contra as normas que exijam sacrifícios indevidos.

Diversos são os conceitos utilizados para definir a extrafiscalidade, dentre os quais podemos citar conceitos mais restritivos e outros mais amplos. O *conceito restritivo* da extrafiscalidade a compreende como fenômeno que se refere as normas jurídicas que autorizam competência tributária ordenadora, interventiva ou redistributiva, enquanto, a seu *conceito ampliado* o compreende como dimensão finalista do tributo incorporando os efeitos extrafiscais das normas tributárias na própria natureza dos tributos. Esta última concepção tomada em toda a sua radicalidade permitiria a ampliação da ação indutora do Estado, para além dos limites expressamente previstos no texto constitucional.

Entendemos que o CF/88 optou claramente por uma *interpretação restritiva* deste conceito.

São elementos caracterizadores da extrafiscalidade: i) *fim constitucional pretendido*; ii) *meio utilizado* e a iii) *técnica adotada*. Dessa forma, o fim constitucional pretendido deve estar expresso no texto constitucional e objetiva a realização das finalidades da Ordem Constitucional ou Social (família, cultura, meio ambiente, etc.). Não é a destinação do recurso ou a técnica utilizada que determina a natureza da norma extrafiscal, mas a sua finalidade constitucional. A extrafiscalidade econômica, assim, pretende realizar determinado desiderato constitucional previsto na ordem econômica (art. 170 da CF/88); a

---

<sup>3</sup> Cf. VOGEL *apud* VELLOSO, p. 294.

extrafiscalidade ambiental os objetivos para a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88)<sup>4</sup>, entre outros.

O meio a ser utilizado é dado pela *ordenação, intervenção* ou pela *redistribuição* de renda. A *ordenação*, ou seja, o uso de mecanismos administrativos-fiscais de proteção do interesse público foi um dos primeiros meios extrafiscais estudados pela doutrina. *Edwin Seligman* que foi um dos fundadores teóricos das finanças públicas norte-americanas observou com precisão este fato. Em sua época existiu um grande debate no continente europeu e nos EUA sobre as receitas públicas e a classificação dos tributos e as suas funções. Antecipando em muito os debates posteriores observava o autor em seu clássico "*Ensaio sobre a Tributação*" (*Essays in Taxation*)<sup>5</sup> sobre a distinção entre o poder de tributar (*power to tax*) e o poder de polícia (*police power*), onde afirmava que a distinção das receitas não deveria decorrer de sua função precípua, se arrecadatória (*primarily for revenues*) ou regulatória (*for regulation*); mas se almeja benefícios específicos (*special benefits*) ou gerais (*common benefits*), em uma distinção que se tornaria famosa posteriormente com os estudos de *Gianinni*.

Um exemplo de extrafiscalidade com finalidade ordinatória está na progressividade extrafiscal do IPTU progressivo como instrumento de política urbana, previsto no art. 182, § 4º, inc. II da CF/88. Neste caso, o imposto tem por objetivo punir o mal uso da propriedade urbana, mediante não-utilização, subutilização ou não-edificação, conforme a política urbana. A tributação neste caso não pretende realizar uma intervenção na economia, mas adequar os comportamentos perante as normas objetivas do ordenamento jurídico.

A *intervenção* ocorre por meio de mecanismos indutores ou desestimuladores de determinados comportamentos de agentes econômicos. A *redistribuição* de renda ocorre por meio da transferência fiscal de recursos entre indivíduos, em uma modalidade reformadora da realidade social. Podemos afirmar que enquanto os meios ordinatórios querem preservar e manter a ordem constitucional, os meios interventivos pretendem corrigir determinadas *falhas de mercado* e os meios redistributivos visam a *reforma social*, corrigindo as *falhas sociais*.

Existem diversas *técnicas* utilizadas com o propósito de alcançar os fins constitucionais, aplicando os meios previstos em lei. As técnicas são instrumentos normativos vinculados ao meios e fins constitucionais e devem, portanto, infirmar ou confirmar estes, sob pena de inconstitucionalidade. São

---

<sup>4</sup> Cf. CAVALCANTE, Denise Lucena. *Op. cit.*

<sup>5</sup> Cf. SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. *Essays in Taxation*. Macmillan & co., Ltd. 1913, p. 402 e 403.

exemplos de técnicas<sup>6</sup>: a utilização de alíquota progressiva, seletivas, isenções fiscais<sup>7</sup>, reduções de alíquota, aproveitamento de créditos fiscais, depreciação acelerada, dentre tantos outros<sup>8</sup>. O instrumento técnico permitirá a indução de determinados comportamentos tornando a carga fiscal menor ou desincentivando tornando-a mais gravosa.

Cabe diferenciar a existência de tributos com *finalidades extrafiscais* dos *efeitos extrafiscais* dos tributos, visto que são temas diversos. Todos os tributos possuem efeitos fiscais e extrafiscais, visto que da imposição tributária sempre decorrerá um efeito (*externalidade*) positivo (*incentivadora*) ou negativo (*desincentivadora*) sobre a ordem econômica e social. Já reconhecia *Morselli* que ao lado dos instrumentos exacionais conviviam instrumentos extrafiscais que buscavam não um ingresso ou entrada pública (*entrata*), mas de produzir uma modificação qualquer na ordem econômica e social, como fim imediato da norma tributária<sup>9</sup>. No direito alemão se diferenciam os tributos com preponderante finalidade extrafiscal (*Lenkungsabgaben*)<sup>10</sup>, dos tributos com finalidade fiscal (*Lenkungssteuer*), que visam igualmente atingir fins fiscais e extrafiscais e os tributos com efeitos extrafiscais (*Lenkungswirkung*). Todos os tributos de uma forma ou outra irão possuir efeito extrafiscal, sendo o mais notório deles a redução de bem-estar individual pela redução da renda ou patrimônio (*Wohlfahrtsverlust*).

Relatava *Morselli* os grandes debates existentes na época sobre a aceitação ou negação das finalidades político-sociais do tributo, nos debates entre *Sax, Wagner, Kammes e Schaeffe*. Para *Morselli* a ciência jurídica deveria ter em conta os fins sociais, econômicos e políticos da norma, como uma exigência metodológica (*“il tener uconto degli scopi social, politici, economici ecc.dei tributi, nela trattazione propriamente scientifica della finanza, non fuori di essa [...] forma una esigenza metodologica”*). Tal entendimento não significa abdicar da autonomia do Direito Tributário perante a economia ou a ciência das finanças, pelo contrário seria uma forma de fortalecer o papel prescritivo do Direito sobre a realidade social. As normas jurídicas deixam de serem entendidas como objetos ideais e passam a serem compreendidas como comandos pragmáticos-normativos. Para *Morselli* uma tentativa de separação além de

---

<sup>6</sup> Artigo 2.º do *Estatuto dos Benefícios Fiscais* de Portugal: “2 - São benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedecem às características enunciadas no número anterior”.

<sup>7</sup> Sobre a natureza das isenções veja-se COELHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária (O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN). São Paulo: Dialética, 2003, p. 218-219.

<sup>8</sup> Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. In: Pires, Manuel. Extrafiscalidade. Lisboa: Universidade Lusíada, 2011, p. 85-115.

<sup>9</sup> Cf. MORSELLI, Emanuele. Compendio di Scienza delle Finanze. Padova: CEDAM, 1947, p. 07.

<sup>10</sup> O STF irá julgar no ADI 4.002 a possibilidade do aumento das alíquotas do IOF, com finalidade nitidamente fiscal, por força do Decreto n. 6.339/08 e 6.345/08. Mantém-se o questionamento: podem tributos nitidamente extrafiscais serem utilizados com finalidade arrecadatória?

ser artificial era igualmente danosa ao Direito Tributário, dado que o estudo exclusivamente fiscal é inseparável dos outros problemas correlatos, tais como os econômicos, sociais e políticos (“[...] *assolutezza ai problemi esclusivamente fiscali della finanza, nel mentre che gli altri problemi (social, politici, economici, ecc.) sono altrettanto reali e normali, e quasi sempre inseparabili dai primi*”)<sup>11</sup>.

Existem tributos, entretanto, que possuem finalidade extrafiscal claramente definida no ordenamento jurídico, de tal modo que este incorpora estas características como parte de sua estrutura normativa. Como exemplo poderíamos citar o IOF, o IPI, o II e o IE que possuem como finalidade relevante regular determinado setor econômico (mercado financeiro, industrial ou comércio exterior). Estes impostos não possuem natureza extrafiscal, dado que sua natureza não difere dos demais impostos, contudo, estão sujeitos a um *regime constitucional extrafiscal* próprio que lhes justifica o fato de serem exceção ao princípio da legalidade, da anterioridade e da periodicidade mínima, bem como utilizarem-se de instrumentos de técnica fiscal de incentivo ou desincentivo aos seus respectivos setores (seletividade, *ex-tarifário*, entre outros). Dessa forma, podemos considerá-los como *impostos com finalidade estruturalmente extrafiscal*.

Igualmente relevante é a distinção sobre os distintos planos de análise: *economia pública, política tributária, Direito Tributário e técnica fiscal*. O estudo da extrafiscalidade, apesar de conectado com diversos planos do conhecimento, não recebe o mesmo sentido e estrutura de modo uniforme. Cada um destas dimensões possui seu próprio objeto, problema, linguagem e método, sendo natural que a extrafiscalidade receba significações diversas. A *economia pública* irá se preocupar especialmente com os *efeitos fiscais* das normas tributárias sobre a criação, distribuição e redistribuição de bens. A *política tributária* irá verificar quais são as finalidades constitucionais e como encontrar mecanismos para alcançar estas finalidades. Ao *Direito Tributário* caberá o estudo das normas de competência extrafiscal, enquanto a *técnica fiscal* irá questionar sobre os eficientes mecanismo indutores, redistributivos ou ordenadores do bem estar social.

### 3. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA EXTRAFISCALIDADE

A ideia de que o Estado deve adotar uma postura ativa de atuação na economia e como reformador social é algo relativamente recente. Os juristas seguiram de modo geral o entendimento dos economistas neoclássicos e políticos liberais de que a intervenção do Estado na economia é prejudicial. Esta crença restou unânime até a grande crise de 1929 onde a segurança nos mercados foi irremediavelmente abalada. O Estado havia sido chamado para

---

<sup>11</sup> Cf. MORSELLI, *op. cit.*, p. 08.

reorganizar a economia e manter a estabilidade social, em breve a noção de que as falhas de mercado deveriam ser corrigidas por meio de uma atividade positiva, planificadora e interventiva do Estado deixaram de ser heréticas e passaram a ser o *mainstream*. Começava a revolução *keynesiana*.

Parte importante dessa revolução inicia-se com a *teoria das externalidades*. O conceito de externalidade era o equivalente na microeconomia aos novos conceitos *keynesianos* em macroeconomia. Ele permitia fundamentos para intervenção nas transações privadas em praticamente todos os setores. O autor mais significativo desta tendência será *Cecil Pigou*, mas não seria o único economista significativo, outros que poderiam ser citados são *Marshall* e *Joan Robinson*.

A ideia de externalidades negativas (custos sociais) inicia com o debate intitulado das “*caixas vazias*” (*empty boxes*) em que *Pigou* defendia que o ingresso de novas empresas em setores industriais altamente competitivos provocava ou o aumento ou a redução dos custos industriais (*cost industries*), gerando um desarranjo produtivo e conseqüente perda de bem estar geral.

*Pigou* neste caso repetia o argumento de outro economista, *Marshall* (1922) de que o incremento ou decréscimo de custos em indústrias competitivas era ineficiente, porque o ingresso de novas firmas impunham benefícios ou danos às firmas existentes. Para este autor estes custos eram “*externos para a firma, mas internos para a indústria*” (“*external to the firm but internal to the industry*”)<sup>12</sup>.

O conceito de *Marshall* ficou esquecido até que *Pigou* ampliou o seu sentido e alcance para abranger uma ampla variedade de conflitos entre o produto líquido privado e social (“*divergence between private and social net product*”). Ao analisar a questão da eficácia social defendeu que<sup>13</sup> o ingresso de uma nova firma em um setor competitivo implica em uma divergência entre o produto privado marginal líquido (*marginal private net product*) e o produto social marginal líquido de investimento (*marginal social net product of investment*).

Um exemplo simplificado para este caso foi dado pelo próprio *Pigou* em sua obra “*The Economics of Welfare*” (1920) em que utiliza como exemplo um caso de uma via congestionada, em que novos veículos implicam em novos custos externos para os automóveis já presentes na estrada, ou seja, mais congestionamento. Neste caso não se cogita da possibilidade do uso de

---

<sup>12</sup> Cf. PIGOU, A. Cecil. *The economics of welfare*. London: MacMillan, 1962, p. 06.

<sup>13</sup> Conforme o autor: “. . . the values of the marginal private net product and of the marginal social net product of investment are both equal to one another and also stand at a sort of central level representative of industries in general. . . . investment and output must be carried to a point at which the value of the marginal private net product of investment there conforms to this central value. PIGOU, *op. cit.*, p. 05.

arranjos contratuais entre os motoristas como forma de reduzir a ineficiência, devendo se apelar a instrumentos públicos de ordenamento.

Para combater esta ineficiência *Pigou* defendia a utilização de incentivos (*bounties*) para as indústrias que entram reduzindo custos e tributos (*taxes*) para aqueles que ingressam aumentando custos. Esta discussão se provou ser muitas vezes árida e vazia e não é a toa que se denominou de “*caixas vazias*” (*empty boxes*), dada a sua dificuldade em categorizar quais os setores industriais que mereciam incentivos ou taxaço. Sua consequência geral foi fornecer fundamentos para a intervenção estatal como instrumento de correção de falhas de mercado, identificadas como externalidades negativas (*custo social*).

Um corolário da assunção da divergência entre o produto privado e o produto social de um conflito interfirmas era o entendimento de a correção para esta ineficiência deveria ser estatal. Não acreditava *Pigou* que os arranjos privados pudessem fornecer uma solução adequada e mais, provavelmente a solução seria pior.

Na sua obra *Pigou* irá apresentar uma interessante listagem de externalidades positivas, tais como: o aumento de valor de propriedades pela construção de estradas na sua adjacência, plantio de florestas para o clima, pesquisa científica, entre outras. São exemplos de externalidades negativas: os danos provocados pelas faíscas de trens na vegetação adjacente aos trilhos de ferrovias, fábricas que destroem o conforto de comunidades, certos tipos de investimento estrangeiro que impactam as taxas de câmbio, entre outros.

Além da descoberta de ineficiências (externalidades) em praticamente todos os setores privados (“*negative externalities are ubiquitous*”) *Pigou* desdenha da possibilidade de sua solução por meio de arranjos privados, preferindo a atuação estatal como forma de superação de divergências privadas por meio de extraordinários incentivos ou desincentivos (“*extraordinary encouragements*” or “*extraordinary restraints*”).

Em determinados casos o custo de atuação privada é excessivo ou não existe suficiente interesse individual para mover toda uma cadeia de arranjos privados, neste caso caberá ao Estado atuar, conforme ele escolha (*if it so choose*)<sup>14</sup>.

*Pigou* irá, contudo, se deparar com a situação em que as externalidades podem permanecer mesmo na situação em exista atuação estatal. Neste caso as falhas de mercado se encontram com as falhas de governo, visto que o Estado não é onipotente e nem infalível, bem como a sua atuação não é sempre virtuosa, podem existir situações em que a atuação estatal obedece a inte-

---

<sup>14</sup> Cf. PIGOU, op. cit., p. 195.

resses egoísticos, mesquinhos, totalmente distintos dos interesses públicos e do bem-comum.

*Pigou* irá ressaltar inclusive o papel do voto na superação dos interesses gerais por interesses setoriais e de grupos, fazendo inclusive que os interesses maiores sejam absorvidos por interesses menores. Trata-se de um compreensão absolutamente diversa da que que caracterizava a esfera do político como a superação dos interesses sociais contraditórios, na verdade seria somente mais uma camada em que a luta entre estes interesses se realizaria. Ele irá continuar a defender, contudo, a visão da supremacia geral da esfera pública na superação dos custos sociais.

A teoria de *Pigou* irá sofrer múltiplos ataques. De um lado *James Buchanan* irá desmascarar a aparente neutralidade idealística da esfera governamental e de outro *Ronald Coase* o axioma da inevitável eficiência da solução estatal. *Buchanan* na sua obra seminal "*The Calculus of Consent*" irá defender o entendimento da vantagem metodológica da aplicação de instrumentos teóricos da teoria do agente racional em mercado para a compreensão da tomada de decisões públicas.

*Ronald Coase* irá proceder a uma profunda crítica a tese de *Pigou* em sua famosa obra "*O problema do custo social*" ("*The Problem of Social Cost*"<sup>15</sup>). Esta obra deu origem a diversas interpretações sobre as teses fundamentais ali defendidas e que receberam a denominação de "*Teorema de Coase*". Dentre os diversos aspectos apresentados pelos intérpretes podemos destacar essencialmente o desconforto de *Coase* com a ampliação excessiva das medidas de proteção governamental de caráter corretivo. Segundo o autor geralmente tais medidas tem como causa uma ação governamental e não uma ausência de atuação pública. De outro lado, tais ações produzem resultados prejudiciais e não benéficos<sup>16</sup>.

Por diversas vezes dirige seu ataque ao que denomina superestimação das vantagens da regulação governamental ("*over-estimate the advantages which come from governmental regulation*")<sup>17</sup>. Esta interpretação é tão relevante que é válida a sua leitura no original:

O tipo de situação que os economistas tendem a considerar como carentes de ações governamentais corretivas é, de fato, com frequência, o resultado da ação governamental. Tal ação não é, necessariamente, insensata. Contudo, há o perigo real de que a intervenção estatal extensiva no sistema econômico possa levar

---

<sup>15</sup> Cf. COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics Vol. 3 (October 1960), pp. 1-44.

<sup>16</sup> Cf. COASE, , op. cit., p. 15.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 13.

a uma ampliação excessiva da proteção dos responsáveis pelos efeitos prejudiciais<sup>18</sup>.

Pela leitura nota-se que não há em *Coase* uma negação absoluta da necessidade de atuação do Estado, mas uma desconfiança com a crença absoluta de *Pigou* de que a regulação governamental seja sempre a melhor solução. Sua tese parte do crítica ao entendimento, amplamente aceito em sua época, que as falhas de mercado deveriam ser resolvidas mediante mais regulação estatal. Segundo ele:

“Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e uma escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total”.

Segundo *Coase*: “um outro fator que deve ser levado em consideração é o fato de que as operações de troca em uma economia de mercado e mesmo transações organizadas dentro de uma mesma firma são freqüentemente tratadas diferentemente pelo Governo ou outros organismos ou agências regulatórias”<sup>19</sup>. Um exemplo citado pelo autor se refere à cobrança do imposto sobre as vendas (*sales tax*), que pode significar inclusive um fator determinante no tamanho das firmas em uma economia de mercado, visto que as empresas podem concentrar operações internas para evitar a incidência desta tributação<sup>20</sup>.

A doutrina tem identificado neste texto a tese de que: “se os agentes afetados por externalidades puderem negociar a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão chegar a uma solução negocialmente mais favorável”. O famoso *Teorema de Coase* nunca foi diretamente escrito pelo autor, recebendo diversas redações e enfoques. Após a leitura poderíamos inclusive questionar se não há a sugestão de uma *Curva de Coase* em que a regulação estatal seria eficiente até determinado ponto e onde além deste tornar-se-ia excessiva, contraproducente e ineficiente, a semelhança da *curva de Lafer*.

---

<sup>18</sup> Cf. COASE: “the kind of situation which economists are prone to consider as requiring corrective government action is, in fact, often the result of government action. Such action is not necessarily unwise. But there is a real danger that extensive government intervention in the economic system may lead to the protection of those responsible for harmful effects being carried too far”; cf. *Coase*, op. cit., p. 15.

<sup>19</sup> Assim: „another factor that should be noted is that exchange transactions on a market and the same transactions organised within a firm are often treated differently by Government or other bodies with regulatory power.”; ver in *Coase*, *The nature of Firm*, p. 393.

<sup>20</sup> Desse modo: „If we consider the operation of a sales tax, it is clear that it is a tax on market transactions and not on the same transactions organised within the firm” e „[...] of course, to the extent that firms already exist, such a measure as a sales tax would merely tend to make them larger than they would otherwise be”; ver in COASE, *idem*, p. 393.

Questiona igualmente *Coase* as vantagens da utilização extrafiscal dos tributos, como forma de correção de falhas de mercado, segundo o autor geralmente os economistas tratam da solução tributária de modo superficial e não homogêneo. Assim:

A mesma falha pode ser encontrada nas propostas para a solução do problema dos efeitos prejudiciais através da utilização de tributos ou recompensas. Pigou confere considerável importância a esta solução, embora ele seja, como sempre, lacônico nos detalhes e seletivo na sua fundamentação. Os economistas modernos tendem a pensar exclusivamente em tributação e de uma forma bastante precisa. O tributo deveria ser igual ao prejuízo causado e deveria, por isso, variar de acordo com a quantidade do prejuízo gerado. Como não se propõe que a renda adveniente do pagamento de tributos seja destinada àqueles que sofreram o prejuízo, tal solução não se equipara àquela na qual se obriga o causador do dano a indenizar os indivíduos por ele prejudicados, embora os economistas, de maneira geral, pareçam não atentar para isso e tendam a tratar as duas soluções como se fossem idênticas.

Considerando que o Direito Tributário atua sobre a realidade social e econômica devemos evitar um duplo erro: *autonomia absoluta* e *sujeição metodológica*. Nem o Direito Tributário deve desconsiderar o contexto onde se posiciona e as diversas interfaces com a Economia e Política, mas igualmente não deve esquecer que possui um método e um objeto próprio e distinto destes subsistemas sociais.

Os estudos econômicos têm demonstrado, portanto, uma clara limitação da tributação extrafiscal como forma de correção de externalidades, falhas de mercado e como substituto da ação livre da sociedade na busca de soluções voluntárias.

#### 4. REGIME CONSTITUCIONAL DA EXTRAFISCALIDADE

A ideia de tributos com finalidade indutora já existiam entre os primeiros teóricos do Direito Tributário, dentre os quais podemos destacar os estudos de *Giannini*. Segundo o autor:

“la finalidad del impuesto es procurar un ingreso al Estado, pero es necesario decir que tal finalidad no constituye siempre el único motivo de la imposición; de hecho, la utilización del impuesto se presta también para la consecución de fines no fiscales”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Cf. GIANINNI, A. D. *Instituciones de derecho tributario*, traducción de Fernando Sainz de Bujanda, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957.

A doutrina já diferenciava os *efeitos extrafiscais* dos tributos dos tributos com *finalidade extrafiscal*, dado que se compreendia que todos os tributos possuem um efeitos extrafiscal, alguns em maior e outros em menor grau, contudo, todos eles produzem consequências sobre a tomada de decisão dos agentes econômicos, induzindo ou repelindo condutas. Outra situação bastante diversa é o uso intencional da tributação com a finalidade precípua de premiar ou punir condutas com vistas a uma finalidade pública. Os tributos, igualmente, não possuem natureza fiscal ou extrafiscal, estas são funções do tributo, ou seja, instrumentalizações que a ordem constitucional admite para que determinada imposição fiscal busque precipuamente recursos públicos para o *financiamento* de direitos fundamentais ou a *promoção* destes mediante a indução de condutas.

Historicamente a tributação é estudada como a forma de retirada de patrimônio privado com o intuito do financiamento do interesse público, sendo que este poderia adotar diversos objetivos: o custeio do Estado (Estado Liberal), das políticas públicas (Estado Social) ou mesmo dos direitos fundamentais (Estado Democrático de Direito). Outra questão bastante diversa é a noção de que o Estado deve incentivar ou desincentivar comportamentos visando realizar os objetivos constitucionais. Afinal, até que ponto estaria o Estado autorizado a utilizar a tributação como instrumento extrafiscal?

A tributação foi durante séculos um campo claro de delimitação do poder de tributar, sendo que no sistema constitucional brasileiro foram estabelecidos limites claros à atuação das competências tributárias, por meio do princípio da legalidade estrita, da repartição rígida de competências, da tipicidade e da definição dos elementos componentes da regra-matriz de incidência tributária.

Outro elemento importante é o fim a ser alcançado: a *promoção dos direitos fundamentais sociais ou econômicos*, ou seja, o objetivo almejado não é a apenas a indução de condutas econômicas vinculadas à Ordem Econômica, mas igualmente aqueles previstos na Ordem Social (família, meio ambiente, lazer, cultura e educação).

A título de exemplo podemos citar o *Estatuto dos Benefícios Fiscais* de Portugal que não conceitua diretamente o fenômeno da extrafiscalidade, contudo, a indica como critério determinante para a concessão de incentivos, de tal forma que: “1 - Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”.

Cabe questionar quais são os princípios que regem a extrafiscalidade?

Uma tentação simplificadora seria imaginar que os tributos com função fiscal estão submetidos ao *princípio da isonomia*, enquanto que a extrafisca-

lidade é limitada pelo *princípio da proporcionalidade*. Este entendimento decorre da compreensão de que o princípio da proporcionalidade trata da correta adequação entre os meios escolhidos e os fins pretendidos pela norma tributária. Assim, se as finalidades são extrafiscais então a proporcionalidade indicaria os parâmetros para a correta utilização de meios e técnicas extrafiscais na promoção dos direitos fundamentais. Tal argumento é falso. *Tanto a fiscalidade, quanto a extrafiscalidade se submetem inquestionavelmente ao princípio da isonomia*. A eleição de uma norma de incentivo fiscal de um setor econômico sem a correta justificativa discriminatória será afastado por ofensa ao princípio da igualdade e não pela ofensa à proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, contudo, possui importante função de controle normativo no caso de restrições de direitos fundamentais, por meio da aplicação dos critérios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Um erro comum está em afirmar que o país vive um *Estado Permanente de Ponderação*, com ausência de segurança sobre a hierarquização axiológica<sup>22</sup> fundada pela CF/88, enxergando em cada conflito principiológico um momento de ponderação de princípios e regras. Igualmente seria falso afirmar-se que a ponderação possui um papel menor na interpretação sistemática. Inúmeros exemplos poderiam ser citados, para contrariar este entendimento: o julgamento sobre a possibilidade do aborto de fetos anecéfalos, cotas sociais e raciais, entre tantas outras. Poderíamos alegar que estas decisões são equivocadas, mas nunca que elas não são fruto de uma nova forma de interpretação constitucional.

Outro questionamento errôneo é sobre o método mais importante na interpretação sistemática sob o neoconstitucionalismo: a *subsunção ou a ponderação*? Novamente impõe-se uma falsa questão que permite qualquer resposta. Tanto a subsunção, como proteção da hierarquização axiológica original, quanto à ponderação como forma de *re-hierarquização axiológica* são fundamentais sob o neoconstitucionalismo, desde que respeitem os seus princípios fundamentais, as cláusulas pétreas e os limites ao poder de reforma constitucional. Portanto, é inegável que o neoconstitucionalismo utiliza o binômio hierarquização (subsunção) e re-hierarquização (ponderação) como forma de manutenção do *consensus* constitucional original de uma sociedade complexa e plural em um mundo dinâmico e em transformação.

A Corte Constitucional Alemã (BVerfG), por exemplo, faz uso do interessante *método de concretização da ordenamento axiológico* ("Methode Konkretisierung einer Wertordnung") para encontrar soluções conforme a Constituição a

---

<sup>22</sup> Cf. KIRCHHOF, Paul. Die Steuerrechtsordnung als Wertordnung. Steuer und Wirtschaft: StuW ; Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften 1996,1, S. 3-11.

partir de enunciados abstratos ou gerais (*abstrakten Sätzen*) previstos no texto constitucional<sup>23</sup>.

Mantém-se, contudo, o questionamento: existe algum *sobreprincípio que regule a extrafiscalidade?*

Em nossa opinião *a extrafiscalidade recebe proteção multidimensional*, ou seja, na definição de seus fins, meios e na técnica utilizada, cada qual com seus princípios relevantes. O princípio mais próximo para orientar a diretriz geral os limites gerais para o uso de mecanismos de regulação extrafiscal é o *princípio da subsidiariedade*.

Este princípio pouco lembrado para tratar da correta correlação entre meios e finalidades é muito mais adequado que o princípio da proporcionalidade para indicar quando o uso da extrafiscalidade é adequada e necessária e quando ela invade ilegitimamente a esfera privada. Este princípio tal como a proporcionalidade implica na assunção de que deve existir uma adequação entre os meios utilizados e os fins práticos a serem alcançados na esfera político-administrativa, contudo, a sua diferença está na sua orientação clara sobre a oportunidade e conveniência da atuação estatal para moldar comportamentos privados. O princípio da proporcionalidade analisa tão somente se a atuação estatal foi proporcional, razoável ou excessiva. A subsidiariedade propõe-se a orientar sobre quando esta atuação é desejável e não tanto sobre a sua modulação normativa-aplicativa. *A subsidiariedade irá claramente estabelecer uma hierarquia axiológica sobre o uso da atuação estatal como forma de consecução do interesse geral.*

A proporcionalidade serviria como critério da modulação normativa-aplicativa das normas tributárias no caso de restrição de direitos fundamentais, de tal modo que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serviriam como critérios de aferição da correta correlação entre meios e fins pretendidos (estados de coisas). Contudo, seria um instrumento inadequado para verificar-se a conveniência e competência de normas indutoras de comportamentos privados. Seu sentido e alcance não auxiliaria a responder sobre a (in) adequação ou (des) necessidade da instituição de um regime especial para premiar ou induzir o setor automobilístico. Sua utilidade estaria restrita tão somente com instrumento de controle ou correção na aplicação excessiva de normas, mas não para determinar o seu conteúdo.

O critério da necessidade nos informa, de modo geral, que a atuação extrafiscal é auxiliar e deve ocorrer somente de modo subsidiário<sup>24</sup>, quando

---

<sup>23</sup> Cf. HONSELL, Heinrich. Wächter oder Herrscher. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik. Heft 36, 4. September 2009/S. 1689, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, p. 1689.

outros meios não-fiscais não possam ser utilizados. Igualmente merece destaque o fato de que estes somente poderiam ser lançados quando a própria sociedade não regular corretamente seus interesses ou quando a regulação não seja prejudicial ou ineficiente. Assim, o critério da necessidade tem o seu conteúdo essencial vinculado a noção de subsidiariedade, ou melhor, o *conteúdo essencial do critério da necessidade decorre do princípio da subsidiariedade*.

Nossa compreensão decorre da assunção de que se trata de um entendimento errôneo o pressuposto de que os interesses privados (direitos individuais) possam sempre entrar em conflito com os interesses públicos e, portanto, o princípio da proporcionalidade seria sempre chamado a determinar a necessidade de determinada medida ou a mediar este conflito<sup>25</sup>. *A proteção dos direitos individuais, da autonomia da vontade e da livre iniciativa é essencialmente um interesse público*.

Trata-se de um erro comum acreditar-se que o sistema constitucional não determinou casos explícitos de hierarquização axiológica, onde o papel da proporcionalidade irá circunscrever-se à correção e controle dos excessos. *O sistema constitucional adotou como norma geral a subsidiariedade para determinar o sentido e alcance da aplicação da extrafiscalidade*.

O *núcleo essencial* do princípio da subsidiariedade decorre da valorização axiológica da *solução próxima ao cidadão*, ou seja, no entendimento que a solução mais eficiente de problemas no fornecimento de bens e serviços públicos não está longe dele. Assim, nada melhor que tentar encontrar soluções mais próximas possíveis do interessado. Trata-se de uma solução eficiente, visto que pode ser mais consistente, por determinar diretamente o problema junto ao cidadão e menos custosa, visto que não existem muitos graus de decisão ou uma menor burocracia entre o poder decisório e o beneficiário das políticas públicas.

O termo subsidiariedade tem sua origem na filosofia, especialmente na tradição grega e em *Dante Alighieri*, mas será com a *Encíclica Quadragesimo Anno*, elaborada pelo *Papa Pio XI*, que surgiu a sua formulação moderna, para proteger a autonomia individual ou coletiva contra toda intervenção pública injustificada.

---

<sup>24</sup> No mesmo sentido entende *Andrei Pithen Velloso* que: “a despeito de se tratar de um controle complexo, é aconselhável empreendê-lo antes que o da necessidade da medida ante meios fiscais alternativos, pois a tributação extrafiscal é, em princípio, meio subsidiário perante as medidas não fiscais: as finalidades alheias à imposição devem ser buscadas, em regra, mediante os institutos e formas dos respectivos ramos jurídicos, e não do Direito Tributário”, VELLOSO, *op. cit.*, p.314. Igualmente afirma corretamente o autor que: “o recurso à criação de normas tributárias extrafiscais deve ser uma solução de *ultima ratio* – e não a regra”; VELLOSO, *op. cit.*, p.314. Não cabe, contudo, em nosso entender, à proporcionalidade realizar o exame de necessidade dos fins pretendidos, mas ao controle de que os meios utilizados são os menos gravosos e menos restritivos à liberdade e igualdade.

<sup>25</sup> Cf. MEISTER, Moritz *et* KLATT, Matthias. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, U.K. : Oxford University Press, 2012, p. 15-16.

“Aquele importante princípio, que não pode ser desprezado ou mudado, permanece fixo e inabalável na filosofia social: Como não se pode subtrair do indivíduo e transferir para a sociedade aquilo que ele é capaz de produzir por iniciativa própria e com suas forças, assim seria injusto passar para a comunidade maior e superior o que grupos menores e inferiores são capazes de empreender e realizar. Isso é nocivo e perturbador também para toda a ordem social. Qualquer atuação social é subsidiária, de acordo com a sua natureza e seu conceito. Cabe-lhe dar apoio aos membros do corpo social, sem os destruir ou exaurir. [...] Quanto mais fiel for o respeito dos diversos graus sociais através da observância do princípio de subsidiariedade, tanto mais firmes se tornam a autoridade social e o dinamismo social e tanto melhor e mais feliz será o Estado”(Cfr. Pio XI, *Quadragesimo Anno*, 15 de maio de 1931, nº 79).

*João Paulo II* também desenvolve o princípio de subsidiariedade, dizendo:

“Uma comunidade de ordem mais elevada não deve interferir na vida interna de uma comunidade de ordem inferior, privando-a de suas funções, porém deve sustentá-la em caso de necessidade e ajudar a coordenar sua atividade com as atividades dos demais membros da sociedade, sempre com vistas ao bem comum” (Cfr. *João Paulo II*, encíclica *Centesimus Annus*, 15 de maio de 1991, nº 48. *Catecismo da Igreja Católica*, nº 1883).

Esta noção foi incorporada na doutrina e no Direito Europeu no Artigo 5.º (3.º-B), do Tratado CE, bem como no décimo segundo considerando do preâmbulo do Tratado da União Européia. Este comando é nominado como princípio da subsidiariedade no Direito Europeu, tal como podemos ler no Preâmbulo do Tratado da União Européia, que determina da seguinte forma:

“RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos de acordo como princípio da subsidiariedade”.

Artigo 5.

(..) Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo como princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção prevista não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário”.

O *princípio da subsidiariedade* estabelece uma determinada autoridade local deva possuir autonomia perante uma entidade central, determinando

uma repartição de competências com preferência pela solução mais próxima ao cidadão. Em relação a extrafiscalidade a subsidiariedade nos informa que o uso de mecanismos de indução deve ser restritivo, excepcional e somente adequado aos casos claramente justificáveis de uma atuação positiva do Estado.

Cabe ressaltar que o princípio da subsidiariedade não se constitui em princípio explícito ou claramente aceito no Direito Constitucional brasileiro, o que não significa que possa ser depreendido do texto constitucional.

Mesmo na Europa o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias decidiu, contudo, que antes da entrada em vigor do Tratado da União Européia, o princípio de subsidiariedade não constituía um princípio geral de direito comunitário e nem se constituía em um critério jurídico absoluto para apreciação da legitimidade dos atos comunitários .

São condições para aplicação do princípio da subsidiariedade:

- a) não implicar na invasão de competência exclusiva da Comunidade;
- b) tratar de competência que não pode ser adequadamente realizada pelos níveis locais ou regionais, bem como pelos Estados-membros;
- c) tratar-se de competência que pode ser eficientemente realizada por meio de uma intervenção da Comunidade.

O princípio da subsidiariedade possui *duas eficácias claras*: como limitação de competência discrimina as competências definidas pelo Tratado para a Comunidade e para os Estados-Membros e como exclusão de competência impede a atribuição de qualquer nova competência. Trata-se de um princípio que se aplica para modular a aplicação da distribuição de competências nos domínios que sejam partilhados entre as duas esferas, mas não se aplica às competências exclusivamente comunitárias ou exclusivamente nacionais.

Não há, contudo, no direito comunitário uma interpretação unívoca sobre este princípio, ainda persistem diferentes interpretações sobre o mesmo e sobre como conciliar os objetivos do tratado e os interesses nacionais, na busca de garantir aos cidadãos o direito de ter uma solução mais aproximada possível do seu problema.

No Direito Constitucional brasileiro o princípio não se encontra claramente disciplinado, contudo, se analisarmos o texto constitucional veremos claramente uma restrição das competências tributárias estabelecendo uma atuação subsidiária na ordem econômica. Determina o art. 173 que:

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 na-

cional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

De igual modo estabelece o texto constitucional que a ordem econômica é fundada na “[...] na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, [...]”;

O texto constitucional quando trata das normas de indução econômica afirma que o uso de funções estatais de incentivo devem estar previstas em lei e possuem eficácia meramente indicativa para o setor privado, assim dispõe a CF/88 que:

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.

O art. 174 da CF estabelece um regime constitucional claro para as normas indutoras, inclusive para a extrafiscalidade, prevendo:

- a) exigência formal de lei autorizativa (elemento formal);
- b) eficácia geral indicativa (eficácia limitada);
- c) atividade administrativa-normativa vinculada ao elemento formal e a eficácia restrita e;
- d) valorização constitucional axiológica da iniciativa privada como fundamento da ordem econômica.

Estes fundamentos ensejam a compreensão de que:

- *não existe no sistema constitucional nacional uma cláusula geral autorizativa de instituição de tributos com finalidade extrafiscal*, devendo esta atuação estar prevista em lei e possuir justificativa relevante para que supere a exigência de que função estatal deva ser meramente *indicativa*;

- a atividade indutora do Estado na Ordem Econômica, inclusive por meio de tributos extrafiscais, é *subsidiária* à atuação privada, ou seja, acessória e auxiliar, sob pena de desvalorização dos preceitos básicos do ordenamento nacional;

- no caso de ponderação ou conflito entre a necessidade da atuação estatal e da livre iniciativa deverá ser privilegiada a esfera privada de atuação dos agentes privados na Ordem Econômica, inclusive com o direito público subjetivo de não terem as suas escolhas formal ou substancialmente induzidas indevidamente, inclusive por meio da extrafiscalidade.

Não há como se admitir no modelo constitucional brasileiro a existência da assunção *pigouviana* de que a existência de ineficiências (externalida-

des) em todos os setores privados *implique lógica e necessariamente* na impossibilidade de solução por meio de arranjos privados, exigindo e justificando sempre a atuação estatal como forma de superação de divergências privadas por meio de extraordinários incentivos ou desincentivos (*'extraordinary encouragements' or 'extraordinary restraints'*). A tese contrária (competência autorizativa indutora irrestrita) somente pode ser defendida com elevado grau de politização e alargamento do sentido do texto constitucional.

Note-se que a atribuição de normas de competência fiscal ou extrafiscal deve ocorrer de modo expresse, tal como no art. 170 da CF/88, que determina a utilização de tratamento favorecido das micro e pequenas empresas e no tratamento diferenciado para a defesa do meio ambiente. Assim:

Art. 170 [...]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Outro setor claramente eleito pelo texto constitucional é o de exigência do *adequado tratamento ao ato cooperativo* (art. 146, inc. III, alínea "c" da CF/88). Salvo a defesa ambiental, microempresas e cooperativas, são taxativos os demais casos de autorização constitucional expressa, indicando uma vedação constitucional para uma autorização genérica à extrafiscalidade.

Assim poderíamos questionar quais seriam o princípios e regras que regem os limites formais e materiais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal?

## 5. LIMITAÇÕES FORMAIS AO PODER DE TRIBUTAR COM FINALIDADE EXTRAFISCAL

São princípios constitucionais que regem a extrafiscalidade: princípio da segurança jurídica, princípio da legalidade, da anterioridade, da periodicidade mínima e da publicidade.

Não pode a extrafiscalidade justificar a ofensa ao princípio da segurança jurídica, sob pena de ofensa direta ao texto constitucional.

O *princípio da segurança jurídica* exige a vedação à incidência de tributos a fatos que firmam as expectativas legítimas dos contribuintes, sua boa-fé ou a estabilidade das relações jurídicas. Um dos exemplos está na vedação de

tributos retroativos, ou seja, a fatos geradores anteriores ao início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, inc. III, a, da CF). A proteção dos fatos geradores anteriores à cobrança de tributos é um dos direitos fundamentais do contribuinte mais importantes, visto que preserva a sua segurança, seus direitos e a sua propriedade.

A proteção do contribuinte contra “*tributos-surpresa*” possui o efeito reflexo de garantir a *confiança* do contribuinte no sistema tributário e reforça a legitimidade geral do sistema de distribuição da distribuição de encargos fiscais. Desse modo, se o contribuinte acompanhar a evolução e as justificações públicas para o aumento de tributos, presume-se que irão diminuir as resistências à tributação. Por óbvio que somente este fator não é capaz de eliminar os questionamentos à tributação, especialmente quando as normas demonstram elevado grau de injustiça na distribuição de encargos fiscais ou quando o sistema político ou social são altamente injustos.

Um dos exemplos desse caso ocorre na cobrança retroativa de tributos protegidos inicialmente por benefícios fiscais, especialmente quando estes são declarados inconstitucionais, apesar da boa-fé do incentivado. Imagine-se um contribuinte que venha a usufruir de benefícios fiscais aparentemente legais e constitucionais e estes são declarados posteriormente como ilegítimos, poderia o fisco cobrar o principal mais multa dos contribuintes? Cremos que não, em respeito ao princípio da confiança legítima.

O Princípio da Legalidade, por sua vez, é a norma geral para instituição ou majoração de tributos, de tal modo que a sua inobservância acarreta a inconstitucionalidade do ato normativo (decreto, portaria, etc.). Está previsto no art. 150, inc. I da CF tem por objetivo vedar a instituição ou a majoração de tributos sem lei que estabeleça.

São exceções constitucionalmente autorizadas ao princípio da legalidade o uso de decretos com o sentido de facilitar o uso de instrumentos de regulação de determinadas políticas públicas, tais como política industrial (IPI); financeira (IOF); importação (II) e exportação (IE).

A regra da anterioridade representa, igualmente, garantia individual do contribuinte prevista como direito oriundo do Poder Constituinte Originário e que está protegido do poder de reforma da constituição por meio do Poder Constituinte Derivado. Dessa forma, qualquer tentativa de suprimir este direito representará afronta ao texto constitucional e será declarada inconstitucional, mesmo que proposta por meio de Emenda Constitucional. Assim decidiu o STF no julgamento da ADIN n. 939-7, de rel. do Min. Sydney Sanches, em 15.12.1993, que entendeu que:

“O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos

direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes. Não desconheço que se cuida, como qualquer outro direito, de prerrogativa de caráter meramente relativo, posto que as normas constitucionais originárias já contemplam hipóteses que lhe excepcionam a atuação. Note-se, porém, que as derrogações a este postulado emanaram de preceitos editados por órgão exercente de funções constituintes primárias: a Assembléia Nacional Constituinte. As exceções a este princípio foram estabelecidas, portanto, pelo próprio poder constituinte originário, que não sofre, em função da própria natureza dessa magna prerrogativa estatal, as limitações materiais e tampouco as restrições jurídicas impostas ao poder reformador. Não posso ignorar, de qualquer modo, que o princípio da anterioridade das leis tributária reflete, em seus aspectos essenciais, uma das expressões fundamentais em que se apóiam os direitos básicos proclamados em favor dos contribuintes. [...]” (STF, ADI n. 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches

Esta decisão é paradigmática por diversas razões. Esta regra deve ser respeitada igualmente nos casos de

- *leis revogadoras de isenções*: este entendimento pode ser derivado da leitura da Súmula 615 do STF que entendeu que: “*O princípio constitucional da anualidade*” (§ 29 do art. ix. 153 da Constituição Federal) *não se aplica à revogação de isenção do ICM*) e<sup>26</sup>;

- *sistema de creditamento de tributos*: entendeu o STF que o sistema de creditamento do ICMS, realizado com a alteração do Artigo 7º da Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000, ofendia o princípio da anterioridade, visto que a modificação do sistema de creditamento seja sob a forma de redução de um benefício de natureza fiscal ou como um caso de majoração de tributo cria uma carga para o contribuinte devendo, portanto, sujeitar-se ao princípio da anterioridade.

Deve a extrafiscalidade respeitar igualmente a regra da *periodicidade mínima*, igualmente denominado de anterioridade nonagesimal, noventa, anterioridade especial ou mitigada. Iremos denominar de periodicidade mínima de 90 dias entre a instituição ou majoração de determinado tributo e a sua efetiva cobrança<sup>27</sup>.

São submetidos igualmente ao princípio da anterioridade nonagesimal os incentivos fiscais. Assim no julgamento do caso sobre a redução do princípio da anterioridade nonagesimal referente à Contribuição social sobre o

---

<sup>26</sup> Cf. TÓRRES, Heleno. Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Tributário na USP, 2009, p. 757

<sup>27</sup> Veja-se o caso do aumento do IPI de veículos importados, ADI 4661, me que o STF manteve a garantia constitucional do período mínimo de noventa dias entre a instituição e cobrança de IPI.

lucro decorrente de exportações incentivadas se constituía em uma violação do texto constitucional. Assim, no RE nº 183.119/SC, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, entendeu o STF que a Contribuição social sobre o lucro decorrente de exportações incentivadas que a expressão “correspondente ao período-base de 1989”, contida no caput do artigo 1º da lei nº 7.988, de 28 DE dezembro de 1989, enquanto referida ao inciso II do mesmo dispositivo. Decidiu o STF que: “Inconstitucionalidade que se declara, sem redução de texto, por manifesta incompatibilidade com o art. 195, § 6º, da Constituição Federal (princípio da anterioridade mitigada)”.

São exceções a regra da anterioridade de exercício e de período as exceções previstas no art. 150, § 1º da CF que assim determina:

Art. 150 [...]

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

As exceções a este princípio referem-se aos *impostos com finalidade estruturalmente extrafiscal*. Esse é o caso do II, do IE, do IPI e do IOF, visto que estes tributos são eficientes mecanismos de manejo de políticas públicas econômicas (comércio exterior, política industrial e de mercado financeiro).

As exceções podem ser classificadas da seguinte forma:

i) *quanto ao momento de criação*: existem duas ordens de exceções previstas no texto constitucional, aquelas previstas no texto originário e ou aquelas incluídas por força de Emenda Constitucional;

ii) *quanto ao tipo*: o texto constitucional originário previa exceções ao princípio da anterioridade somente com base no manejo de critérios de extrafiscalidade, em relação a tributos que regulavam políticas públicas (II, IE, IPI e IOF); a EC 42/03 acrescentou uma listagem de novas exceções com base na praticabilidade da imposição de critérios (fixação da base de cálculo do IPTU e do IPVA). Trata-se de um precedente perigoso, visto que permite que outras formas de imposição limitadas pela praticabilidade da administração pública venham novamente a fragilizar este já frágil princípio.

São espécies de exceções:

i) *Exceções ao princípio da anterioridade e da periodicidade*: empréstimos compulsórios para Guerra e Calamidade Pública (art. 148, I); Imposto de Importação (153, I); Imposto de Exportação (153, II); Imposto sobre Produtos

Industrializados (153, IV) e Imposto sobre Operações Financeiras (153, V) e Imposto Extraordinário de Guerra (154, II);

ii) *Exceções somente ao princípio da anterioridade*: IPI (153, IV);

iii) *Exceções somente ao princípio da periodicidade*: Imposto sobre a Renda (153, III) e quanto a fixação da base de cálculo dos impostos sobre a Propriedade de Veículos Automotores (art. 155, III) e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (156, I);

## 6. LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE TRIBUTAR COMO FINALIDADE EXTRAFISCAL

O *princípio da isonomia* é um dos pilares fundamentais do sistema constitucional brasileiro e é impossível compreender o sistema tributário nacional sem ressaltar a relevância deste para todo ordenamento. Ele se dirige não apenas a garantir a igualdade de todos perante a lei, mas igualmente a igualdade de todos na lei.

O seu fundamento constitucional pode ser encontrado inicialmente do no próprio princípio da igualdade, previsto na CF em seu art. 5º, que assim preceitua:

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;

O *princípio da Isonomia Tributária* está por sua vez previsto no art. 150, inc. II da CF, que determina:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Este princípio se dirige a proibir o tratamento tributário desigual entre contribuintes que estejam em situação equivalente, ou seja, possuam a mesma capacidade contributiva, visto que o fundamento deste princípio está na tributação fundada na capacidade econômica de cada contribuinte, que determina a sua condição de pagar tributos.

O seu sentido é o mais republicano possível, na medida em que nenhum cidadão pode ser afastado do dever de suportar os encargos públicos e se opõe frontalmente aos regimes sociais anteriores que estabeleciam estatutos jurídicos distintos para os indivíduos em razão de seu *status* social. No modelo republicano todos os cidadãos possuem o mesmo estatuto de direitos e deveres públicos e ninguém pode ser afastado dos encargos ou privilegiado com direitos específicos sem uma justificativa legítima.

A igualdade na lei é a exigência expressa de que todos sejam considerados como livres e iguais, sem distinção de qualquer natureza, impedindo que as pessoas em situação semelhante recebam tratamento de modo distinto. Essa igualdade se expressa de duas formas: i) como uma cláusula geral de proibição de arbítrio e ii) como uma cláusula geral de exigência de tratamento equitativo. A *cláusula geral de proibição de arbítrio* é uma limitação ao poder do Estado em proceder distinções arbitrárias entre pessoas em mesma situação fática. Existe uma violação arbitrária quando o regime de distinção entre duas pessoas não se basear em um fundamento: sério, legítimo e razoável<sup>28</sup>, ou seja, quando não for absolutamente necessário, conforme o sistema jurídico e dotado de critérios racionalmente justificáveis.

O princípio da igualdade na lei como uma *cláusula geral de tratamento equitativo* aparece no texto constitucional por diversas formas como exigência ao Estado de uma ação positiva para inclusão social, regional e econômica. O constitucionalismo moderno descobriu que não basta proibir o Estado de promover um tratamento arbitrário é necessário igualmente promover o fim da desigualdade existente por meio de políticas de afirmação e de inclusão social, regional e econômica.

Distinções em razão de ocupação profissional ou por função exercida não se constituem em justificativas legítimas para um tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Estas distinções são proibidas pelo ordenamento jurídico nacional.

Igualmente estão proibidas qualquer forma de distinção em razão da denominação da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. A CF pretende desta forma bloquear qualquer forma de burla ao princípio da igualdade, vedando a criação de cargos ou funções ou tipos de rendimentos se constituam em fraude à vedação absoluta de distinções que ofendam o princípio da isonomia tributária.

O sistema constitucional admite expressamente as seguintes discriminações legítimas:

---

<sup>28</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 3. Ed., Coimbra: Almedina, p. 398.

- a) no combate às desigualdades sociais:
- b) desigualdades regionais:
- c) em função do tipo de empresas:
- d) incentivos sociais para grupos: família, criança, lazer,
- e) extrafiscalidade econômica:

Este princípio se espalha por todo o ordenamento jurídico e se constitui em um dos pilares do sistema jurídico tributário, sem ele toda a coerência interna do sistema se esvai, dando a origem a sistemas parciais de tributação, eivados de privilégios e gravames discriminatórios. Podemos dizer que este princípio é uma das maiores garantias jurídicas da coerência material do sistema tributário nacional<sup>29</sup>.

Sua transcendência se espalha por todos os tipos de conceitos tributários, institutos, regras, procedimentos, atos, normas, interpretações ou manifestações normativas, bem como para qualquer forma de imposição, gravame ou mesmo de desonerações, incentivos e benefícios fiscais<sup>30</sup>. Os conceitos tributários<sup>31</sup> de qualquer ordem, desde o seu nascedouro no fato gerador, no nascimento da obrigação tributária, no lançamento tributário, no crédito tributário, nos institutos da extinção, da exclusão ou da suspensão possuem em sua estrutura semântica o núcleo essencial do dever de cumprimento do princípio da isonomia tributária.

Este princípio deve possuir prevalência sobre praticamente todos os demais tributos, visto que não se admitirá, por exemplo, que em prol da segurança jurídica ou da certeza do Direito, se mantenham situações de injustiça na tributação. De igual forma, não parece lógico que para evitar a retroatividade das normas ou o princípio da anterioridade que se admita a tributação favorável a determinado grupo e desfavorável a outro, salvo se estas discriminações estiverem fundadas em uma discriminação legítima.

As únicas *discriminações legítimas* são aquelas derivadas de formas de incentivo a determinados grupos sociais e ao combate de desigualdades sociais e econômicas<sup>32</sup>. Do mesmo modo, a extrafiscalidade econômica pode recomendar, em prol da aplicação eficaz do princípio da neutralidade fiscal que determinados comportamentos econômicos recebam um tratamento favore-

---

<sup>29</sup> Cf. TIPKE, Klaus. Von der formelen zur Materiellen Tatbestandslehre. Steuer und Wirtschaft, 1993. P. 105-113.

<sup>30</sup> Concordamos com a distinção de *Roque Carrazza* entre benefícios e incentivos fiscais e isenções tributárias, visto que estas são apenas uma das modalidades de benefícios, ver in CARRAZZA, Roque. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 829.

<sup>31</sup> Artigo 4.º do *Estatuto dos Benefícios Fiscais* de Portugal: “Artigo 4.º. *Desagravamentos fiscais que não são benefícios fiscais*” [...] “1 - Não são benefícios fiscais as situações de não sujeição tributária”.

<sup>32</sup> Para um panorama abrangente do regime aplicável ao ICMS veja-se MELO, José Eduardo Soares de. ICMS. Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 2009.

cido em prol de uma melhor regulação ou intervenção no mercado. Assim, pode ser coerente que um determinado setor econômico seja mais fortemente tributado do que outro em função de uma lógica econômica de desenvolvimento<sup>33</sup>. Este entendimento poderia justificar que as importações fossem mais ou menos tributadas, conforme fosse conveniente ingressar ou não mais produtos estrangeiros, para combater a inflação ou a desindustrialização do país, conforme o caso.

Poderíamos afirmar que a extrafiscalidade antes de afastar o princípio da isonomia tributária se constitui em um mecanismo de correção ou de ajuste fino utilizado pelos instrumentos de política fiscal para garantir o objetivo constitucional de combate às desigualdades sociais, econômicas ou regionais. Igualmente deve ser considerados preferencialmente as formas de estímulo lineares, horizontais ou uniformes perante as formas seletivas, verticais e discricionárias de setores econômicos. A política econômica antes de pensar em apoiar determinado setor econômico (p. ex.: naval) deveria apoiar a todos e permitir que o mercado delimitasse quais os setores mais competitivos. O auxílio seletivo deveria ser uma *exceção* claramente delimitada e justificada, como por exemplo na indústria nascente de *software* ou espacial.

Em face dessa concessão seletiva, vertical e discricionária diversos setores tentaram junto ao Judiciário a extensão de benefícios com base no princípio da isonomia. Invariavelmente seus pedidos foram negados com base no entendimento de que a extrafiscalidade possui um juízo discricionário de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Digno de nota é julgamento que fundamentou a Súmula 448 do STJ, determinando que: opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei n. 10.034/2000". Neste caso entendeu a corte que:

“não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária — e esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 — pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria [...]”.

---

<sup>33</sup> RMS 37652 / MS. Decidiu-se nesse caso que: “5. O princípio da igualdade defendido pela recorrente deve ser relativizado pelo princípio da capacidade contributiva, de modo que seja atribuído a cada sujeito passivo tratamento adequado à sua condição, para minimizar desigualdades naturais. 6. A ordem pleiteada não pode ser concedida, pois, caso a postura extrafiscal do Estado não fosse permitida, a recorrente teria o direito ao benefício fiscal em questão e passaria a uma situação de maior vantagem em relação às demais pequenas empresas do setor de carnes. 7. É plenamente razoável e proporcional a restrição imposta pelo § 1º do art. 13-A do Decreto Estadual n. 12.056, de 2006, do Estado do Mato Grosso do Sul, que exclui os grandes frigoríferos exportadores do regime diferenciado do crédito presumido, até porque já possuem isenção de ICMS nas exportações devido à previsão constitucional. 8. A extensão dos benefícios fiscais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes”.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no §1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo”<sup>34</sup>.

Outro julgamento relevante é encontrado no pleito do setor industrial para a extensão de benefício fiscal concedido ao setor financeiro. Neste caso entendeu o STF que:

3 - Fosse o caso de se reconhecer eventual violação ao princípio da isonomia, de qualquer forma, tem-se por inviável a extensão de benefício fiscal a categoria não contemplada na norma, em atenção ao Princípio da Separação dos Poderes, pois agiria o Poder Judiciário, nesse caso, como legislador positivo (RE nº 178.932-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 07.04.95)”<sup>35</sup>.

O princípio da proporcionalidade tem sido chamado para proteger a esfera da liberdade perante o dito interesse público, especialmente perante o fato que este deve ser claramente justificado. O dever de proporcionalidade será neste caso entendido como critério de *controle normativo aplicativo* da atuação governamental toda vez que houver uma atuação discriminatória, que puser em risco a proteção dos direitos fundamentais individuais<sup>36</sup>. Outra concepção diversa da proporcionalidade a entende como instrumento de aplicação de outras normas em qualquer situação. Esta concepção amplíssima da proporcionalidade a entende como instrumento eficaz de outras normas, que precisariam sempre recorrer a ela para poderem incidir corretamente. Não partilhamos do entendimento que a proporcionalidade venha a ser uma condição para a aplicação das normas de direito público, visto que retiraria conteúdo direto das demais normas, gerando novamente um *Estado Permanente de Ponderação*.

Afinal, caberia questionar se princípio da isonomia, por exemplo, somente pode ser concretizado quando aplicado por meio da proporcionalidade, da ponderação e da solução de conflitos mediante moderação? Não teria a isonomia conteúdo essencial e próprio e próprio capaz de permitir a sua aplicação direta? Cremos que em casos de conflito claro com a capacidade contributiva ou livre concorrência a proporcionalidade deve ser chamada, mas não se trata de uma função essencialmente aplicativa, mas especialmente corretiva e de controle.

---

<sup>34</sup> REsp 1021263.

<sup>35</sup> RE 638422.

<sup>36</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*; tradução e apresentação de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 141.

O princípio da capacidade contributiva possui natureza essencialmente fiscal, ou seja, pretende distribuir os encargos fiscais na comunidade em conformidade com a capacidade econômica que cada um possui para suportar os tributos. A extrafiscalidade por sua vez pretende impor a tributação com base em outros critérios, especialmente a regulação, a promoção, o incentivo e o desincentivo de determinada conduta. Assim, extrafiscalidade está relacionada ao estímulo de políticas de governo, tais como o incentivo a certa política industrial, familiar, econômica, entre outras.

A extrafiscalidade amplia os interesses da tributação de tal modo a mudar a estrutura da sociedade, enquanto que o princípio da capacidade contributiva divide o esforço fiscal conforme a estrutura social vigente. Desse modo, a justiça fiscal somente pode ser combinada com a justiça social quando houver uma coordenação coerente entre a aplicação do princípio da capacidade contributiva e da extrafiscalidade, especialmente da distribuição de rendas e da diminuição das desigualdades sociais. O princípio da capacidade contributiva concretiza a justiça fiscal segundo uma situação existente, enquanto que a tributação extrafiscal, que objetiva a redistribuição de renda, busca mudar a estrutura social e alcançar a sociedade como “*deve ser*”.

Na extrafiscalidade a modulação na aplicação normativa ocorre por meio da conformidade entre as finalidades extrafiscais almejadas e capacidade econômica do beneficiado/afetado. O tributo neste caso, geralmente, tem a função de substituir um gasto público (*tax expenditure*) e geralmente os governos entendem este como uma despesa pública<sup>37</sup>. Dessa forma, um incentivo fiscal teria o mesmo efeito de um subsídio, ou seja, de um auxílio financeiro direto ao contribuinte<sup>38</sup>. O que interessa ao caso não é se o contribuinte tem *capacidade contributiva* para suportar um determinado ônus fiscal, mas se possui *capacidade econômica* para alcançar as finalidades econômicas propostas normativamente.

A extrafiscalidade afasta em determinadas situações o princípio da capacidade contributiva, visto que determinado setor é incentivado e outro não, mesmo que possuam a mesma condição contributiva. Deve a extrafiscalidade respeitar o princípio da capacidade contributiva? Cremos que sim, fundamentalmente no plano geral, ou seja, no momento de escolha do setor a ser incentivado, do alcance da diferenciação e das técnicas utilizadas de tal

---

<sup>37</sup> Artigo 2.º do *Estatuto dos Benefícios Fiscais* de Portugal: “3 - Os benefícios fiscais são considerados despesas fiscais, as quais podem ser previstas no Orçamento do Estado ou em documento anexo e, sendo caso disso, nos orçamentos das Regiões Autónomas e das autarquias locais”.

<sup>38</sup> A doutrina alemã considera os benefícios fiscais como formas de subvenções indiretas ou ocultas (*indirekte oder versteckte Subventionen*) Conforme lembra Andrei Pithen Velloso, ver in VELLOSO, *op. cit.*, p. 309. Veja-se KREUSSLER, Horst. *Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

modo que não ocorram distinções de tratamento injustificadas e que prejudiquem a aplicação do princípio da capacidade contributiva como princípio norteador da tributação da renda. Novamente tanto o princípio da subsidiariedade (limitação de competência), da isonomia (limitação material) e da proporcionalidade (correção pelo exame de necessidade) serão chamados à concretização dos valores constitucionais.

Igualmente, a extrafiscalidade deve obedecer ao princípio da vedação de confisco prevista no art. 150, inc. IV da CF, que determina:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Este princípio possui características acentuadas de um verdadeiro princípio, visto que pode entrar em conflito com outros princípios, bem como exige a presença de outros subprincípios para que possa ser devidamente aplicado.

O texto constitucional se dirige expressamente aos “tributos com efeito de confisco”, o que faz surgir a dúvida sobre a possibilidade de aplicação desse princípio às penalidades. Em nosso entender as sanções devem obedecer cumulativamente ao princípio da proporcionalidade e ao da vedação de confisco<sup>39</sup>.

O princípio da vedação de confisco se aplica a todos os impostos, entretanto, existem dúvidas sobre a aplicação do princípio aos seguintes casos:

- *impostos extrafiscais*: alguns autores afirmam que o princípio da vedação de confisco não aplica ao II, IE, IPI e IOF, contudo o disposto no art. 153, § 1º da CF determina que a alteração de alíquotas destes impostos somente pode ser realizada nos limites estabelecidos em lei, ou seja, devem existir limites à tributação, especialmente, a vedação de confisco (“É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”);

- *impostos submetidos à progressividade extrafiscal* (ITR e IPTU): igualmente alguns autores defendem que o princípio da vedação de confisco não aplica quando estão atrelados a política fiscal de realização da função social da terra, contudo, não podem estas alíquotas implicarem em uma forma disfar-

---

<sup>39</sup> ADI 551/RJ. “Ação Direta De Inconstitucionalidade. §§ 2º E 3º Do Art. 57 Do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias Da Constituição Do Estado Do Rio De Janeiro. Fixação de valores mínimos para multas pelo não-recolhimento e sonegação de tributos estaduais. Violação ao inciso iv do art. 150 da carta da Republica. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente”.

çada de desapropriação da propriedade fundiária urbana ou rural. No caso do IPTU progressivo a sua alíquota máxima está estabelecida em 15%, conforme o Estatuto da Cidade<sup>40</sup>. No caso do ITR ele não pode ser uma forma disfarçada de se descumprir o mandamento constitucional que a desapropriação será precedida de uma justa indenização;

- *impostos seletivos (ICMS e IPI)*: grande dúvida tem surgido sobre a possibilidade de alíquotas confiscatórias incidentes sobre produtos supérfluos e causadores de danos à saúde pública (cigarro e bebida alcoólicas). Não se pode considerar neste caso que os impostos venham a ser confiscatórios, visto que não retiram a propriedade do contribuinte-consumidor, visto que ele possui a liberdade de escolha de produtos alternativos com alíquotas menores, o que existe é um desincentivo ao consumo de determinados produtos e uma redução de alíquotas de outros, conforme o princípio da essencialidade. Haveria efeito confiscatório se os produtos essenciais fossem taxados a níveis tão elevados que significassem na prática um confisco para todo aquele que adquirissem produtos para a sobrevivência, numa forma de escravidão moderna.

A extrafiscalidade deve igualmente obedecer ao princípio da proteção da livre concorrência em matéria fiscal<sup>41</sup>. Como bem observou *Maria de Fátima Ribeiro* os incentivos fiscais devem levar em consideração não apenas os benefícios gerados, mas igualmente os prejuízos que podem causar a longo prazo. Assim, ao tentar financiar a atividade privada estas medidas podem não apenas impedir melhorias no sistema social, mas igualmente distorcendo os propósitos constitucionais<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Lei nº 10.257/01, que determina: “Art. 7º. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. §1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento”.

<sup>41</sup> Cf. *Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal*: “Artigo 6.º. Carácter genérico dos benefícios fiscais; Respeito pela livre concorrência. 1 - A definição dos pressupostos objectivos e subjectivos dos benefícios fiscais deve ser feita em termos genéricos, e tendo em vista a tutela de interesses públicos relevantes, só se admitindo benefícios de natureza individual por razões excepcionais, devidamente justificadas no diploma que os instituir. 2 - A formulação genérica dos benefícios fiscais deve obedecer ao princípio da igualdade, de modo a não falsear ou ameaçar falsear a concorrência”.

<sup>42</sup> Cf. RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe; CAVALCANTE, Denise Lucena et GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiros*. São Paulo: Almedina, 2012, p. 311.

## 7. CONCLUSÕES

1. A *extrafiscalidade* recebe *proteção multidimensional*, ou seja, na definição de seus fins, meios e na técnica utilizada, cada qual com seus princípios relevantes. O princípio mais próximo para orientar a diretriz geral os limites gerais para o uso de mecanismos de regulação extrafiscal é o *princípio da subsidiariedade*.

2. A *subsidiariedade* estabelece claramente uma *hierarquia axiológica* sobre o uso da atuação estatal como forma de consecução do interesse geral, determinando esta atuação como limitada e subsidiária.

3. O *núcleo essencial* do princípio da subsidiariedade está na valorização axiológica da solução próxima ao cidadão, ou seja, no entendimento que a solução mais eficiente de problemas no fornecimento de bens e serviços públicos está próxima ao cidadão e não longe dele. Assim, nada melhor que tentar encontrar soluções mais próximas possíveis do interessado. Trata-se de uma solução eficiente, visto que uma solução próxima pode ser mais consistente, por determinar diretamente o problema junto ao cidadão e menos custosa, visto que não existem muitos graus de decisão ou uma menor burocracia entre o poder decisório e o beneficiário das políticas públicas.

4. A proporcionalidade serviria como critério da modulação normativa-aplicativa das normas tributárias no caso de restrição de direitos fundamentais, de tal modo que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serviriam como critérios de aferição da correta correlação entre meios e fins pretendidos (estados de coisas). Contudo, seria um instrumento inadequado para verificar-se a conveniência e competência de normas indutoras de comportamentos privados.

5. Tanto o princípio da subsidiariedade (limitação de competência), da isonomia (limitação material) e da proporcionalidade (correção pelo exame de necessidade) serão chamados à concretização dos valores constitucionais na aplicação da extrafiscalidade.

## REFERÊNCIAS

ALABERN, Juan Enrique Varona. *Extrafiscalidad y Dogmática Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ARAMAYO, Maria Silva Velaverde. *Benefícios y minoraciones en Derecho Tributário*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução a Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BIRK, Dieter, *Steuerrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria Della Norma Giuridica. Torino: G. Giappichelli, 1993.

CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito Tributário: três modos de pensar a tributação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 3. Ed., Coimbra: Almedina.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental*. In RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe; CAVALCANTE, Denise Lucena et GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiros*. São Paulo: Almedina, 2012.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* Vol. 3 (October 1960), pp. 1-44.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária (O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN). São Paulo: Dialética, 2003, p. 218-219.

DOMINGUES, Jose Carlos (coord). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008.

ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica*. São Paulo: MP Editora, 2007.

FRENZ, Walter, *Die Verhältnismäßigkeit von Steuern*, *GewArch* 2006, 282.

GIANINNI, A. D., *Instituciones de derecho tributario*, traducción de Fernando Sainz de Bujanda, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.

GOMES, Nuno Sá. *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*. Lisboa: Centro dos Estudos Fiscais, 1991.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

HONSELL, Heinrich. Wächter oder Herrscher. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik. 100Heft 36, 4. September 2009/S. 1689, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, s. 1689-1697.

JACHMANN, Monika, Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2000.

KIRCHHOF, Ferdinand, Besteuerung im Verfassungsstaat. Mohr Siebeck: Tübingen, 2000.

\_\_\_\_\_, Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts, 2. Aufl., C.F. Müller: Heidelberg, 2001.

KIRCHHOF, Paul. Die Steuerrechtsordnung als Wertordnung. Steuer und Wirtschaft : StuW ; Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften 1996,1, S. 3-11.

KREUSSLER, Horst. Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

KUBE, Hanno. Finanzgewalt in der Kompetenzordnung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

LA ROSA, Salvatore. Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali. Milano: Giuffrè, 1968.

LECHELER, Helmut. Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

LIPPROSS, Otto-Gerd, Allgemeines Steuerrecht, 11. Aufl., Münster: Alpmann Schmidt/Köln, 2009.

MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. Os benefícios Fiscais: sistema e regime. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Margarida Solema D'Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Coimbra: Coimbra, 2003.

MEISTER, Moritz *et* KLATT, Matthias. The Constitutional Structure of Proportionality. Oxford, U.K. : Oxford University Press, 2012.

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS. Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 2009.

MEßERSCHMIDT, Klaus. Umweltabgaben als Rechtsproblem. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

MORSELLI, Emanuele. *Compendio di Scienza delle Finanze*. Padova: CEDAM, 1947, p. 08.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *Igualdade em benefícios fiscais: as coordenadas do Direito ao tratamento igualitário em minorações fiscais*. Faculdade de Direito, Tese de Doutoramento, Lisboa, 2008.

PIGOU, A. Cecil. *The economics of welfare*. London: MacMillan, 1962.

PUGLIESI, Mario. *La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni*. Padova: CEDAM, 1932.

QUADROS, Fausto. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995;

RAGA GIL, José T. *El Estado de bienestar ante el principio de subsidiariedad*. In: SÁNCHEZ MACÍAS, José Ignacio; CALVO ORTEGA, Rafael; e RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando; Orgs. *Economía, Derecho y Tributación — Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*. Coleção Aquilafuente, 92. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2005. p. 29-61.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Reflexos da tributação no desequilíbrio da livre concorrência* In RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe; CAVALCANTE, Denise Lucena et GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiros*. São Paulo: Almedina, 2012.

SANTOS, Antônio Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o Princípio da Subsidiariedade — Gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Assoc. Acadêmica Fac. de Direito, 2001.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. *Essays in Taxation*. Macmillan & co., Ltd. 1913.

STADIE, Holger, *Allgemeines Steuerrecht*. Otto Schmidt: Köln 2003.

TIPKE, Klaus. *Von der formelen zur Materiellen Tatbestandslehre*. *Steuer und Wirtschaft*, 1993. P. 105-113.

TIPKE, Klaus/Lang, Joachim, *Steuerrecht*. Otto Schmidt: Köln 2010.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil*. In: Pires, Manuel. *Extrafiscalidade*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2011, p. 85-115.

\_\_\_\_\_. Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Tributário na USP, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELLOSO, Andrei Pithen. Princípio da Isonomia Tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILHENA, Maria do Rosário. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2002.

VINHAS, Marcos Andre. Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais. Rio Janeiro: Renovar, 2004.

VOGEL, Klaus, Die Steuergewalt und ihre Grenzen, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, Tübingen 2001, 577.

WALDHOFF, Christian. Die Zwecksteuer. Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtlichen Bindung des Aufkommens von Abgaben, StuW 2002, S. 285-313.



# UMA PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE NORMA JURÍDICA A PARTIR DE SUA ESTRUTURA LÓGICA E DA SUA ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL COM AS DEMAIS NORMAS DO SISTEMA

*Pedro Henrique de Araújo Cabral\**

## **Resumo**

Adotando a premissa posta pelo referencial teórico que que norma jurídica é proposição prescritiva, ou seja, uma ordem, o vertente trabalho sondar a posição da mesma no contexto da comunicação enquanto elemento linguístico, para em seguida se deter no detalhamento de sua estrutura lógica e da sua articulação com as outras normas do sistema, com o objetivo de, ao final, propor uma definição de norma jurídica lendo em consideração os seus aspectos estritamente formais. Tal definição consiste na formulação segundo a qual norma jurídica é a proposições prescritiva cuja violação da obrigação que institui constitui necessariamente hipótese da outra proposição prescritiva que, por sua vez, estabelece uma obrigação heterônoma institucionalizada. Tal esforço evidencia boa utilidade face dos problemas de ordem prática e teórica com que os operadores do direito se deparam, pois fornece instrumental, tanto para o enfrentamento de questões tais como a determinação da sujeição passiva de um tributo ou a demonstração do objeto principal de um contrato, como para uma delimitação conceitual mais precisa da norma jurídica em relação a outras espécies de normas.

## **Palavras-chave**

Norma jurídica. Estrutura lógica. Articulação institucional.

## **Abstract**

Adopting the premise put by the theoretical reference that legal norm is prescriptive proposition, in other words, a command, the present work to probe the position of it in the context of communication

---

\* Advogado. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduado em nível de extensão em Direito Societário, em Direito do Seguro e Resseguro, em Processo Civil e em Inglês Jurídico, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET/SP). Processor de Direito Societário, Direito de Falência e da Empresa em Crise, Direito Tributário, Direito Cambiário, Direito Contratual, Direito Bancário e Direito Penal Bancário na Fundação Getúlio Vargas; de Metodologia do Trabalho Científico na Universidade do Vale do Acaraú (UVA); e de Teoria do Projeto Aplicado na Fundação do Vale do Jaguaribe (FVJ). Parecerista da Revista Opinião Jurídica. Pesquisador do Grupo Tributação Ambiental (PPGD/UFC).

as a linguistic element, for then dwelling on details of its logical structure and its articulation with other norms of the system, with the purpose at the end, propose a definition propose a definition as rules of law taking into account its formal aspects strictly. This definition consists in the formulation according to which legal norm is prescriptive propositions whose breach of the obligation establishing the is necessarily prescriptive hypothesis of another proposition which, in turn, establishes an institutionalized heteronomous obligation which, in turn, establishes an institutionalized heteronomous obligation. Such effort evidence good utility face of practical and theoretical problems Such effort evidence good utility face of practical problems and theoretical with the operators of the right are faced, because it provides instruments, both for coping with issues such as the determination of the passive subject of a tribute or the statement of the main object of a contract as well as for a conceptual more precise delimitation of the legal rule in relation to other kinds of norms.

### **Keywords**

Legal norms. Logical structure. Institutional relationship.

## 1. INTRODUÇÃO

Partindo de um referencial teórico de Hans Kelsen, Alf Ross, Norberto Bobbio, Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho sobre a estrutura e função da norma jurídica, o vertente estudo pretende, primeiro, sondar a norma jurídica no contexto da comunicação enquanto elemento linguístico, para em seguida se deter no detalhamento de sua estrutura lógica e da sua articulação com as outras normas do sistema, com o objetivo de, ao final, propor uma definição do conceito de norma jurídica levando em consideração estritamente os aspectos formais evidenciados ao longo do texto.

Assim, baseando-se na lição dos autores referidos, segundo a qual normas são proposições prescritivas, perscruta-se ao longo do texto o contexto linguísticos em que a norma jurídica é intersubjetivamente posta, bem como, a sua dimensão logico-sintática, descrevendo os seus principais elementos, quais sejam, o descritor e o prescritor normativo, demorando um pouco mais no detalhamento da relação jurídica e de seus componentes: sujeito ativo, sujeito passivo e prestação (objeto).

Evoluindo, em certo ponto, procede-se à operação de redução dos tradicionais modais dêonticos – obrigatório, proibido e permitido – a um único modal o obrigatório, já que o proibido encerra uma obrigação de não fazer e o permitido uma obrigação de tolerar, para facilitar o trato da matéria, inclusive, a exposição em forma de diagramas, ao que se recorre de forma um tanto larga.

Já, encaminhando-se para o desfecho do raciocínio, trata-se da articulação das normas jurídicas demonstrando que é característico do ordenamento jurídico que a violação de normas, ditas primárias, configuram necessariamente hipóteses normativas de outras normas do sistema.

De posse, então do instrumental arregimentado, parte-se para uma proposta de definição do conceito de norma jurídica a partir dos elementos característicos da sua estrutura lógica e da articulação entre as normas no

sistema jurídico que as qualifica, deixando claro, ao concluir que tal definição não exclui outras forjadas sob outra ótica ou que leve em consideração outras de suas notas características.

Tal esforço evidencia boa utilidade face dos problemas de ordem prática e teórica com que os operadores do direito se deparam, pois fornece instrumental, primeiro, para enfrentar questões de ordem, tais como a determinação da sujeição passiva de um tributo ou a demonstração do objeto principal de um contrato, dentre outras questões que só o domínio pleno dos elementos da norma pode enfrentar satisfatoriamente; segundo, para uma delimitação conceitual mais precisa da norma jurídica em relação a outras espécies de normas que compõem o grande campo da lógica deôntica.

## 2. REFERENCIAL TEÓRICO

Para os estritos objetivos do presente raciocínio, adota-se como referência remota mais importante a teoria pura do direito de Hans Kelsen sobre tratar da estrutura da norma jurídica. São também referências capitais nesse campo de investigação, Alf Ross e Norberto Bobbio. Já na doutrina nacional, merecem destaque Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho. Sendo claro que a menção a esses restrito grupo de pensadores não implica desprezar de outros tantos brilhantes e perspicazes autores que trataram do tema.

Pois bem, para Kelsen a norma jurídica é uma *prescrição*<sup>1</sup>; diz ele que o direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano, esclarecendo logo após como segue

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem.

Já o vocabulário de Alf Ross se refere à norma jurídica como uma espécie do gênero das *diretivas*, entendidas como expressões sem significado representativo<sup>2</sup> mas com a intenção de exercer influência no comportamento de uma pessoa<sup>3</sup>. Nas palavras do autor

Agora, considerando tais antecedentes, formulamos a pergunta: à qual categoria<sup>4</sup> pertencem as orações encontradas nas regras

---

<sup>1</sup> Teoria Pura do Direito, p. 5, 2009.

<sup>2</sup> Num contexto anteriormente construído...

<sup>3</sup> Direito e Justiça, p. 31, 2007.

<sup>4</sup> Refere-se o autor às categorias das expressões linguísticas, que, Segundo ele são três: asserção, exclamação e diretivas.

jurídicas? Parece óbvio que devam ser diretivas, e não exclamações nem asserções. As leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teórica, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto os juízes quantos os cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada.

Por sua vez, Lourival Vilanova associa a ideia de proposição prescritiva àquilo que se tem por norma jurídica, no que é seguido por Paulo de Barros Carvalho para quem a *norma é proposição prescritiva decorrente do todo que é o ordenamento jurídico*<sup>5</sup>.

Observe-se por imprescindível que a referência que faz, aí, Paulo de Barros Carvalho, ao *tudo que é o ordenamento jurídico* informa claramente que seu conceito de norma é tomado a partir da perspectiva da pertinência da norma ao ordenamento, de forma que não é o ordenamento que se define por ela ou por seu coletivo, mas, sim, a norma que se é jurídica porque atinente ao direito. Perspectiva essa que, mais ou menos explicitamente, é assumida pelos autores citados precedentemente.

Isso suscita duas questões, a primeira, relativa à construção da norma jurídica em particular como o produto de uma interpretação sistêmica, que vai muito além da construção do sentido a partir dos estritos termos de um enunciado. A segunda, relativa à admissão de que a pertinência ao sistema de direito positivo é o que a distingue das outras espécies de norma.

Essas são questões que, embora relevantes, não serão objeto de reflexões mais minuciosas nesse momento, pois o foco da análise empreendida recai sobre a estrutura da proposição jurídica, mais, do que ao seu processo de construção. Sendo que, relativamente à admissão constante da segunda questão, será ponderada e colocada, sem foros escolásticos, de uma forma que aparenta ser mais adequada.

### 3. NORMA JURÍDICA NA TOPOGRAFIA DA COMUNICAÇÃO

Se norma jurídica é um sentido denotativo de intencionalidade sobre a conduta de outrem e, como se admiti, para vir a lúmen há de ser intersubjetivamente posta por meio da linguagem, ou seja, tem na linguagem o seu veículo introdutor, intui-se convir que seja oportuno, antes de se lhe perscrutar os meandros estruturais, situá-la na topografia geral da comunicação.

Pois bem, de maneira, mais, ou menos, uniforme, os filósofos<sup>6</sup> apontam os seguintes elementos da comunicação:

» *Emissor*

---

<sup>5</sup> Direito Tributário: Linguagem e Método, p. 137, 2008.

<sup>6</sup> Roland Barthers, *in* Elementos de Semiologia; Ferdinand de Saussure, *in* Curso de Linguística Geral.

- » *Receptor*
- » *Linguagem*
  - \* *Canal*
  - \* *Signo*
    - + *Código*
    - + *Mensagem*
      - *Significado*
      - *Significação*

Em que o *Emissor* é o sujeito que produz a linguagem e o *Receptor*, aquele que percebe a Linguagem. Sendo *esta*, a *Linguagem*, constituída do *canal*, suporte físico, e do *signo*, que por sua vez, compõe-se de código e mensagem. O código é o conjunto de sinais: letras, desenhos, fonemas, gestos etc.; é o significante. A mensagem encerra o significado e a significação, tais como, respectivamente, o sentido objetivo e o sentido subjetivo.

De posse dos elementos acima delineados, para situar a norma jurídica no contexto comunicacional, o mesmo esquema pode ser, assim, reconstituído:

- » *Emissor* → *quem por meio da linguagem profere uma prescrição jurídica*
- » *Receptor* → *quem por meio da linguagem percebe a prescrição jurídica*
- » *Linguagem* → *canal e signo*
  - \* *Canal* → *meio – no Brasil, geralmente, a diários oficiais*
  - \* *Signo* → *código e mensagem*
    - + *Código* → *significante, no Brasil, preponderantemente, o vernáculo nacional*
    - + *Mensagem* → *significado e significação – a norma jurídica*
      - *Significado* → *sentido formal*
      - *Significação* → *sentido material*

De forma que podemos identificar o emissor da prescrição jurídica como o detentor do poder jurídico, bem como o receptor, com aquele que capta tal prescrição. A linguagem é, preponderantemente, escrita, mas existem prescrições jurídicas que são transmitidas através de gestos, da fala ou por meio de símbolos. Como canal, suporte físico, pode-se citar o texto da norma, o Diário oficial, a folha da sentença...

A mensagem, por sua vez, encerra a norma jurídica e pode ser encarada de dois pontos de vista distintos: o do significado, preso ao aspecto for-

mal, o que corresponde a norma tipo, o conceito de norma; e o da significação, ligada ao aspecto material, correspondente à norma em particular.

Nesse momento algumas noções pertinentes ao objeto desse trabalho começam a ficar mais claras. A primeira é a distinção entre o suporte introdutor de norma e ela própria. Como visto no segundo esquema “topográfico”, uma coisa é o meio físico pelo qual é introduzida a mensagem, outra é essa própria mensagem enquanto conjugação de significado e significação. Uma coisa, pois, é o texto normativo, outra, bem diferente, é a norma jurídica que se há de construir a partir dele. Já é lugar comum firmar que texto é uma coisa e norma é outra; no atual estado da arte, não há espaço para a confusão entre esses conceitos.

Outra distinção bem importante é a existente entre norma enquanto significado e norma enquanto significação. A norma enquanto dimensão objetiva da mensagem prescritiva jurídica representa um esquema deontico tipo. Já, ela, enquanto sentido material, consubstancia um esquema deontico em particular. Segue-se, pois, uma análise um pouco mais demorada desses esquemas.

#### 4. ESQUEMAS DEONTICO-JURÍDICOS

Visto que a prescrição enquanto mensagem no contexto comunicacional apresenta duas dimensões – formal e material – que não se confundem, deve-se pontuar que a norma jurídica, espécie de prescrição que é, pode ser percebida, de um lado, como uma estrutura formal lógico-sintática, de outro, como um conteúdo material semântico.

Esse esquema de ordem semântica revela um sentido normativo em particular, cujo conteúdo só pode ser alcançado no caso concreto, diante dos termos próprios de uma dada norma situada num ponto de convergência entre o tempo e o espaço. É variável e contingente, de forma tal, que tem na heterogeneidade uma característica fundamental.

Já, aquela estrutura formal, pelo contrário, detém sintaxe ímpar. Seu arranjo lógico é invariável, o que remete ao conceito de homogeneidade. Uma prescrição em si, será sempre uma prescrição, independente do que seja prescrito. Uma ordem em si, será sempre uma ordem, independente do que seja ordenado. E para que faça sentido enquanto tal, há de obedecer a mesma sintaxe em todo e qualquer caso. A bem da clareza, convém recorrer ao escol de Lourival Vilanova

[...] O legislador pode selecionar fatos para sobre eles incidir as hipóteses, pode optar por estes ou aqueles conteúdos sociais ou valorativos, mas não pode construir a hipótese sem estrutura (sintática) e sem a função que lhe pertence por ser estrutura de hipótese. Pode vincular livremente, em função de contextos so-

ciais e de valoração positiva e de valores ideais, quais quer consequências às hipóteses delineadas. Mas não pode deixar de sujeitar-se às relações meramente formais ou lógicas que determinam a relação-de-implicação entre hipótese e consequência.

Pelo que, resta evidenciada a homogeneidade sintática em face da heterogeneidade semântico do esquema deontico-jurídico, a fim de que se tenha bem presente que toda norma jurídica apresenta, sempre, a mesma estrutura sintática, muito embora, em particular, apresentar o mais diversificado cabedal de conteúdo material.

Nesse ponto, esclarece-se que a presente investigação é pertinente exclusivamente à dimensão sintática da norma jurídica, ao seu significado lógico, do esquema deontico-jurídico tipo.

## 5. SONDAÇÃO DA ESQUEMA DEONTICO-JURÍDICO TIPO

Quando se fala que a norma jurídica é uma proposição, precisamente, quer-se significar que ela está disposta em termos tais, que há uma relação de implicação entre dois termos, que encerra um juízo implicacional. Em que, dada uma HIPÓTESE deve ser uma TESE

*Se H, então T*

E como prescritiva a proposição de que se trata, a HIPÓTESE há de encerrar a possibilidade de um sucesso e sua TESE a previsão de uma ordem de conduta, para o caso de referida possibilidade vir a se concretizar. O que em linguagem semiformalizada pode ser expresso da seguinte maneira:

*Dado Fato (H), então deve ser tal Conduta (T)*

Mas como a conduta humana é algo que realizado no campo da intersubjetividade, podemos descerrar essa expressão lógica tendo em consideração a posição de sujeitos em relação à conduta prescrita, vide:

*Dado Fato (H), então Sujeito Passivo (Sa) deve Conduta (C) perante Sujeito Ativo (Sp)*

O que, em linguagem inteiramente formalizada, corresponde a:

$D[H \rightarrow r(Sp, Sa)]$

Em que, "D" é modal deontico neutro. Indica que se trata de um "dever ser" e não um "ser"; "→" desempenha o functor implicacional interposicional; "Sp" é sujeito passivo, aquele que deve prestar a conduta prescri-

ta; “Sa” é o sujeito ativo, perante quem deve a conduta; e, finalmente, “r” que é a variável relacional<sup>7</sup>.

### 5.1. Descritor e prescritor normativos

A hipótese (H) constitui o antecedente lógico da proposição e descreve, em abstrato<sup>8</sup>, fato qualquer, que caso se concretize, implica a tese correspondente. E se descreve, é um descritor.

Já a tese (T) é um conseqüente lógico, que encerra a prescrição que se deflagra com a ocorrência em concreto do fato hipoteticamente descrito no antecedente. E, se encerra uma prescrição, é um prescritor. Esse prescritor estabelece uma relação jurídica (r) que de que se trata no subtópico a seguir.

### 5.2. Relação jurídica

Também denominada de obrigação jurídica, a relação jurídica é o liame lógico que se instaura entre um sujeito ativo (Sa) e o sujeito passivo (Sp) e que tem no objeto, conduta (C), o seu ponto de convergência. De forma que, por óbvio, apresenta esses três elementos:

1. *sujeito ativo*
2. *sujeito passivo*
3. *objeto*

Ressalte-se, embora que redundante, que o objeto é o centro para onde afluem as atenções dos sujeitos da relação. O sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir o objeto, enquanto que o sujeito passivo tem o dever subjetivo de prestar o mesmo. E, uma vez que a norma jurídica se ocupe da regulação da conduta humana – premissa que se reforça – tal objeto, refere-se sempre a uma prestação do sujeito passivo.

Advirta-se, nesse ponto, que não se pode confundir o objeto da relação, que é uma prestação, com o objeto dessa própria prestação. Pois o objeto da relação será sempre uma conduta humana (prestação); enquanto que o objeto da prestação, o objeto dessa conduta humana, será uma coisa, um bem. Por exemplo, numa relação jurídica creditícia, o seu objeto é a conduta exigida do devedor que é pagar; já o objeto da prestação referida (pagamento) é o dinheiro que se entrega a esse título.

---

<sup>7</sup> É essa variável que indicará o modal deontico pertinente, que admite três possibilidades segundo a lógica deontica, quais sejam, o obrigatório, o proibido e o permitido. Esses modais serão abordados mais à frente.

<sup>8</sup> Abstraindo, para efeitos desse trabalho, as descrições de fatos em concreto constantes das normas concretas.

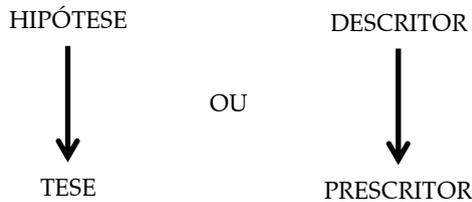
Devo observar, para encerrar esse item, que cada um desses elementos<sup>9</sup> pode assumir caráter individual ou plural, o que, em análise combinatória, revelam as seguintes possibilidades de configuração:

1. *Sujeito Ativo Coletivo – Sujeito Passivo Coletivo – Objeto Conduta-tipo*
2. *Sujeito Ativo Coletivo – Sujeito Passivo Individual – Objeto Conduta-tipo*
3. *Sujeito Ativo Individual – Sujeito Passivo Coletivo – Objeto Conduta-tipo*
4. *Sujeito Ativo Individual – Sujeito Passivo individual – Objeto Conduta-tipo*
5. *Sujeito Ativo Coletivo – Sujeito Passivo Coletivo – Objeto Conduta em Concreto*
6. *Sujeito Ativo Coletivo – Sujeito Passivo Individual – Objeto Conduta em Concreto*
7. *Sujeito Ativo Individual – Sujeito Passivo Coletivo – Objeto Conduta em Concreto*
8. *Sujeito Ativo Individual – Sujeito Passivo Individual – Objeto Conduta em Concreto*

### 5.3. Esquemas gráficos do deôntico-jurídico tipo

O primeiro diagrama que se pode desenhar é pertinente ao esquema básico do deôntico-Jurídico Tipo, como segue:

**Diagrama 1– Esquema básico do deôntico-jurídico tipo**



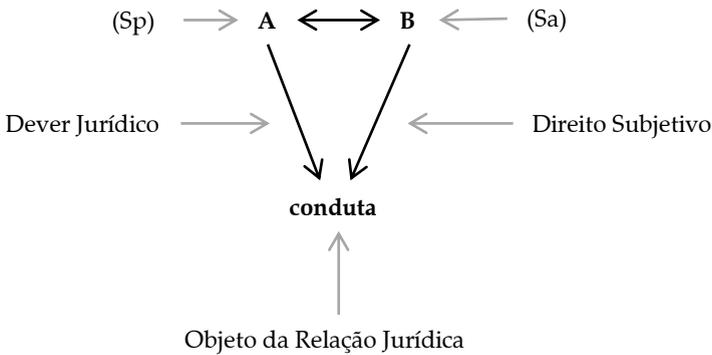
Fonte: elaborado pelo autor.

Outro importante diagrama é o da relação jurídica.

---

<sup>9</sup> Sujeito Ativo; Sujeito Passivo e Objeto.

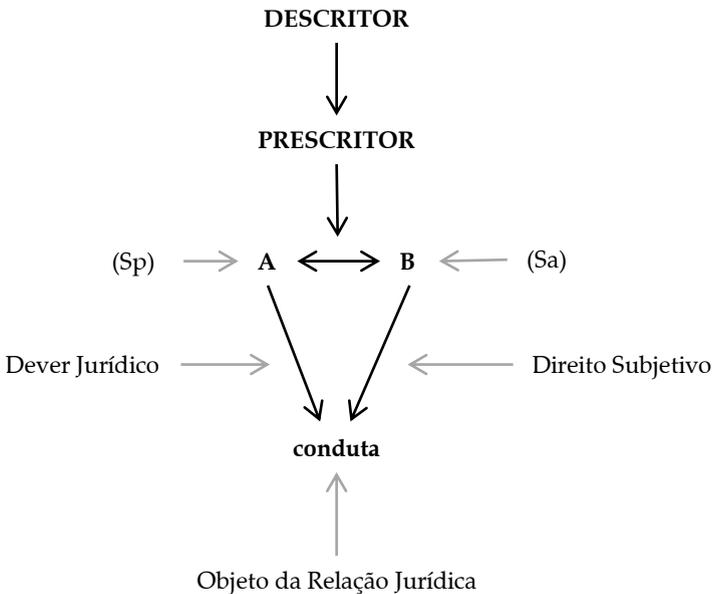
**Diagrama 2 – Relação jurídica**



Fonte: elaborado pelo autor.

Operando-se a conjunção desses diagramas obtemos um esboço completo que, talvez, torne mais clara a esquematização geral do deôntico-jurídico tipo.

**Diagrama 3 – Esquematização geral do deôntico-jurídico tipo**



Fonte: elaborado pelo autor.

## 6. REDUÇÃO DOS MODAIS DEÔNTICOS

A lógica de deontica é um especialidade do domínio da lógica. Ela estabelece as condições de possibilidades pertinentes às prescrições. Nesse campo, afirma-se que há apenas três possibilidades de condutas passíveis de constituir objeto de uma norma jurídica. São elas, a ação; a abstenção e a tolerância.

Assim, uma norma jurídica sempre estabelecerá uma obrigação, cujo objeto é “fazer algo”; uma proibição, cujo objeto é “não fazer algo”; ou permissão, cujo objeto é “tolerar fazer algo” ou “tolerar não fazer algo”. Por isso é que se assevera que a lógica deontica possui três modais

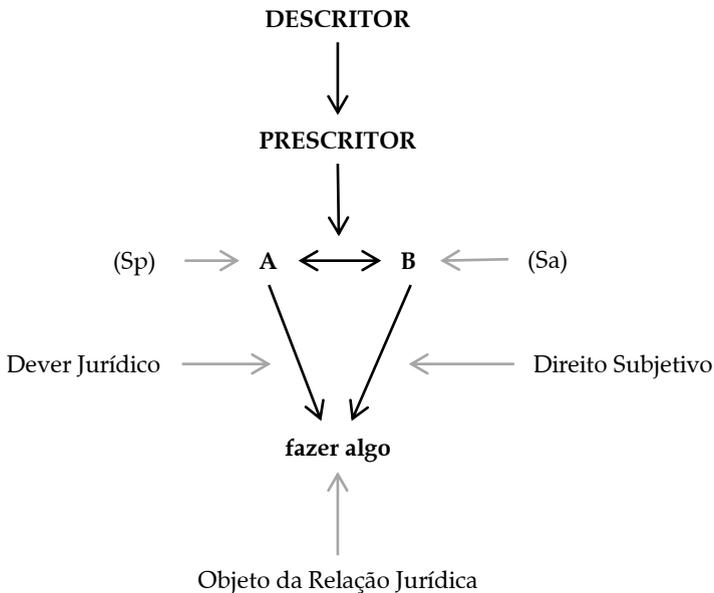
*modal obrigatório (O) – fazer algo*

*modal proibido (V) – não fazer algo*

*modal permitido (P) – poder: fazer algo / não fazer algo*

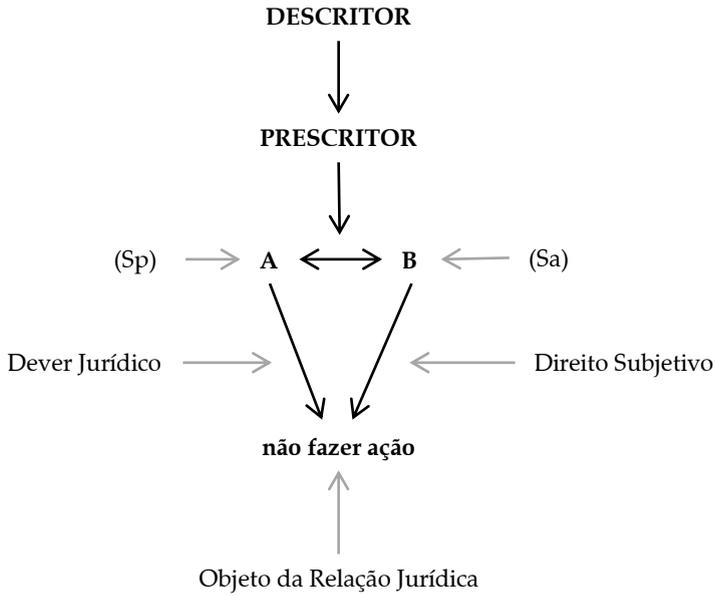
Essa é a visão clássica da lógica deontica que, há muito esclarece e guia os estudiosos nos seus esforços de compreensão o fenômeno normativo. Seguem os diagramas da relação jurídica modalizada por cada um desses modais.

**Diagrama 4 – Proposição jurídica – modal obrigatório**



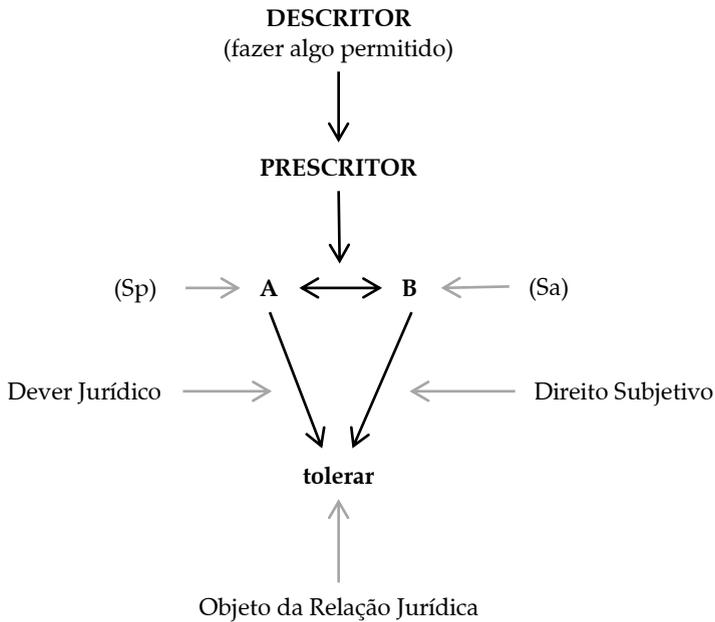
Fonte: elaborado pelo autor.

**Diagrama 5 – Proposição jurídica – modal proibitivo**



Fonte: elaborado pelo autor.

**Diagrama 6 – Proposição jurídica – modal permitido fazer**



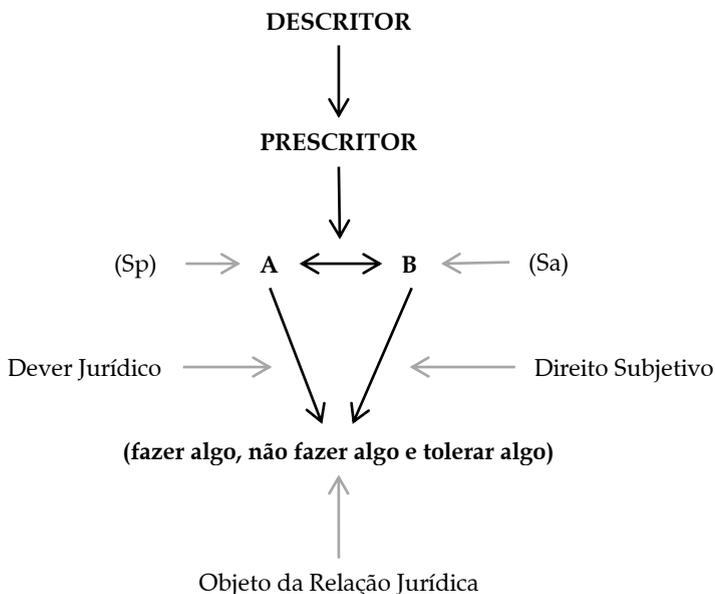
Fonte: elaborado pelo autor.

Note-se que nesse último caso, o modal opera não somente no consequente normativo prescrevendo a ordem de tolerar, mas, também, no antecedente impondo que tenha por objeto a conduta permitida. Num futuro próximo, terei a oportunidade de investigar o modal permitido com mais vagar em trabalho que trataremos da função promocional do direito. Por enquanto, ficamos com essa pequena nota.

Apesar da utilidade e, não, por desdém, mas, sim, por intuição prática, propõe-se a redução dos três modais acima a um só, pois, parece razoável afirmar que uma proibição é uma obrigação de “não fazer”, assim como, permissão é uma obrigação de “tolerar” imposta a todos diante daquele que detém a permissão. O que permite reduzir os modais deônticos a apenas um, o obrigatório.

Essa redução permite simplificar o raciocínio, reduzindo o número de possibilidades face do cumprimento ou da violação da prescrição, que serão analisadas subsequentemente, porém não antes de delinearmos o seguinte diagrama geral, com todos os elementos da proposição jurídica:

**Diagrama 7 – Esquema completo do deôntico-jurídico tipo**



Fonte: elaborado pelo autor

## 7. ARTICULAÇÃO PROPOSICIONAL

Sendo a norma jurídica a prescrição de uma obrigação, um “dever fazer algo”, sua satisfação, evidentemente, se dará quando no caso concreto aquele que estiver obrigado efetivamente fizer esse algo. Diz-se, no jargão, que nesse caso o direito foi cumprido. E isso, de certo tem sua relevância, principalmente na prevenção de responsabilidades do obrigado. Porém, se o cumprimento será ou não objeto de um descritor de uma outra norma jurídica isso é uma contingência. Há a possibilidade de as consequências pertinentes ao cumprimento da norma se exaurir no próprio momento do cumprimento, sem mais nada acarretar no sistema de direito positivo.

Já na violação de uma prescrição a coisa é bem diferente. Seja qual for o deontico, sua violação, para além da mera contingência, acarreta necessária consequência, nem que seja uma fugaz sensação de contrariedade experimentada pelo emissor da ordem. Mas que pode assumir proporções bem mais graves quando esse emissor é detentor de poder, seja legítimo, ou não.

E, por um acaso as regras jurídicas possuem como emissor o Estado<sup>10</sup>, detentor do poder político e da força efetiva. Ele, nessa condição de vantagem, não deixaria sem consequência a violação a uma ordem sua. Por isso, para cada violação a uma sanção, que nada mais é do que uma outra norma jurídica cujo descritor tem por objeto a hipótese de violação de norma jurídica.

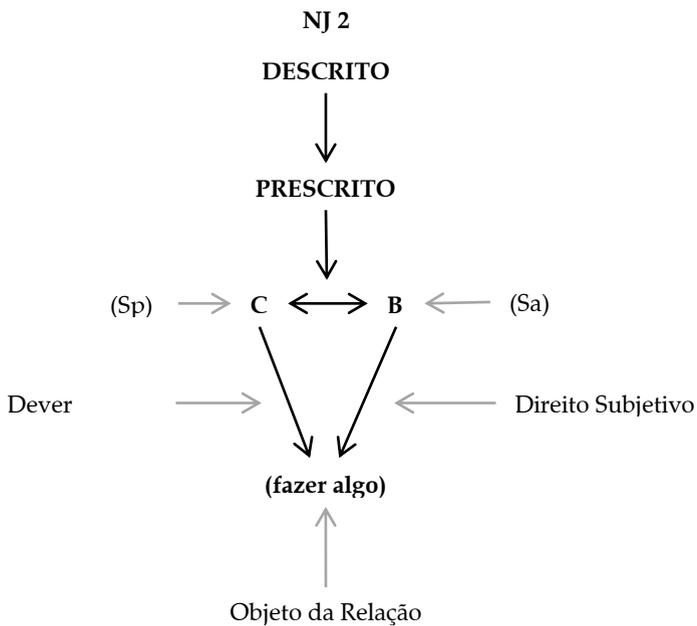
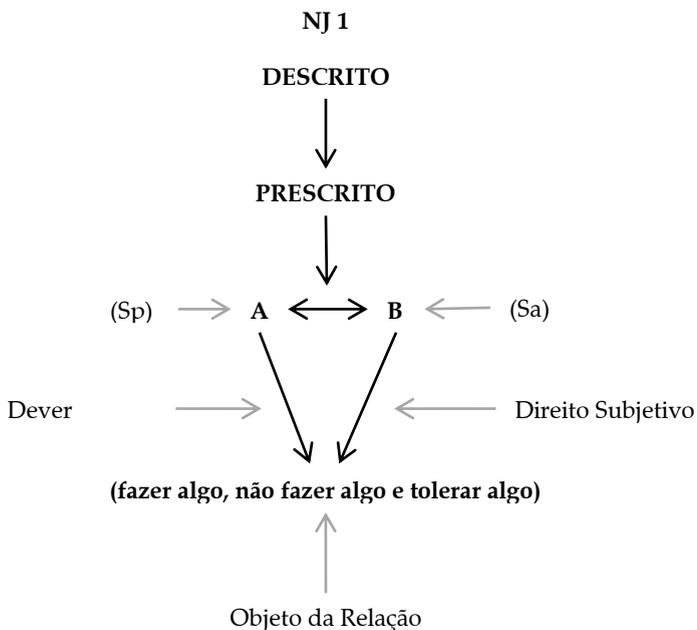
Não se trata, como se vê correntemente, de afirmar quer toda norma jurídica tem sanção, vez que isso: ou induz à falsa ideia de que a sanção é possuída pela norma, seja-lhe um elemento; ou, pior, equivale dizer que toda norma jurídica possui norma jurídica, contrassenso que salta aos olhos.

O que se quer significar, então, é que é nota característica da norma jurídica configurar a sua violação a hipótese contida no descritor de uma outra norma jurídica. Impondo-se observar que essa norma jurídica cuja hipótese é a violação da outra norma jurídica estabelece por seu prescritor uma nova relação jurídica, em que há uma troca de sujeito passivo. O Diagrama 8 apresenta essa articulação de proposições jurídica, para que o raciocínio fique mais acessível.

---

<sup>10</sup> Nesse trabalho abstenho-me de discutir o caráter jurídico de normas não estatais. Considero, aqui, o direito positivo, aquele posto pelo Estado, inclusive, sem indagar da justice de seu conteúdo, por impertinente à presente pesquisa. Mas que fique claro, que embora não indague da justice, aqui, para mim uma das condições de validade da norma jurídica é a sua adequação à moral, a sua justiça. Para mim, somente a norma justa ingressa validamente no ordenamento jurídico.

Diagrama 8 – Norma sancionatória – articulação proposicional



Fonte: elaborado pelo autor.

Observe-se que a norma sancionatória tem suas peculiaridades. A primeira, como já aventado, na figura do sujeito passivo, que se comuta numa autoridade competente (C) para aplicar a “sanção propriamente dita”, aqui, entendida como consequência negativa, ao sujeito passivo da norma violada (A). A segunda, é que o modal da relação jurídica é o obrigatório, em sentido estrito, o obrigado a fazer algo, o que seja, a referida aplicação da sanção. Assim, se A deve fazer algo, mas não faz, C deve fazer algo em relação a A.

Ou seja, a violação de uma norma jurídica, enquanto hipótese de uma norma jurídica sancionadora, faz incidir uma relação jurídica que estabelece uma obrigação heterônoma. É o que se chama sanção heterônoma, pois quem a aplica é um terceiro e não aquele que violou a norma primária. Em linguagem formal a expressão é a seguinte

$$D[H \rightarrow O(Sp,Sa)].[-O(Sp,Sa) \rightarrow O'(Sj,Sa')]$$

Onde, “D” – modal deôntico neutro. Indica que se trata de um “dever ser” e não um “ser”; “→” – functor implicacional interproposicional; “H” – hipótese de sucesso; “O – Obrigação; “Sp” – sujeito passivo; “Sa” – sujeito ativo; “-O” – Violação de Obrigação; “O’ ” – Obrigação Heterônoma; “Sa’ ” – sujeito ativo da Obrigação Heterônoma (nem sempre Sa’ coincide com Sa, vide, caso de homicídio); “Sj” – sujeito passivo da Obrigação Heterônoma (juiz).

## 8. UMA PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DO CONCEITO FORMAL DE NORMA JURÍDICA

De início, deve ficar claro que “definição” é uma coisa e “conceito” outra. Conceito, aqui, é entendido como significado das palavras e das locuções. Definição é a versão desse conceito em linguagem. Marca bastante a diferença entre esses dois termos o uso corriqueiro das palavras, como direito, norma, justiça etc., de forma coerente pelas pessoas em seus discursos, sem que tenham de, a todo, instante explicar (definir) cada uma delas. Aliás, seria mesmo impraticável os falantes terem que, ao falar, definir cada palavra que usam. Sobre o labor de definir Tárek Moussallem<sup>11</sup>, explica: “o objetivo de se definir é explicar o conceito (aqui entendido como significado) das palavras (símbolos) empregados no processo comunicacional, sempre empregando outras palavras”.

Pelo que se vê, a definição de um conceito se dá no plano da continuidade linguística. É pela caráter autorreferencial da linguagem, somente se pode acessar o sentido de uma palavra pelo intermédio de outras que em conjunto lhe correspondam o sentido. O que remete a um outro importante aspecto. Nessa atividade, há que se fazer um recorte no próprio tecido da

---

<sup>11</sup> Op. cit.

linguagem para colher dela as palavras com os respectivos sentidos individuais e coletivos, a serem empregados na construção do sentido do conceito a ser definido.

Esse recorte há se dar na região da linguagem em que se insere o conceito a definir. Ou seja, a definição se opera mediante o uso de palavras e significados do campo de linguagem de determinando área do conhecimento. Definir é, em si, executar um corte metodológico.

E como é de vulgar conhecimento, todo corte é arbitrário, depende das características do objeto que o ser cognoscente valora e elege como definitórias. Há, nisso, sim, uma escolha unilateral, mas isso não significa dizer que o árbitro possa colher tais características fora do plexo de linguagem do objeto. Pelo contrário, devem elas ter tradução na linguagem da área do conhecimento pertinente para que a definição, em si, tenha algum sentido.

De posse desses aparato, é que se propões a definição de norma jurídica declinada adiante, consciente e advertindo que a mesma não exclui outras definições que se possam construir a partir de características outras da norma jurídica que represente o interesse de outros autores, situados nessa própria área de especulação ou noutra.

Então, vista das características da norma jurídica perscrutadas ao longo desse texto face do sistema de referência propedeuticamente delineado, temos como definição do seu conceito formal o seguinte:

*É a proposição prescritiva cuja violação da obrigação instituída constitui necessariamente hipótese da outra proposição prescritiva que, por sua vez, estabelece uma obrigação heterônoma institucionalizada.*

## 9. CONCLUSÃO

Nesse derradeiro momento, repise-se que o presente estudo operou uma análise puramente formal, o que acarretou, como não poderia ser diferente, uma proposta de definição do conceito de norma jurídica eminentemente formal, sendo claro que muito pouco se dedicou nele ao que de material possa haver na norma jurídica. Advirta-se contudo, que, despeito disso, não se assumem os axiomas do formalismo jurídico, que considera o direito unicamente como expressão formal. Não é bem esse o caso.

A norma jurídica não é posta aqui como medida daquilo que é justo; pois não se pode entender a justiça segundo a lei, conforme acontece nos domínios do *formalismo ético*. Nem ela foi descrita como sendo exclusivamente a disjunção que se apresenta aos atores sociais na busca de seus objetivos, como preceitua o *formalismo jurídico propriamente dito*. Muito menos, evidenci-

ada, como no *formalismo científico*, em termos de um esquema puramente declarativo ou recognitivo atrelado a um sentido previamente positivado.

Não, longe disso, perseguiu-se posicionar a norma jurídica no contexto complexo do fenômeno comunicacional evidenciado, além do seu caráter formal, a existência de sua dimensão semântico, bem como, aclarando as suas relações com o canal, o código e o suporte físico que lhe introduzem, tudo, a demonstrar que constitui um elemento da linguagem, de que se servem os sujeitos comunicantes como meio intersubjetivo de interação, remetendo a noções para além do campo da própria semiótica.

Desta feita, procedeu-se esquadrio dos elementos que compõem a sua estrutura, ressaltando-lhe a sintaxe e a lógica própria. Outrossim, analisou-se a hipótese de sua violação e a consequência pertinente, num garimpo de características que foram tomadas como nota para a proposição de uma definição do seu conceito formal, sem que isso representasse em, momento algum, a negação de qualquer outro conceito, formal ou material, muito menos a pretensão de elevar esse tipo de aproximação do objeto a patamar de superioridade em relação aos outras diversas formas de investigação.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios Fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BROGLIA MENDES, Sônia Maria. **A validade jurídica: pré e pós giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993.

CHARADUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso: modos de organização**. São Paulo: Contexto, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazzini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra . **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HAACK, S. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.
- HABERMAS, J. **Truth and justification**. Tradução de Barbara Fultner. Massachusetts: MIT Press, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- MOUSSALEM, Tárek Moysalem. **Fontes do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- POPPER, K. **Conjecturas e Refutações**. Tradução de Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.
- POPPER, K. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- TARSKI, A. **Semantic Conception of Truth: and the Foundations of Semantics**. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 4, n. 3, p. 341-376, Março 1944. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2102968>. Acesso em: 4 jul. 2012
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógica e Sistema de Direito Positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.





# EDUCAÇÃO EMANCIPATÓRIA, TRABALHO DECENTE E DESENVOLVIMENTO DO BRASIL NO CAPITALISMO PARASITÁRIO NEOLIBERAL: PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Sérgio Cabral dos Reis\*

## Resumo

A realização progressiva dos direitos sociais, que inclui uma política educacional emancipatória, é condição para o exercício da liberdade. Trata-se de um pressuposto para a consagração do conceito pós-moderno de democracia, o qual, superando a ideia de mera representatividade formal, pressupõe uma participação consciente e com capacidade real de influência nas decisões políticas da comunidade. Após a crise do Direito do Trabalho, ocasionada pela reestruturação produtiva e pelo avanço da automação, somente se sobressairá no mercado o trabalhador qualificado e emancipado para além do capital, ciente de sua cidadania. Dessa forma, principalmente com auxílio sindical, possuirá aptidão para protagonizar lutas por dignidade no ambiente de trabalho, combatendo atos de terrorismo psicológico, decorrentes da competitividade capitalista, além de criar espaços de desconexão (do trabalho), fato que também interessa à empresa, que colherá os frutos de sua criatividade. Demais disso, a emancipação social propiciará um comportamento reflexivo sobre a atual sociedade de consumo, que aliena em nome do consumismo como mero valor de troca, provocando o endividamento coletivo da massa trabalhadora, sendo, inclusive, a nova forma de exploração do capitalismo neoliberal. Se há tensão entre a democracia representativa e a globalização econômica, deve-se resgatar o caráter transformador da Constituição, reestabelecendo a ética na sociedade civil e nas decisões estatais, evidenciando, principalmente, o papel da jurisdição no paradigma pós-positivista hodierno, a fim de corrigir déficits de constitucionalidade, em especial quanto ao direito fundamental à educação. Deve-se superar, nesse contexto, o paradigma do mínimo existencial, jurisprudencial e doutrinariamente dominante, o qual tem um viés mercadológico, para se buscar, judicialmente, dentro de certos limites, a eficácia plena e universal dos direitos sociais, sendo esse o caminho

---

\* Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (PR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor da graduação e da pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÉ). Vice-diretor e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor convidado da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Pernambuco (ESMATRA VI). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Ex-juiz do trabalho no Paraná e em Sergipe. Juiz do Trabalho na Paraíba. E-mail: sergio.juiz@gmail.com.

mais rápido ao efetivo desenvolvimento socioeconômico do Brasil. Refletir sobre esses temas, portanto, é o objetivo deste trabalho, construído à luz da Teoria Crítica do Direito.

### **Palavras-chave**

Direitos sociais. Eficácia judicial. Desenvolvimento social. Educação para além do mínimo existencial. Cidadania ativa.

### **Abstract**

The progressive realization of social rights, which includes an emancipatory educational policy is a condition to the exercise of freedom. This is a prerequisite for the consecration of the postmodern concept of democracy, which, surpassing the mere idea of formal representation, presupposes an participation a conscious and capable of real influence in community policy making. After the crisis of labor law, caused by the restructuring of production and the advancement of automation is emerging on the market only the skilled worker and emancipated beyond capital aware of their citizenship. Thus, especially with the help of association, possess ability to star fights for dignity in the workplace, fighting acts of psychological terrorism, arising from the capitalist competitiveness, in addition to create spaces of disconnection ( from the work), which also concern to the company, which will reap the fruits of their creativity. Too addition, social emancipation will provide a reflective behavior about the present consumer society, which alienates on behalf of consumerism as a mere exchange value, causing the collective indebtedness of the working masses, and even a new form of exploitation of the neoliberal capitalism. If there is tension between representative democracy and economic globalization, we must rescue the transforming character of the Constitution, reestablishing the ethics in the civil society and state decisions showing mainly the role of the jurisdiction in today's post-positivist paradigm, in order to correct deficits of constitutionality, especially as to the fundamental right to education. Must be overcome, in this context, the paradigm of existential minimum, jurisprudential and doctrinally dominant, which has a bias marketing, to seek, judicially, within certain limits, the full effectiveness and universal social rights, which is the way fastest to effective socio-economic development of Brazil. Reflecting on these issues is therefore is the aim of this work, that was built in the light of the Critical Theory of Law.

### **Keywords**

Social rights. Judicial efficiency. Social development. Education beyond the minimum existential active citizenship.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar um dos critérios adequados para a solução judicial da crise de efetividade vivenciada em relação aos direitos sociais no Brasil, em especial o direito à educação de qualidade. Trata-se da superação do paradigma do mínimo existencial, jurisprudencial e doutrinariamente dominante, o qual tem um viés mercadológico e tem sido o único critério utilizado para afastar as críticas relacionadas à *falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário* para criar políticas públicas, à *reserva razoavelmente possível* e à questão da *escassez dos recursos*.

Sabe-se que a atuação judicial em políticas públicas é essencial ao desenvolvimento da cidadania, mas, por outro lado, se for ilimitada, pode surtir efeitos deletérios à própria concretização dos direitos sociais, que sabidamente constroem espaços para a promoção da igualdade, base dos direitos humanos, e da inclusão. Não se pode, todavia, partir para uma tutela judicial de

direitos sociais tendo como foco apenas a realização do mínimo existencial, já que, além de minimizar a importância da jurisdição constitucional na atualidade, a realização progressiva desses direitos, a qual inclui uma política educacional emancipatória, é condição para o exercício da liberdade.

A realização progressiva dos direitos sociais, que inclui a realização de políticas públicas emancipatórias, inclusive educacionais, constitui pressuposto para a consagração pragmática do conceito pós-moderno de democracia, o qual, superando a ideia de mera representatividade formal, pressupõe uma participação consciente e com capacidade real de influência nas decisões políticas da comunidade. Nessa perspectiva, pretende-se romper com o paradigma da modernidade e firmar posicionamento a respeito do resgate da ética na arena política, a fim de possibilitar a concretização do direito ao desenvolvimento, que pressupõe estimular as potencialidades democráticas e a efetividade dos direitos sociais. Superar o paradigma do mínimo existencial, nesse contexto, é o objetivo deste trabalho.

## 2. O DISCURSO IDEOLÓGICO NEOLIBERAL QUANTO À TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Por oportuno, esclarece-se que, não obstante a distinção doutrinária entre direitos *sociais*, *econômicos* e *culturais*<sup>1</sup>, será utilizada quanto a todos eles, neste trabalho, a denominação genérica de “direitos sociais”, que podem ser, inclusive, agrupados em algumas categorias<sup>2</sup>.

A efetividade dos direitos sociais constitui um objetivo ainda a ser perseguido no Brasil, país de modernidade tardia e arcaica, cujas promessas

---

<sup>1</sup> Para José Adércio Leite Sampaio, “os *direitos sociais* propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, com o reconhecimento do direito ao lazer e o direito a não haver discriminação. Já os *direitos econômicos* se destinam a garantir um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo que a cada pessoa desenvolva suas potencialidades. Estão nessa lista os direitos trabalhistas, a exemplo do direito ao trabalho e a um salário mínimo digno, e previdenciários, direitos de assistência social, do direito à saúde, à alimentação, ao vestuário e o direito à moradia. Por fim, os *direitos culturais* dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias” (*Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 244-245).

<sup>2</sup> A primeira delas diz respeito aos *direitos individuais e coletivos dos trabalhadores*. A segunda refere-se aos direitos decorrentes da *seguridade social*, subdivididos em direito à saúde, à assistência social e à previdência social. A terceira categoria, por sua vez, está relacionada aos direitos de natureza *econômica*, os quais envolvem todas as prestações positivas do Estado voltadas à busca do pleno emprego, à redução das desigualdades sociais e regionais, à erradicação da pobreza e da marginalização, à defesa do consumidor e da concorrência, inserindo-se, nesse contexto, a função social da propriedade privada. A quarta categoria, finalmente, corresponde ao direito à cultura, incluindo o direito à educação.

ainda não se realizaram, pois a maior parte da população sequer tem acesso aos bens mínimos necessários à vida com dignidade, quanto mais os aptos ao desenvolvimento de suas potencialidades<sup>3</sup>. Entre o reconhecimento dessa categoria e a vivência concreta dos valores pertinentes ao Estado Social, há um espaço gigantesco, o que, na prática, somente amplia as desigualdades que justificaram o aparecimento desses direitos.

A tutela judicial dos direitos sociais, entretanto, recebe as mais diversas críticas por parte da doutrina, as quais, segundo preleciona Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>4</sup>, podem ser agrupadas em *principiológicas*, que questionam a própria legitimidade de o Judiciário atuar na concretização de direitos sociais, e *institucionais*, relacionadas aos problemas práticos decorrentes das decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços à população. Na primeira categoria, enquadram-se as críticas de índole *liberal* (“a sociedade deve ser governada por leis, não por juízes”) e *democrática* (“os juízes não foram eleitos pelo povo”), enquanto, na segunda, as críticas de ordem *financeira* (“os recursos são escassos para atender todas as necessidades sociais”), *administrativa* (“a atuação judicial desorganiza a Administração Pública, que, ao invés de se preocupar com as políticas públicas, fica sempre na perspectiva de dar cumprimento à próxima liminar”), *técnica* (“falta aptidão técnica aos juízes quanto a políticas públicas”), *econômica* (“os juízes, normalmente, não se levam em conta as consequências da decisão”) e da *desigualdade quanto ao acesso à justiça*. São críticas que envolvem questionamentos de ordem jurídica, envolvendo a teoria da Constituição, seu papel e alcance, filosófica e operacional<sup>5</sup>.

A questão da eficácia dos direitos sociais, entretanto, não tem cunho científico, é meramente *ideológica*<sup>6</sup>. *Ideologia* é um termo que não possui sentido unívoco, mas, certamente, “está diretamente relacionado à maneira pela qual o Homem apreende a realidade”<sup>7</sup>. Conforme preleciona Willis Santiago Guerra Filho, “o Direito como criação humana, como produção da linguagem, se encontra a todo o momento com a ideologia, e desse encontro cabe

---

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito*. – 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 25.

<sup>4</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-534.

<sup>5</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. – 2ª ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional”. *Direito Previdenciário e Constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. Marcus Orione Gonçalves Corria e Érica Paula Barcha Correia coordenadores. São Paulo: LTr, 2004, p. 16.

<sup>7</sup> SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2005, p. 10.

uma reflexão filosófica dos contornos e potencialidades do próprio Direito enquanto fenômeno ideológico”<sup>8</sup>.

A função da ideologia é fazer com que o pensamento hegemônico apareça como legítimo e, deste modo, aceitável<sup>9</sup>. No caso dos direitos sociais, a premissa básica ou o ponto de partida nesta discussão diz respeito ao fato de que a lógica capitalista deve ser compatibilizada com valores que lhe são estranhos, pois a eficiência econômica não pode prevalecer, a não ser que inclua em sua estrutura a eficiência do desenvolvimento do cidadão<sup>10</sup>, característica do Estado Constitucional contemporâneo.

Se “os direitos humanos venceram as batalhas ideológicas da modernidade”<sup>11</sup>, uma vez que procuram priorizar o ser humano como valor fundamental da sociedade, precisa-se de uma hermenêutica emancipatória quanto à ideologia neoliberal, que compromete a efetividade dos mesmos, especialmente em matéria de políticas públicas. Em outras palavras, a racionalidade liberal de expansão material capitalista — que reprime, aliena e coisifica o homem — deve ceder espaço à (nova) racionalidade emancipatória, libertadora, um modelo crítico-interdisciplinar de reflexão analítica que não permite engodo, falácia ou pensamento colonizado<sup>12</sup>. Afinal, o respeito à pessoa humana é o valor referencial das ideologias, verdadeira qualidade de *condição transcendental do processo histórico*, legitimando a atuação estatal<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

<sup>9</sup> BASTOS, Ronaldo. *O conceito de direito em Marx*. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 118.

<sup>10</sup> SILVEIRA, Wladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18-19.

<sup>11</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 20.

<sup>12</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. – 5ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2-4.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. – 3ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99-111.

Sem essa noção<sup>14</sup>, certamente, corre-se o risco de se adotar uma postura que, na prática, inviabilize a concretização dos direitos sociais<sup>15</sup>.

### 3. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E JUSTIÇA ECONÔMICO-SOCIAIS: ROMPENDO A LÓGICA NEOLIBERAL

Sem a necessária reflexão ética, o capitalismo global caminha gerando riscos socioambientais. Da acumulação primitiva, passando pelo processo industrial até a financialização atual, o capitalismo se reinventa determinando as relações humanas como relações de consumo. Assim, pode-se dizer que a globalização, calcada na competição, nos interesses comerciais e financeiros, na lógica do mercado e no consumismo, ao invés de se basear na cooperação e na solidariedade, está levando a humanidade a um grande desastre social (exclusão, desemprego, baixos salários etc.) e ambiental<sup>16</sup>.

Nesse cenário em que “tudo se transforma em mercadoria, mediante uma ordem jurídica que altera a cogência pela negociação, afasta o Estado-legislador do centro dos poderes e intenta limitar o Estado-juiz a retomar-se como *bouche de la loi*”<sup>17</sup>, revela-se imperioso redefinir o papel do Estado e superar os entraves ideológicos que comprometem a efetividade dos direitos sociais no Brasil, para se construir um novo paradigma, agora pautado por

---

<sup>14</sup> Observe-se que o discurso ideológico, de pretensões hegemônicas, procura descrever suas ideias de forma aparentemente desconectada da realidade, mas, na verdade, o respectivo contexto histórico e social é que tornam compreensíveis os argumentos pertinentes. O discurso ideológico utiliza uma linguagem valorativa que tem por objeto os próprios valores, seleciona as próprias seleções, estima as estimativas, ao indicar ao interessado como ele deve vê-las, rotula o valor e, ainda que este seja algo aberto, restringe-o, na perspectiva de convencer que a informação é verdadeira. A ideologia dominante compromete a eficácia dos direitos sociais. Ela condiciona e, concomitantemente, é fruto da organização do sistema jurídico, a qual utiliza técnicas de neutralização na busca de consenso, de modo que o Direito funciona como instrumento de dominação, já que é elaborado, de maneira abstrata, por um corpo de especialistas que detêm o monopólio da produção cultural legítima e é recepcionado por uma significativa parcela da sociedade que ignora o que as imposições de sentido têm de arbitrarias.

<sup>15</sup> O discurso ideológico, através do sistema normativo, dissimula as relações de dominação, criando elaborações teóricas que ocultam o afastamento do princípio da legalidade, quando isso é necessário ao exercício do poder, e fórmulas racionais indispensáveis ao ocultamento das desigualdades sob a aparência de uma isonomia jurídica. Incumbe à Teoria Crítica do Direito, nesse contexto, criar condições para a construção de espaços de libertação, a fim de garantir o exercício pleno da cidadania.

<sup>16</sup> A globalização capitalista, que visa apenas à realização do interesse próprio e imediato de cada indivíduo, grupo social ou povo, sem a menor consideração pelo bem comum da coletividade e das gerações futuras, desagrega a humanidade, fato que reclama, atualmente, uma perspectiva de que as relações jurídicas de propriedade e de concorrência empresarial sejam substituídas por relações de uso comum e de cooperação econômica, sob a supervisão do Estado e do próprio povo, na construção de um sistema mundial de direitos humanos.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. “Entre duas modernidades: a Constituição da *persona* e o mercado”. *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho e Ronaldo Lobão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 313.

uma agenda de inclusão social que aponte em direção ao desenvolvimento sustentável<sup>18</sup>, mais igualitário e democrático<sup>19</sup>.

Como enfatiza Judith Martins-Costa, “tal qual a economia, também o Direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomadas de decisões”<sup>20</sup>. Assim, em um país “comumente tolerante e cortês com os poderosos, mas insensível com os excluídos e cruel com aqueles que desafiam a estabilidade social baseada na hierarquia e na desigualdade”, como é o caso do Brasil, impõe-se exigir justificção jurídica das decisões, inclusive, para reduzir o espaço de pura discricionariedade, no âmbito legislativo, propiciando, em respeito à transparência republicana e ao Estado de Direito, o “reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade”, os quais devem ser tratados com igual consideração e respeito no desenvolvimento de suas potencialidades<sup>21</sup>.

Impõe-se, portanto, demarcar posição no Brasil. O Libertarianismo representado por Robert Nozick<sup>22</sup>, que prega um Estado minimalista em todos os setores, sequer deve ser cogitado. O Liberalismo Igualitário de John Rawls<sup>23</sup>, embora seja um avanço, também não se revela suficiente, dado o elevado quadro de exclusão e desigualdade sociais, sendo por tudo isso de-

---

<sup>18</sup> O direito ao desenvolvimento, previsto em declaração específica adotada pela ONU (1986), demanda uma globalização ética e solidária. Assim, as crises sucessivas do capitalismo, as falhas de mercado, a concentração do poder econômico e a assimetria entre as nações têm deixado clara a necessidade de os Estados atuarem no espaço econômico, não apenas para criar condições para o acúmulo de capital, mas, a fim de superar a sempre crescente exclusão social, para cuidar de valores éticos, pois, sem eles, sem finalidades morais, a economia contemporânea não readquire seu necessário equilíbrio.

<sup>19</sup> É preciso, pois, recuperar a ética no centro das discussões estatais, incentivando o exercício pleno da cidadania, inclusive participativa, em processo permanente de inclusão política e econômica, com ampliação da democracia e reforço do papel prestativo do Estado, e pelo fomento de uma cultura pluralista, tolerante, democrática e centrada nos direitos humanos. E a ética dos direitos humanos é orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento, notadamente daqueles grupos sociais em posições de vulnerabilidade. Enfim, ao imperativo da eficácia econômica, deve ser conjugada a exigência ética da justiça social, inspirada em uma ordem democrática concretizadora de políticas públicas e planos de desenvolvimento que não garantam apenas o pleno exercício dos direitos civis e políticos, mas também, em decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais.

<sup>20</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”. *A reconstrução do Direito Privado*. Organizadora: Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 617.

<sup>21</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223 e 232.

<sup>22</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. IX.

<sup>23</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12-19.

masiadamente abstrato e teórico<sup>24</sup>. Os cidadãos brasileiros, em sua larga maioria, ainda não têm liberdade efetiva, são carentes, infelizmente, de necessidades básicas, de modo que as instituições por aqui ainda não estão bem ordenadas<sup>25</sup>.

A sociedade brasileira, desse modo, tendo em vista o potencial destrutivo da globalização econômica, deve adotar uma teoria tridimensional da justiça, incorporando, com base na lição de Nancy Fraser<sup>26</sup>, a dimensão política da *representação* ao lado da dimensão econômica da *distribuição* e da dimensão cultural do *reconhecimento*, evitando, desse modo, má distribuição de riquezas e falso reconhecimento de categorias que se posicionam socialmente em situação de maior vulnerabilidade.

A base da mudança rumo ao desenvolvimento, por certo, está além de instituições abstratas, pois, como preleciona Amartya Sen<sup>27</sup>, passa pelo fortalecimento da democracia, corrigindo-se paulatinamente os atuais e notórios déficits de representatividade mediante a ampliação de condições de efetiva participação popular nos destinos do país. Pressupõe a remoção das principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos<sup>28</sup>.

A mudança, portanto, não é automática, exige ativismo de cidadãos politicamente engajados, o que reforça a necessidade de se investir em educação de qualidade no Brasil<sup>29</sup>. Devem-se criar, em outros termos, todos os meios para que essa participação não seja meramente formal e simbólica, mas

---

<sup>24</sup> GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 64-65.

<sup>25</sup> VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 205-215.

<sup>26</sup> FRASER, Nancy. "Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado". *Revista Lua Nova*, n. 77, 2009, p. 17-21.

<sup>27</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 384-389.

<sup>28</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

<sup>29</sup> Esse fortalecimento da democracia e da justiça social, as quais pressupõem a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, é componente indispensável à concepção do direito ao desenvolvimento, que, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda. Demais disso, compreendem, no direito ao desenvolvimento, os princípios da inclusão, igualdade e não discriminação, especialmente nas questões envolvendo igualdade de gênero e necessidades dos grupos vulneráveis. Para a plena realização do direito ao desenvolvimento, é imperioso reformar as instituições internacionais, especialmente do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, quanto ao comércio, à dívida e à transferência, a ponto de se garantir, sempre, um orçamento mínimo e básico aos Estados, para salvaguardar os direitos humanos.

sim com capacidade concreta de influência no processo decisório, tornando, assim, a sociedade mais justa.

#### 4. A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Dentre as críticas desferidas contra a tutela judicial dos direitos sociais, enfrentar-se-á, ainda que parcial e resumidamente, a que se refere ao custo desses direitos. Para uma parte da doutrina, a escassez de recursos não pode impedir a realização do *mínimo existencial* relacionado ao direito social, sob pena de se esvaziar completamente o seu conteúdo, destituindo-o de qualquer sentido prático-jurídico. O ponto central, aqui, é a situação de desrespeito à dignidade da pessoa humana considerada não de forma abstrata, mas concretamente<sup>30</sup>, independentemente da universalidade ou não da medida.

O conteúdo do mínimo existencial não apresenta uniformidade na doutrina brasileira. Ana Paula de Barcellos, por exemplo, entende que o compõem a educação fundamental, a saúde básica, a assistência em caso de necessidade e o acesso à justiça<sup>31</sup>. Kazuo Watanabe, por sua vez, reconhecendo que o mínimo existencial, “além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso”, elenca-o nos direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário-mínimo, à proteção à maternidade e à infância, mas esclarece que essa abrangência pode ser ampliada na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> A análise do mínimo existencial, portanto, não pode ignorar a condição específica do titular do direito. Conforme preleciona Daniel Sarmento, “o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada” (“A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 417).

<sup>31</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. – 2ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277-333.

<sup>32</sup> WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 193, São Paulo, março de 2011, p. 19-20.

De igual modo, a educação infantil tem sido considerada, inclusive na jurisprudência do STF<sup>33</sup>, como um direito sobre o qual a reserva do possível não pode ser invocada. Tem-se entendido que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como etapa primeira do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. O art. 208, IV, da CF, dessa forma, assegura um direito social de forma definitiva, ou seja, sob a forma de uma regra constitucional, de modo que o Poder Público não tem opção, tem que concretizá-la, incondicionalmente. Assim, predomina o entendimento de que a educação infantil, por qualificar-se como *direito fundamental* de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

---

<sup>33</sup> Segue uma ementa ilustrativa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), tanto o efetivo acesso a creches e a unidades de pré-escola como atendimento nas mesmas, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290)”.

Na realidade, sem maiores distinções, o direito à educação deve figurar no rol de direitos minimamente exigíveis, pois é base para a concretização de direitos essenciais para o alcance pleno da dignidade<sup>34</sup>. Para Valdir Ferreira de Oliveira Junior, não apenas a educação fundamental constitui o mínimo existencial no Brasil, mas “sim o ensino médio, administrativa, legislativa e judicialmente exigível, e futuramente o ensino universitário (atualmente fomentado através de políticas públicas que democratizam o acesso ao ensino universitário)”, por decorrência das cláusulas de vedação do retrocesso social e do dever de concretização progressiva dos direitos sociais, “alcançando cada direito fundamental a sua dimensão máxima em termos de efetividade”<sup>35</sup>.

É como se raciocina neste trabalho, pois é preciso perceber que, no Estado Constitucional de Direito, a proteção judicial aos direitos sociais *não deve limitar-se ao mínimo existencial*. “Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país”<sup>36</sup>.

No reino do capital, além do processo de doutrinação permanente à ideologia hegemônica, a educação é, ela mesmo, uma mercadoria<sup>37</sup>, descartável<sup>38</sup>, inclusive. De igual forma, a força de trabalho. Embora o sistema do capital seja orientado à expansão e acumulação, educação e trabalho são valores jurídicos que devem ser tratados com ética e prioridade na gestão de políticas públicas. A educação exigível, portanto, não pode ter como base um parâmetro mínimo, pois se trata de condição essencial ao desenvolvimento da democracia, base do respeito aos direitos humanos e regime de governo que pressupõe cidadãos emancipados<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

<sup>35</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 93.

<sup>36</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006, p. 38.

<sup>37</sup> MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. Tradução de Isa Tavares. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 82.

<sup>38</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 42.

<sup>39</sup> ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 141-142. Eduardo Bittar, corretamente, preleciona que “a educação que prepara para a emancipação deve ser sobretudo uma educação que não simplesmente formula, ao nível abstrato, problemas, mas aquela que conscientiza do passado histórico, tornando-o presente, para a análise da responsabilidade individual ante os destinos coletivos do futuro” (*Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43).

É preciso criar um processo de emancipação dos conservadorismos hegemônicos rumo a uma democracia de alta intensidade, com respeito à igualdade, reconhecimento das diferenças e inclusão social<sup>40</sup>. A Constituição promete um sistema educacional qualitativo, que prepara o cidadão para a vida, jamais se limitando às exigências do mercado de trabalho, de modo que, de uma maneira geral, as políticas públicas nessa área devem fomentar valores como “o respeito aos direitos humanos e a tolerância, além da participação social na vida pública, sempre em condições de liberdade e dignidade”<sup>41</sup>.

Note-se que o direito à educação está indissociavelmente ligado ao direito ao trabalho. Após a crise do Direito do Trabalho, ocasionada pela reestruturação produtiva e pelo avanço da automação, somente se sobressairá no mercado o trabalhador qualificado e emancipado para além do capital, ciente de sua cidadania<sup>42</sup>. Dessa forma, principalmente com auxílio sindical, possuirá aptidão para protagonizar lutas por dignidade no ambiente de trabalho, combatendo atos de terrorismo psicológico, alienação e exploração, decorrentes da competitividade capitalista, além de criar espaços de desconexão (do trabalho), fato que também interessa à empresa, que colherá os frutos de sua criatividade. Em outros termos, a transformação progressiva da consciência fará do trabalho uma atividade de realização pessoal, com ganhos para todos os envolvidos no processo<sup>43</sup>. A luta efetiva por um trabalho decente, portanto, reclama um processo de formação adequado do cidadão trabalhador.

Observe-se que a dignidade da pessoa humana não é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, que reclamam contextualização<sup>44</sup>. Assim como entende Ana Carolina Lopes Olsen, o mínimo existencial “não parece ser parâmetro jurídico adequado para definir a exigibilidade de um direito fundamental social. A partir da teoria dos princípios, todo direito fundamental social é exigível *prima facie*”<sup>45</sup>, dependendo apenas de determinados parâmetros ou condicionantes fático-jurídicos.

Como condições da democracia real, os direitos sociais devem ser adequadamente concretizados pela Administração Pública a partir do dirigismo

---

<sup>40</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 62-63.

<sup>41</sup> DUARTE, Clarice Seixas. “Direito público subjetivo e políticas educacionais”. *São Paulo em perspectiva*, jun. 2004, vol. 18, n. 2, p. 115.

<sup>42</sup> POCHMANN, Marcio. *O trabalho no Brasil pós-neoliberal*. Brasília: Liber Livros, 2011, p. 60-65.

<sup>43</sup> MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. Tradução de Isa Tavares. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 65.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. “Reserva do possível, mínimo existência e direito à saúde: algumas aproximações”. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. – 2ª ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25-26.

<sup>45</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 322.

constitucional na área socioeconômica. O mínimo existencial, na concepção aqui adotada, apenas *facilita a argumentação* na ponderação dos valores envolvidos no caso<sup>46</sup>. Em outros termos, a ponderação continua sendo exigível, inclusive com maior ônus argumentativo por parte do juiz, à medida que a essencialidade da necessidade material em jogo for diminuindo<sup>47</sup>. Assim, em princípio, quanto maior a distância do bem jurídico pleiteado em relação ao mínimo existencial, menor é a chance de vitória processual, sendo a recíproca verdadeira.

É certo que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraude, frustração ou inviabilização de políticas públicas definidas na própria Constituição. Ela encontra, no particular, insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Por outro lado, não custa insistir, mesmo no campo dos direitos sociais, no fato de que a tutela judicial não pode se restringir à concessão do mínimo existencial.

A mudança cultural, assim, deve enfatizar um raio de ação para além do mínimo existencial, posição juridicamente possível e desejável na seara constitucional. Não se pode criar hierarquia entre os direitos fundamentais, cuja concepção deve ser formada pela noção de indivisibilidade, de modo que ao Estado, para não incorrer em inconstitucionalidades, incumbe criar condições de efetivo exercício de liberdade, contexto em que a efetivação dos direitos sociais apresenta-se como inafastável, já que propicia o desenvolvimento integral da cidadania, ou seja, prepara e condiciona o cidadão para a vida democrática, possibilitando o exercício de suas potencialidades.

Em outras palavras, o raciocínio judicial, em princípio, deve ser no sentido de prestar a tutela jurisdicional plena, concedendo a prestação, quando esta não pode ser obtida administrativamente, mas, como os direitos sociais, o que inclui o direito à educação, ante a indeterminação do seu conteúdo, normalmente aparecem sob a forma normativa de princípio, visando à constituição de um estado ideal de coisas ou de um fim relevante, devem ser

---

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos". *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 420.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos". *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 419.

concretizados ou otimizados dentro das condições fáticas e jurídicas que lhe são impostas<sup>48</sup>.

A temática da concretização judicial dos direitos sociais, portanto, termina sendo de justificação ou de argumentação racional<sup>49</sup>, levando-se em conta, no caso concreto, os limites fático-jurídicos que são impostos à realização desses fins constitucionalmente relevantes<sup>50</sup>. Dito de outro modo, no momento de decidir, tanto por influência da ideologia conservadora quanto por uma perspectiva utópica de transformação da realidade<sup>51</sup>, o juiz deve levar em consideração os valores jurídicos impostos pelos textos normativos eventualmente colidentes com a prestação social (que se desejar concretizar), o que indica que, afinal, trata-se de tarefa de ponderação ou sopesamento entre os princípios envolvidos.

Observe-se que, a não ser quanto ao mínimo existencial, não se reconhecem direitos sociais definitivos<sup>52</sup>. Em outros termos, os direitos sociais,

---

<sup>48</sup> Robert Alexy, em lição acompanhada majoritariamente na doutrina brasileira, esclarece que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. E conclui sua clássica lição: “Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91).

<sup>49</sup> FEITOSA, Enoque. *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação*. Recife: UFPE, 2009, p. 217.

<sup>50</sup> Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, “o conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o ‘mínimo existencial’ ou a ‘reserva do possível’ só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 205).

<sup>51</sup> FREITAS, Lorena. *Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito*. Recife: Bagaço, 2009, p. 65-68.

<sup>52</sup> Para facilitar a libertação quanto ao mínimo existencial, revela-se oportuna a seguinte lição de Robert Alexy: “De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512).

como princípios, não se submetem à lógica do tudo-ou-nada<sup>53</sup>, “são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários”<sup>54</sup>.

Dessa forma, para que não haja retrocesso quanto à dimensão transformadora da realidade social inerente à jurisdição contemporânea, revela-se imprescindível uma postura emancipatória em relação ao mínimo existencial, de viés neoliberal, assegurando aos membros da coletividade, *na maior medida do razoável e juridicamente possível*, um considerável acesso igualitário aos bens necessários ao desenvolvimento de suas habilidades, para poder participar, com capacidade real de influência, dos debates democráticos travados na arena pública.

Assim, como a efetivação dos direitos fundamentais e a proibição de sua proteção insuficiente são compromissos do Estado Democrático Constitucional de Direito, a *ofensa ao mínimo existencial*, apesar de ser um parâmetro argumentativo de destaque, não é o único meio de controle judicial de políticas públicas<sup>55</sup>. Deve-se criar, enfim, uma cultura argumentativa para além do mínimo existencial, de modo que as promessas constitucionais venham a se tornar realidade, potencializando o exercício da cidadania ativa, tudo sem prejuízo à democracia representativa e à separação dos poderes.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para romper com o plano meramente formal, deve-se ter como premissa que os direitos humanos constituem um reflexo dinâmico de valores relativos aos bens essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna, construídos a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Importa compreender, nesse contexto, que os direitos sociais não estão nos textos normativos, são concretizados, normalmente através de uma racionalidade de resistência contra hegemônica, a partir deles, emancipando o cidadão dos processos de dominação e dependência.

Cumpre, assim, reafirmar a principal conclusão deste trabalho: a força normativa dos direitos sociais, como condição de efetiva liberdade, não limita a tutela judicial à concessão do mínimo existencial. Ao Poder Judiciário, portanto, como sujeito essencial neste processo, impõe-se à garantia das *condições*

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 502.

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. – 11ª ed. rev. – São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 183-184.

<sup>55</sup> ZANETE JR., Hermes. “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

*necessárias ao desenvolvimento do cidadão* em relação a fatores que permitam a participação de todos quanto à realização de um projeto razoável de vida (autonomia privada) e à formação da vontade coletiva (autonomia pública), concretizando, desse modo, a Constituição.

Ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, especialmente quando se trata de educação emancipatória, mas sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer *progressivamente* a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a função do Estado pós-moderno. Em relação ao mínimo, certamente, o Judiciário não pode se escusar da tutela, mas, em contrapartida, só se pode falar em mínimo existencial em uma análise comparativa quanto às condições fático-jurídicas que condicionam ou restringem a concessão da medida. Se, eventualmente, não existem maiores restrições, inclusive quanto aos limites orçamentários, deve-se conceder o máximo, já que as normas de direitos sociais também são imperativas.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. "Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático". **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Ronaldo. **O conceito de direito em Marx**. Porto Alegre: SAFE, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Clarice Seixas. “Direito público subjetivo e políticas educacionais”. **São Paulo em perspectiva**, jun. 2004, vol. 18, n. 2.

FACHIN, Luiz Edson. “Entre duas modernidades: a Constituição da *persona* e o mercado”. **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho e Ronaldo Lobão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação**: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. Recife: UFPE, 2009.

FRASER, Nancy. “Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado”. **Revista Lua Nova**, n. 77, 2009.

FREITAS, Lorena. **Além da toga**: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito. Recife: Bagaço, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”. **A reconstrução do Direito Privado**. Organizadora: Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002.

MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital**. Tradução de Isa Tavares. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. **Tratado de Direito Constitucional**. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional”. **Direito Previdenciário e Constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez.** Marcus Orione Gonçalves Corria e Érica Paula Barcha Correia coordenadores. São Paulo: LTr, 2004.

POCHMANN, Marcio. **O trabalho no Brasil pós-neoliberal.** Brasília: Liber Livros, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias.** 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** “Reserva do possível, mínimo existência e direito à saúde: algumas aproximações”. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. **Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais.** Marcelo Novelino organizador. 4ª ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Wladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. "A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros". **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies**. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito**. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "A desigualdade e a subversão do Estado de Direito". **Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento**. Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WATANABE, Kazuo. "Controle jurisdicional das políticas públicas — *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis". **Revista de Processo**, Ano 36, n. 193, São Paulo, março de 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZANETE JR., Hermes. "A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia". **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. São Paulo: Saraiva, 2011.





# ENTRAVES LEGAIS À INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA

*Wilson de Jesus Beserra de Almeida\**

*Renata de Assis Calsing\*\**

*Rosiany Karine Gonçalves Nunes\*\*\**

## **Resumo**

Em paralelo ao esforço multilateral de liberalização comercial, existe a tendência de formação de blocos ou acordos regionais de comércio. O Brasil faz parte do MERCOSUL, acordo de integração sul-americana que apresenta alguns entraves legais à sua plena efetivação. De um lado, falta auto-executoriedade às normas comuns do bloco, o que cria um processo burocrático, lento e dependente das vontades políticas nacionais variantes para sua devida incorporação. De outro, falta um mecanismo de solução de controvérsias forte ao bloco, tendo seus membros, até mesmo, buscado outros fóruns para resolver conflitos internos.

## **Palavras-chave**

Mercosul. auto-executoriedade normativa. mecanismo regional de solução de controvérsias. Soberania. integração latino-americana.

## **Abstract**

In parallel to the multilateral trade liberalization efforts, there is a tendency to create regional trade agreements. Brazil is part of MERCOSUR, the South American integration accord that still faces some legal barriers that prevents it to fulfill its objectives. On one hand, MERCOSUR legislation lacks self-enforceability, which creates a bureaucratic and slow due process for its incorporation into the member's national legal systems. It also makes the normative internalization open to fleeting national politics. In the other hand, MERCOSUR lacks a strong dispute settlement mechanism, its members having even sought out to other forums to resolve internal conflicts.

---

\* Pós-doutor em Relações Internacionais pela Georgetown University, Washington, DC. Honorary Fellow e Pós-doutor em Relações Internacionais pela University of Wisconsin-Madison. Doutor Em História das Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Mestre em Economia Política Internacional pela Universidad de Santiago de Compostela, Espanha. Graduado e pós-graduado (MBA) em Administração pela Universidade de Pernambuco. Professor do curso de Mestrado em Direito e professor do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Bacharel em Direito pelo UNICEUB. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília- DF. Analista de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

\*\*\* Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Advogada. Professora Universitária.

## Keywords

Mercosur. self-executing norms. regional dispute settlement mechanism. Sovereignty. Latin-American integration.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao término da Segunda Guerra Mundial, alguns países, liderados pelos Estados Unidos, procuraram construir um sistema multilateral mais livre de comércio por meio de rodadas de reduções tarifárias. Com esse objetivo, em 1947, foi firmado o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

Em paralelo ao esforço multilateral e influenciados pela Comunidade Econômica Européia, vários esforços de cooperação tomaram a forma de acordos ou arranjos regionais de comércio. Essa busca pelo regionalismo foi mais forte em dois momentos: primeiro nas décadas de 1960/70; e depois no final da década de 1980.

Ao tornarem-se signatários de acordos de integração regional, os países buscam benefícios econômicos, em princípio. Como política de favorecimento, as barreiras comerciais entre os países membros são reduzidas em acordo, ao passo que as barreiras em relação a terceiros são mantidas. Como resultado, espera-se um fortalecimento e incentivo às trocas comerciais intra-bloco e, por consequência, um aumento nos investimentos externos e domésticos.

Com esse objetivo, o MERCOSUL se constituiu em 1991, tendo como partícipes a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. O bloco foi constituído pelo Tratado de Assunção e tem como objeto a consolidação de um mercado comum. A Venezuela passou a integrar o bloco recentemente.

Contudo, passadas mais de duas décadas de sua constituição, o MERCOSUL é, hodiernamente, uma união aduaneira, que precisa alcançar a circulação livre de mercadorias, pessoas, serviços e capitais para se transformar em um mercado comum. Alguns fatores, como a heterogeneidade sócio-econômica e a baixa institucionalização comum têm retardado a incorporação da livre circulação à agenda do MERCOSUL, criando dúvidas sobre seu futuro.

Diante do exposto, este artigo tem por objetivo analisar algumas questões jurídicas que podem ser consideradas como entraves ao processo de integração regional no MERCOSUL, como a falta de auto-executoriedade de suas normas e a ausência de um mecanismo forte de soluções de controvérsias regionais.

## 2. A INTEGRAÇÃO REGIONAL E A REDEMOCRATIZAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL

A partir de 1980, o processo de redemocratização na América do Sul ganhou evidência. O Brasil, a Argentina e o Chile, no decorrer das décadas de 1960 e 1970, trilharam caminhos bem semelhantes com governos autoritários, por meio dos quais legislações espúrias eram impostas *ad hoc*, permitindo arbitrariedades inconcebíveis em uma democracia. Após esse período ditatorial, ventos benéficos de redemocratização varreram o cone sul, com eleições livres em 1983 na Argentina, em 1985 no Brasil e, em 1989 no Paraguai.

A redemocratização no Brasil e na Argentina ampliou a convergência de interesses mútuos e articulações políticas, culminando para um intercâmbio comercial mais intenso, que resultaria mais tarde na criação do MERCOSUL. A relação entre esses países passou da competição comercial para a adoção de uma política com alicerces implantados na cooperação e confiança mútuas.

Em 1990, os Presidentes de Brasil (Fernando Collor de Melo) e da Argentina (Carlos Menem) formalizaram a Ata de Buenos Aires. Tratava-se de um acordo bilateral objetivando a criação de um Mercado Comum, no qual se fixava um prazo de cinco anos para constituir um espaço econômico comum. Temendo o isolamento econômico e a fragilização de suas relações comerciais com a Argentina, o Uruguai e o Paraguai rapidamente aderiram ao grupo.

Assim comenta Almeida (2003, p. 63):

[...] os presidentes do Brasil e Argentina decidem confirmar o mercado comum bilateral até 31 de dezembro de 1994, ou seja, reduzindo pela metade os prazos acordados no Tratado de 1988. Os dois governos estabelecem uma metodologia apropriada para tal fim (baixar tarifas generalizadas, eliminação de barreiras não tarifárias) e criam o grupo Mercado Comum, de caráter binacional. A aceleração no processo de integração bilateral, decidida em julho de 1990, responde à tomada de consciência de que a modernização econômica bem como a inserção competitiva na economia mundiais seriam grandemente facilitadas, nos dois países, por uma complementaridade ampliada entre as duas economias.

Apesar da importância do processo de redemocratização da América do Sul, esta não pode ser considerada como o único fator de impulsão do processo de integração regional do continente. A formação do MERCOSUL também tem suas raízes nas diversas tentativas para se promover a inclusão dos países da América do Sul na economia global, e na necessidade crescente de o Brasil se posicionar como um *global trader*.

### 3. A INTEGRAÇÃO REGIONAL E A ORDEM JURÍDICA INTERNA

A Constituição de um Estado representa suas premissas principais, englobando a estruturação dos direitos e deveres fundamentais e a organização dos seus Poderes/funções. Desta forma, a Constituição é o cerne da Ordem Jurídica Nacional, devendo ser usada como parâmetro para a criação e aplicação das demais normas jurídicas, incluindo-se aí os tratados. No caso da integração regional, a supremacia da Constituição pode representar um entrave a adoção de regras de supranacionalidade, que pretendem viabilizar a imediata aplicação pelos órgãos e entidades estatais de decisões tomadas no seio das estruturas comunitárias.

Segundo Stelzer (2005, p. 76), a supranacionalidade:

[...] expressa um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os objetivos integracionistas.

O MERCOSUL, como projeto de integração regional para a América do Sul, é indiscutivelmente ambicioso, uma vez que desde a sua instituição, por meio do Tratado de Assunção, já prescrevia a criação de um mercado comum. Todavia, em que pese as já reconhecidas vantagens que uma estrutura de mercado comum proporciona aos seus membros, mais de vinte anos depois da criação do MERCOSUL, o bloco ainda não representa nem mesmo uma união aduaneira perfeita, fase anterior no processo de integração regional ao mercado comum.

A confluência de alguns fatores determina a causa eficiente do fenômeno acima relatado. Porém, se a investigação desses fatores ocorrer a partir de um isolamento da realidade jurídica, apontar-se-ia o excesso de burocracia que se impõe na operacionalização do processo decisório e a falta de instrumentos adequados para moldar a efetiva implementação dos interesses comuns como as principais barreiras para um aprofundamento do processo de integração do cone sul. Na falta de um mecanismo eficiente de tomada de decisões comuns, com aplicabilidade direta nas ordens jurídicas nacionais, o Bloco ainda submete-se às vicissitudes de políticas e turbulências internas momentâneas dos seus Membros (ARAÚJO, 2000).

Em regra, uma organização internacional, mesmo tendo caráter intergovernamental, não é revestida de mecanismos institucionais e jurídicos que permitam que as deliberações dos membros sejam automaticamente aplicadas à ordem nacional. Tal previsão é possível, mas deve ser prevista no seu tratado constitutivo, que passa por procedimentos de internalização geralmente previstos na Constituição do Estado. Contudo, apesar de possível, tal processo de internalização imediata é conhecido somente de forma embrio-

nária dentro do âmbito europeu, que ainda condiciona grande parte do seu processo decisório comum às manifestações nacionais.

Sem auto-executoriedade, o processo de internalização das decisões tomadas no âmbito dos blocos regionais pode levar meses ou anos para serem implantadas, reduzindo o grau de eficiência na gestão dos interesses comuns, numa sociedade global cada vez mais marcada pela agilidade e constante eliminação das barreiras espaço-temporais. (ARAÚJO, 2000).

No MERCOSUL, a não adoção da executoriedade imediata das decisões comuns afeta o bloco em razão do baixo grau de estabilidade política e econômica de seus membros. Dessa forma, as deliberações adotadas no âmbito do MERCOSUL ficam submetidas às condições nacionais passageiras, como ocorreu com a crise argentina nos primeiros anos da década de 2000. (CANO, 2004).

Parcelas de supranacionalidade são a *ratio* da integração, conceito que repousa justamente no contexto relacional entre o direito nacional e o direito comunitário, de primazia do segundo em relação ao primeiro. É o instrumento que representa a mudança de paradigma na interconexão entre as duas ordens jurídicas.

#### 4. A INTEGRAÇÃO REGIONAL E A CONSTITUCAO BRASILEIRA

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não trata expressamente da supranacionalidade. Todavia, inclui a integração como meta de atuação do Estado nas relações internacionais, inserida entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Tal previsão está expressa no artigo 4º, parágrafo único, que determina que “[...] a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Como não houve menção expressa do poder constituinte à possibilidade de adoção de acordos com regras de supranacionalidade, convém indagar se é possível sua adoção e, acenando positivamente, se seria exigida emenda constitucional, ou se bastaria a sua previsão em um tratado devidamente internalizado na ordem jurídica brasileira, por meio do seu processo legislativo regular.

A Constituição Federal brasileira de 1988 prestigiou topograficamente a integração latino-americana, ao incluí-la entre os seus princípios fundamentais, ou seja, no rol dos princípios estruturantes a que se refere Canotilho (1999, p. 1058), como “núcleo essencial da constituição”, que lhe garantem a “identidade” e a “estrutura”. Esses princípios estruturantes, “[...] bem como

os sub-princípios que os densificam e concretizam, constituem “princípios ordenadores positivamente vinculantes” (CANOTILHO, 1999, p. 1060-1061).

Não obstante a previsão da integração latino-americana como um dos princípios que regem as relações internacionais brasileiras, tal como previsto no art. 4º da Carta Maior, um problema hermenêutico se coloca em virtude da aparente antinomia existente entre tal princípio e a soberania do Estado brasileiro, um dos fundamentos da República. Senão vejamos:

“Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania”

Entretanto, nos casos de aparente conflito entre as normas constitucionais, o princípio da unidade determina que o intérprete busque ao máximo a harmonização entre ambos, de modo que a constituição projete, globalmente, no campo fenomênico, sua máxima efetividade.

O objetivo desse processo é evitar que um deles, no plano da eficácia, seja subjugado pelo outro, o que somente deverá ser feito nos casos de absoluta impossibilidade de conciliação, os chamados *hard cases*, que ocorrem com maior frequência em conflitos de princípios ou regras relativos a direitos (DWORKIN, 2002).

Casella (1994) já se preocupava com essa aparente antinomia entre os conceitos de protecionismo e de integração, a partir da conformação constitucional. Há mais de dez anos, o autor já advertia que, se a Constituição Federal não pode ajudar na implementação de objetivos de integração, ao menos não deve servir de instrumento para dificultá-la, sendo necessário que se decida politicamente se há efetivo interesse na continuidade desse processo.

Para o autor, os princípios fundamentais envolvidos não podem se anular, devendo ser superada a aparente contradição a partir da conciliação dos dispositivos constitucionais. A integração torna-se viável juridicamente à medida que se promova a conciliação dos interesses integracionistas às formulações soberanas emanadas pelos entes estatais.

Uma interpretação conciliatória de ambos os princípios não enxergaria uma tensão entre seus conteúdos. Ao contrário, eles até se confundem e se condicionam. É que a participação num processo de integração regional é consequência de uma opção soberana do Estado, ou seja, exige a manifestação da soberania como pressuposto. Na verdade, o poder constituinte de 1988, soberanamente, decidiu que o Brasil deve buscar a integração latino-americana (CASELA, 1994).

É importante resgatar a ideia de que o artigo 4º da Constituição Federal declara os princípios pelos quais o Estado brasileiro deve pautar sua atuação nas relações internacionais, ou seja, de que o sistema de referência dos

conceitos ali expressos é o direito internacional, embora se trate de um preceito constitucional.

O conceito de integração regional tem suas raízes na teoria das organizações internacionais, resultante da classificação destas quanto à natureza dos poderes. O contraponto são as organizações internacionais de cooperação (ou intergovernamentais), que são compostas por representantes dos próprios Estados, enquanto as de integração (ou supranacionais, ou comunitárias) detêm órgãos cujos titulares atuam em nome próprio (COSTA, 1996).

Se esse foi o critério distintivo que originou a classificação de uma organização internacional como bloco de integração regional, pode-se conjecturar que as organizações internacionais de integração, conceito bastante recente na sociedade internacional, passaram por uma paulatina e progressiva evolução estrutural para que fosse possível exibir corpo institucional e mecanismos funcionais compatíveis com seus objetivos. Um desses mecanismos foi o de dotar as decisões das organizações de integração de executoriedade imediata no ordenamento jurídico interno dos Estados, sem que fosse necessária a internalização por meio de processo legislativo e procedimentos nacionalmente previstos: a supranacionalidade (FURLAN, 2004).

Seu fundamento repousa na necessidade de se dotar a integração dos instrumentos adequados para efetivação de decisões comuns de modo uniforme, sob pena de distorção dos próprios objetivos. É um mecanismo de equalização no compartilhamento de competências comuns (FURLAN, 2004).

Desse modo, o grau de necessidade de adoção da supranacionalidade é diretamente proporcional ao grau de evolução do processo de integração. Quanto maior extensão for dada ao compromisso comum, mais competências estarão sendo compartilhadas pelos atores envolvidos, tornando a supra nacionalidade cada vez mais necessária para que as decisões sejam colocadas em prática ao mesmo tempo e com a mesma extensão semântica.

Para que o Brasil fizesse parte de um acordo de integração regional com medidas de supranacionalidade seria necessário, de um lado, que houvesse uma decisão soberana do Estado brasileiro de participar de um processo de integração regional com determinado grau de auto-executoriedade das normas comuns, o que deve ser feito por meio da internalização do tratado constitutivo da Organização, que deve passar por todas as etapas legislativas regulares.

Ainda, para que haja a vinculação brasileira a qualquer medida de supranacionalidade, o que consiste num atributo para viabilizar o cumprimento em comum de competências, é indispensável que tal decisão seja instituída por todos os membros da Organização internacional de integração. Ou o processo é comum a todos, ou não há supranacionalidade.

## 5. O TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL E O DESAFIO DAS DECISÕES SUPRANACIONAIS

Em um processo de integração regional é imprescindível que exista um mecanismo de solução de controvérsias próprio para assegurar que os conflitos entre os Estados ou mesmo entre os seus particulares sejam resolvidos de maneira compatível com as normas internacionais que guiam o bloco. No MERCOSUL, o deslinde de controvérsias é regulamentado pelo Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, cuja vigência teve início em 1º de janeiro de 2004. Este tratado veio revogar o Protocolo de Brasília para Resolução de Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991.

Apesar da reforma legislativa, o mecanismo de solução de controvérsias contemplado no Protocolo de Olivos ainda padece de limitações. Dentre elas, é importante destacar: a) a sua transitoriedade; b) o seu caráter não judicial; c) a não obrigatoriedade; d) a regra geral de confidencialidade; e) o efeito inter-partes da sentença arbitral; f) dificuldade de aplicação uniforme do direito do MERCOSUL; g) o acesso limitado dos particulares, e, h) a dependência da boa-fé dos Estados para que seja cumprido o laudo arbitral.

O Protocolo de Brasília já mencionava a criação de um Tribunal Permanente até 31 de dezembro de 1994. Diante da impossibilidade de adoção de convergência da tarifa externa comum até aquela data, o projeto de adoção de um Tribunal Permanente foi adiado, sendo novamente previsto no Protocolo de Olivos, que entre suas inovações trazidas, inclui-se a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR). A maior contribuição deste Tribunal está em uniformizar a jurisprudência e atribuir a ela um caráter essencialmente comunitário.

O artigo 23 do Protocolo de Olivos ainda dispõe que as partes na controvérsia poderão acordar expressamente em se submeter em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão. Assim, além de uma corte revisora, o TPR funciona também como uma corte de primeira e de última instância, caso assim seja decidido pelas partes.

No entanto, a criação do TPR é objeto de muitas críticas. Além de resultar na perda de finalidade da arbitragem, descaracterizando-a, esta via recursal procrastina o cumprimento da decisão. (GARCIA JÚNIOR, 1997). Ainda, como o Tribunal não funciona de maneira permanente, diferentemente do que ocorre na União Européia, seus componentes podem se ocupar de outras funções, não se dedicando exclusivamente ao Tribunal.

Outra crítica que pode ser apontada em relação ao Protocolo de Olivos recai nos legitimados para solicitar opiniões consultivas ao TPR, mais especificamente com relação aos Tribunais Superiores dos Estados. O regulamento do Protocolo determina como órgãos legitimados para tal função: o Grupo

Mercado Comum, a Comissão de Comércio do MERCOSUL e, os Tribunais Superiores dos Estados Partes.

Como comenta Accioly e Guerra, (2008, p. 42):

Note-se que tão-somente aos Tribunais Superiores caberá a legitimidade de recorrer ao TPR em caso de dúvidas. Uma nova reflexão: diante da morosidade da justiça dos países sócios, quanto tempo tardaria a se alcançar a última instância? Não se sabe as razões que levaram os redatores do Protocolo a não permitir que os Tribunais dos Estados pudessem também usufruir do mecanismo de cooperação entre o TPR e os Tribunais nacionais.

Em outro, podemos afirmar que o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL ainda carece de adesão por parte dos seus Membros. A afirmação acima pode ser corroborada por meio do caso das Papeleiras, entre Argentina e Uruguai.

Assim como o Brasil, a Argentina e o Uruguai experimentaram grande aumento na produção industrial nos últimos trinta anos. No intuito de continuar este processo de desenvolvimento, o Uruguai, em outubro de 2003, concedeu permissão à empresa espanhola ENCE para a instalação de uma papeleira às margens do Rio Uruguai, na cidade de Fray Bentos, capital do Departamento de Rio Negro. A permissão concedida fomentou ainda o interesse da empresa finlandesa Botnia de instalar a sua papeleira na região, o que foi atendido em fevereiro de 2005 (FREITAS, et al., 2009).

A instalação das papeleiras no Estado Uruguaio gerou uma controvérsia apresentada pela Argentina à Corte Internacional de Justiça em razão do efeito danoso ao meio ambiente que as instalações podiam trazer à região às margens do Rio Uruguai, fronteira fluvial entre os dois países, signatários do Estatuto do Rio Uruguai<sup>1</sup>, tratado segundo o qual o Uruguai e a Argentina têm o dever de informação recíproca sobre quaisquer projetos que possam afetar o rio<sup>2</sup>.

É nesse aspecto que se encontra o ponto central da controvérsia: enquanto o governo uruguaio afirmava ter cumprido o tratado, informando à Argentina que as papeleiras seriam instaladas, o governo argentino fez uma interpretação diferente do tratado, alegando que qualquer decisão sobre o rio deveria contar com a participação de ambas as nações (FREITAS, et al., 2009).

Em 30 de abril de 2005, uma manifestação com mais de 10 mil pessoas ocupou a ponte internacional Libertador General San Martín entre as cidades

---

<sup>1</sup> O Estatuto do Rio Uruguai está disponível em: <[http://untreaty.un.org/unts/60001\\_120000/10/4/00018191.pdf](http://untreaty.un.org/unts/60001_120000/10/4/00018191.pdf)>.

<sup>2</sup> Artigos 7 e 13 do tratado.

de Gualeguaychú, na Argentina e Fray Bentos, no Uruguai, em protesto contra a construção das papeleiras. Em 23 de dezembro, novamente, a ponte foi bloqueada, forçando os transeuntes a se dirigirem à outra ponte entre Colón e Paysandú que, posteriormente, também foi bloqueada. A atitude dos manifestantes, apoiada por líderes políticos argentinos, gerou uma indisposição entre os governos. O governo uruguaio requisitou ao governo argentino que controlasse a situação. Este, por seu turno, requisitou que o governo uruguaio desativasse as papeleiras. (FREITAS, et al., 2009).

Mais um bloqueio ocorreu na virada do ano e foi seguido de um pedido de boicote às papeleiras pelo Chefe de Assuntos Ambientais da Argentina, dirigido aos cidadãos uruguaios. O governo uruguaio prontamente respondeu, alegando ser apenas 16% da população uruguaia contra as papeleiras.

Finalmente, em 25 de janeiro de 2006, o governo argentino, mediante solicitação do Governador do Distrito de Entre Rios, Jorge Busti, anunciou que buscaria perante a Corte Internacional de Justiça uma solução ao conflito, acusando o Uruguai de ter violado o Tratado Bilateral do Rio Uruguai (FREITAS, et al., 2009).

Em 18 de fevereiro de 2006, o Uruguai deflagrou o mecanismo de solução de controvérsias previsto no Protocolo de Olivos, sendo convocado Tribunal *ad hoc* para que este se pronunciasse a respeito da violação ao princípio da circulação de bens e fatores produtivos (Tratado de Assunção) empreendida por grupos de cidadãos argentinos — em razão do bloqueio das pontes que interligam os dois países. A Argentina alegou em sua defesa os direitos de livre expressão do pensamento e de reunião (TASQUETTO, 2011).

O caso foi decidido pelo tribunal arbitral em favor do Uruguai, mas foi descumprido pela Argentina, o que, somado às reivindicações uruguaias referentes às assimetrias econômicas existentes entre os países que compõe o MERCOSUL, acentuou a descrença do Uruguai no Bloco. O resultado foi o estreitamento de laços entre o Uruguai e os Estados Unidos — no dia 27 de janeiro de 2007, os dois países assinaram o Acordo Marco de Comércio e Investimentos (TIFA), que “[...] consiste na determinação dos dois governos de concretizar avanços substanciais nas relações de comércio e investimento” (ESTADÃO, 2007).

## 6. CONCLUSÕES

A adoção de normas com caráter de supranacionalidade não são contrárias ao fundamento de soberania previsto no art. 1º da Constituição Brasileira de 1988. Havendo uma decisão estatal a fim de consolidar um mecanismo de auto-executoriedade de normas dentro de um bloco regional de integração, desde que seguido o processo legislativo regulamentar, não haveria

perda do poder soberano, mas sim uma transferência de parcelas de soberania para se efetivar um interesse maior do Estado.

Kelsen, na sua obra “Teoria Geral do Direito e do Estado”, argumenta que o Estado é soberano desde que esteja sujeito ao Direito Internacional e não ao Direito Nacional de qualquer outro (KELSEN, 2000, p. 32).

No Brasil, a executoriedade das normas do MERCOSUL é condicionada a conjugação de vontades do Legislativo e do Chefe do Poder Executivo, já que ao Presidente da República incumbe celebrar os atos internacionais (art. 84, VIII, da CF/88), ao passo que o Congresso tem a competência exclusiva para resolver, definitivamente, sobre os mesmos (art. 49, I, da CF/88). A internalização do acordo prescinde ainda da promulgação, que é o ato que confere publicidade à norma, mediante decreto do Poder Executivo (BAHIA, 2000).

Na atualidade, o MERCOSUL não possui o atributo da auto-executoriedade normativa; dependendo, portanto, de um processo de internalização nas legislações de cada Estado-membro. No Brasil, uma vez integradas ao ordenamento jurídico nacional, as normas do MERCOSUL encontram-se em paridade normativa com as leis ordinárias brasileiras, ressaltando-se os casos específicos da legislação tributária e de direitos fundamentais.

A tendência mundial, inspirada na União Européia, é de superação das barreiras, com surgimento do direito comunitário sustentado em normas auto-executáveis (*self-executing*) pelos Estados-membros. Também inspirado na instituição européia, e conforme demonstrado pelo caso das papeleiras, um mecanismo de solução de controvérsias de um bloco regional deve apresentar um caráter supranacional. Ou, ao menos, um modelo que converse com os tribunais nacionais e que preveja mecanismos de efetivação das suas decisões.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, E.; GUERRA, S. *O direito internacional privado em uma perspectiva comparada: cooperação judiciária no Mercosul e na União Europeia*. In: Curso de Direito Internacional Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

ALMEIDA, E.A.P. de. *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico institucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

ALMEIDA, P.R. de. *O Mercosul: fundamentos e perspectivas*. São Paulo: Ed. LTr, 1998.

ALMEIDA, W. *MERCOSUL: efeitos da integração assimétrica*. Goiânia: Deescubra, 2003.

- ARAÚJO, L.I.de A. Da globalização do direito internacional público: os choques regionais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.
- BAHIA, S.J.C. Tratados internacionais no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CANO, H.G. *A situação atual da tributação nos países membros do MERCOSUL*. In: REZENDE, F. et al. Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul. Rio de Janeiro. Konrad Adenauer-Stiftung, 2004.
- CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e teoria da constituição. Lisboa: Almedina, 1999.
- CASELLA, P.B. União Europeia: instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 1994.
- COSTA, J.A. *Aplicabilidade Direta do Direito Supranacional*. In: Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul. São Paulo: LTR, 1996.
- DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTADÃO. (2007) Editorial: *Uruguai mais perto de acordo de livre comércio com os EUA*. Disponível em: <[www.estadao.com.br/arquivo/economia/2007/not20070114p18968.htm](http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2007/not20070114p18968.htm)>, acesso em 24/05/2013.
- FURLAN, F. de M. Integração e soberania: O Brasil e o Mercosul. São Paulo: Edições Aduaneiras, 2004.
- FREITAS, L.; ALANO D.R.; NARDI D.; OHTOSHI E.C. FERRARI P.F.M.G. Corte Internacional de Justiça (CIJ): O caso das papeleiras — Argentina vs Uruguai. SINUS, 2009.
- GARCIA JÚNIOR, A.Á. Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: Como resolver o problema? O caso brasileiro. São Paulo: LTr, 1997.
- KELSEN, H. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo. Martins Fontes, 2000.
- STELZER, J. União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade? 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- TASQUETTO. *O Uruguai sob o impacto das Papeleras: entre dois caminhos opostos de inserção no cenário internacional*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/18323>> Acesso em: 23/05/2013.

---

## DOCTRINA ESTRANGEIRA

---





# UN NUEVO CONCEPTO DE AGENTE DEPENDIENTE DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ESPAÑOL

*Antonio Fernández de Buján y Arranz\**

## **Resumen**

Los beneficios de un establecimiento permanente —así como las ganancias derivadas de la enajenación del mismo y los bienes muebles que formen parte del activo no corriente—, tributan con carácter general, en el Estado en el que se originan. La cuestión nuclear que suscita la STS de 12 de enero de 2012 (Caso Roche) consiste en determinar si, a los efectos del Convenio Fiscal Internacional entre España y Suiza, Roche Vitamins Europe actuaba o no, a través de un establecimiento permanente en España. A título subsidiario, y solo para el caso de que la primera cuestión reciba una respuesta afirmativa, se procederá a abordar el examen de los errores en el cálculo de la base imponible que denuncia la recurrente.

## **Palabras Clave**

Establecimiento permanente. Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. Contrato de fabricación.

## **Abstract**

The profits of a permanent establishment and its gains from the alienation of such a permanent establishment, and capital representing movable property forming part of the business property of such a permanent establishment, are taxed generally in the State of source. The main issue which raises the Supreme Court decision of 12 January 2012 (Roche case) consists in whether or not Roche Vitamins Europe acted in Spain through a permanent establishment according to the International Tax Convention between Spain and Switzerland. As a subsidiary issue, in case of a positive answer from the prior question, it will be addressed the possible miscalculation in the taxable income denounced by the appellant.

## **Keywords**

Permanent establishment. Income Tax for Non-residents. Toll manufacturing agreement.

---

\* Profesor de Derecho Financiero y Tributaria. Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

## 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES y LA FIGURA DEL AGENTE DEPENDIENTE.

El concepto de establecimiento permanente, tanto en la definición que establece el art. 13.1a) del TR de la Ley IRNR como su análogo recogido en el Modelo Convenio de la OCDE- esto es el art. 5 MCOCDE- junto con su comentario correspondiente no contempla casuísticamente, y aunque lo hiciese a nuestro juicio siempre quedaría alguna en el tintero, todas situaciones en las que un “lugar fijo de negocios” se considera establecimiento permanente.

Esta situación lleva a las inevitables “zonas grises”, por lo que la consideración o no de establecimiento permanente en un país se ha convertido en un tema de gran trascendencia para los entramados empresariales el cual ha suscitado intensos debates tanto en la doctrina y jurisprudencia española y extranjera como en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Como afirma FALCÓN, la STS 12 enero 2012 (RJ 2012, 268) aborda por primera vez un esquema frecuentemente utilizado por las multinacionales, sobre todo norteamericanas, que operan en España y en otros países europeos a través de filiales con funciones de maquila y de promoción de ventas, llegando incluso a gestionar las órdenes de venta y a firmar los contratos recibidos desde el extranjero, pero evitando que la filial pacte las condiciones de los contratos, lo que llevaría automáticamente a su consideración como un agente dependiente, y por tanto como un establecimiento permanente<sup>1</sup>.

En relación con la figura del agente dependiente, se puede deducir *a sensu contrario* del art. 13.1a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según el cual tributan por este impuesto las rentas de actividades o explotaciones económicas obtenidas, de forma continuada o habitual, a través de un establecimiento permanente en España. Esto es, obtenidas a través de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole en las se realice toda o parte de las actividades que les son propias. También tributan por el IRNR si se actúa en el mismo “por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes”.

El art. 5.5 del MCOCDE, se refiere indirectamente a la figura de “agente dependiente”, aunque no sea nombrada *expressis verbis*. Así establece el apartado 5 del artículo 5 MCOCDE, que cuando una persona que no sea un

---

<sup>1</sup> FALCÓN, R., El caso Roche (STS 12 enero 2012): consideración como establecimiento permanente de una filial con actividad de maquila y promoción de las ventas, Quincena Fiscal, nº 6, 2012 (Editorial)(consultado en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

agente independiente<sup>2</sup>, actúe por cuenta de una empresa y tenga y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de dicha empresa, se considera que, la misma actúa a través de un establecimiento permanente en este último Estado respecto de las actividades que realice para la primera empresa.

De todas formas, si concurren los requisitos del párrafo anterior y se trate de actividades realizadas para la empresa matriz, teniendo las mismas carácter “auxiliar o preparatorio”, no estaremos ante un establecimiento permanente. Se establece un *númerus apertus* de actividades que tienen carácter “auxiliar o preparatorio” que cabría sistematizar en las siguientes:

a) La utilización de instalaciones o depósitos con el único fin de almacenar, exponer, entregar, bienes o mercancías pertenecientes a la empresa o para que dichos bienes o mercancías sean transformados por otra empresa.

b) El mantenimiento de un fugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías, recoger información para la empresa, hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar, siempre que estas actividades se realicen para la propia empresa.

Por su parte, el Modelo de Convenio de la OCDE también hace referencia a la figura de “agente independiente” en el apartado 6 de su artículo 5. Establece dicho artículo 5.6 MCOCDE, que “un corredor, un comisionista general, o cualquier otro mediador que goce de un estatuto independiente”, no opera mediante establecimiento permanente en un país distinto al de la empresa matriz, siempre y cuando lleve a cabo la actividad que le es propia dentro del marco ordinario de la misma, es decir que el agente independiente no realice actividades más allá de las estrictamente reguladas para estas figuras.

El Tribunal Supremo español cree que la combinación de la actividad de fabricación de Roche España y la falta de riesgos jurídicos y económicos producidos tiene como consecuencia que Roche Europe actué en España, a través de un “agente dependiente”. En opinión del Tribunal, el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Suiza permitió la constatación de la agencia dependiente.

---

<sup>2</sup> Como indica TEJERIZO, en TEJERIZO LÓPEZ, J.M., La tributación de los no residentes con establecimiento permanente en *Responsa iurisperitorum digesta*, Universidad de Salamanca, vol. 4, 2000, p.311, “ El establecimiento permanente no tiene personalidad jurídica distinta de la persona no residente. En otro caso nos encontraríamos ante una filial situada en el país de sujeción. Las filiales son sociedades, en nuestro caso españolas, y por lo tanto sometidas a gravamen como cualesquiera otras, sin especialidad ninguna”.

## 2. SOBRE LA TRIBUTACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES A TRAVÉS DEL CASO ROCHE

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 enero 2012 (RJ 2012, 268), aborda por primera vez un esquema frecuentemente utilizado por las multinacionales, sobre todo norteamericanas, que operan en España y en otros países a través de filiales. En el supuesto que nos ocupa, la filial fabricaba y entregaba los bienes a los clientes en nombre de su matriz, actuando además en exclusiva para ella, en condiciones económicas y mercantiles distintas a las que serían acordadas en condiciones de mercado.

A partir del 1 de julio de 1999, Roche Vitamins Europe quedaba vinculada con Roche España por medio de sendos contratos de fabricación, agencia y arrendamiento (a cuyo análisis se procederá en el apartado 3.1 — Contenido de los contratos-).

Roche Vitaminas es una sociedad española que tributa por el IS en España por su renta mundial. Tras la reorganización, esta renta era, resumidamente:

- el precio de sus servicios de maquila, determinado en función de los costes.

- más un 2% de las ventas en España, como retribución de su actividad de promoción de ventas.

El problema es determinar si Roche vitaminas, además de ser una sociedad española (filial de la suiza), es también un establecimiento permanente de la sociedad suiza<sup>3</sup>. En tal caso, Roche Vitamins Europe (la suiza) también tributaría en España a través del IRNR, por el beneficio derivado de las ventas en España (las ventas en Portugal no fueron incluidas por el TEAC).

La elusión del impuesto español podría también haberse corregido a través de un ajuste por operaciones vinculadas, haciendo tributar a la española por una base superior, pero la AEAT opta por considerar que existe un establecimiento permanente.

A título de ejemplo, en relación con el supuesto de hecho contemplado en la sentencia objeto de análisis, cabría hacer referencia al caso imaginario que sigue:

---

<sup>3</sup> Sobre el tratamiento de los establecimientos permanentes, BAENA AGUILAR, Á., La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Aranzadi, Pamplona., 1994; GARCÍA PRATS F.A., El establecimiento permanente, Madrid, Tecnos, 1996. MAROTO SÁEZ, A., Estudio de las operaciones realizadas entre Casa Central y establecimientos permanentes, Crónica tributaria, nº 131, 2009, pp. 79-106, SERRANO ANTÓN, F., Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanentes en Fiscalidad internacional (dir. SERRANO ANTÓN, F.), Centro de Estudios Financieros, 2010, pp. 181-230.

El ejemplo está simplificado, no incluyéndose la renta correspondiente al alquiler del almacén, y los márgenes son, probablemente, mayores. Tampoco, hemos considerado, incluir otros costes, como los relativos al transporte, etc.

- Siendo, SA la sociedad española y Europe, la sociedad suiza.

Supongamos un coste de fabricación (en unidades monetarias) es de 70 → SA factura 71 a Europe, que es la dueña del producto.

Supongamos que se vende ese producto por 100 → SA factura 2 a Europe.

En ese ejemplo, Europe gana 100 menos 71, menos 2, es decir, gana 27 y tributa por esas 27 en Suiza (a un tipo muchísimo más bajo que su análogo español).

Por su parte, SA, tiene una renta de 3, porque factura 71+2, pero tiene unos gastos de fabricación de 70. Por tanto, paga IS al 30% sobre 3, es decir paga 0,9 euros.

Si SA hubiera fabricado y vendido, habría ganado 100, con unos costes de 70, y por tanto habría tributado al IS sobre una base de 30, lo que supone una cuota de 9 euros.

De este modo, SA se “ahorra” impuestos en España por importe de 8,1 euros. Los 20,9 restantes los habría repartido como dividendos a su socio suizo, y esos dividendos habrían quedado sujetos al IRNR con los límites del convenio.

- Por otro lado, si el asunto se hubiera afrontado desde la perspectiva de operaciones vinculadas, habría que haber ajustado los precios entre SA y Europe.

Siguiendo con el caso anterior, y una vez demostrado que entre partes independientes no se habrían facturado 71, sino, por ejemplo, 85. Entonces la base imponible del IS de SA sería  $85 - 70 + 2 = 17$ . La cuota al 30% habría sido de 5,1. El acta habría sido de 4,2 ( $5,1 - 0,9$ ). Dicha acta se habría levantado a la sociedad española, en concepto de IS.

Con el enfoque de establecimiento permanente, lo que la Inspección Tributaria determina -postura ratificada también por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo- es que, aunque SA pague sólo 0,9, Europe está operando en España a través de un establecimiento permanente, y por tanto debe tributar por el IRNR<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. al respecto en relación con los establecimientos permanentes y el IRNR, TEJERIZO LÓPEZ, J.M., La tributación de los no residentes con establecimiento permanente en Responsa

Como no residente con establecimiento permanente, debe pagar el 30%, sobre su beneficio, que es 27 (100 – 71 – 2). Es decir, debe pagar en España 8,1, que es el 30% de 27. Esas 27 también se gravan en Suiza, aplicando el método de corrección de la doble imposición que corresponda. Pasando esas 27 u.m de tributar sólo en Suiza, a tributar en España al 30% (en Suiza tendrán que pedir la devolución en virtud del Convenio para evitar la doble imposición existente entre España y Suiza).

Como podemos observar, este enfoque es mucho más favorable para Hacienda, que obtiene 9 euros, pues cobra 0,9 de IS a SA, y 8,1 de IRNR a Europe.

En cambio, con la aproximación de las operaciones vinculadas habría recaudado menos, pues habría que dejar un margen normal de mercado a la sociedad suiza (que se consideraría que opera en España sin establecimiento)<sup>5</sup>.

---

jurisperitorum digesta, Universidad de Salamanca, vol. 4, 2000, pp. 299-322; CALLEJA CRESPO, A., La fiscalidad de los no residentes en España (III): Rentas obtenidas a través de establecimiento permanente en Manual de fiscalidad internacional (coord. CORDÓN EZQUERRO, T.; GUTIÉRREZ LOUSA, M.; BLANCO DALMAU, A.), Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, pp. 143-174; FERNÁNDEZ DE PEDRO, F., La fiscalidad de los no residentes en España (IV): rentas obtenidas sin establecimiento permanente en Manual de fiscalidad internacional...cit., pp. 175-239; LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., La reforma del gravamen adicional sobre las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes por entidades no residentes, Gaceta fiscal, ISSN 0212-6591, Nº. 221, 2003, pp. 49-60; MEDINA CEPERO, J.R., La tributación de las rentas obtenidas por no residentes en España a través de establecimiento permanente, Revista de información fiscal, nº 60, 2003, pp. 11-32; MULEIRO PARADA, L.M., La norma supletoria de determinación de la base imponible para los establecimientos permanentes que no cierran ciclo mercantil en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, Quincena fiscal, nº 19, 2008, pp.47-58; GALAPERO FLORES, R.M., Determinación de la base imponible de la entidad no residente a través del establecimiento permanente en el IRNR, Noticias de la Unión Europea, nº 290, 2009, pp. 25-36; GALÁN SÁNCHEZ, R.M., LEGISLACIÓN. Cuestiones sobre el establecimiento permanente en el IVA y en el IRNR, Derecho de los negocios, año nº 20, nº 230, 2009, pp. 51-54

<sup>5</sup> Vid. sobre la posibilidad de afrontar el asunto desde la perspectiva de las operaciones vinculadas, MARTÍNEZ-MATOSAS RUIZ DE ALDA, E.; CALDERÓN CARRERO, J.M., Subsidiary Constituted PE, Supreme Court Rules, Tax Notes International, vol.65, nº10, 2012, p.174, al señalar que: "Another questionable aspect is the interrelationship between the transfer pricing rules and the PE clause within the treaty context. Basically, the Court's approach goes through a prevalent application of the PE clause, avoiding the material and procedural application of the Spanish domestic transfer pricing rules and, most notably, ignoring intragroup service contracts, an approach that does not really fit with either the OECD transfer pricing guidelines or Spain's general antiabuse provisions".

Vid. por todos sobre los precios de transferencia, GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades, Ministerio de Hacienda, 2001.

De acuerdo con el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 7 del Convenio Modelo de la OCDE<sup>6</sup>, se admite universalmente que una empresa de un Estado solo participa verdaderamente en la vida económica de otro Estado, con vinculación suficiente para quedar sometida a su sistema tributario fiscal, si tiene en él un establecimiento permanente<sup>7</sup>. Sobre este aspecto específico, y algún otro relacionado, versa el comentario que, contenido en las páginas que siguen, aspira a clarificar alguna de las cuestiones que se plantean en el ya denominado como “Caso Roche”<sup>8</sup>.

### 3. LA STS de 12 de ENERO DE 2012 (EL CASO ROCHE)

#### 3.1. Contenido de los contratos

Desde el 1 de agosto de 1999, Roche Vitamins Europe se encontraba vinculada con la sociedad anónima española Roche Vitaminas, “que se obligaba a elaborar y empaquetar los productos, así como a venderlos a la compañía suiza, siguiendo las órdenes de ésta última que se comprometía a adquirirlos”. La mencionada vinculación contractual supuso un cambio de estrategia por el que Roche Vitaminas, hasta entonces fabricante, importadora y vendedora de bienes, pasó a producirlos para un único cliente —Roche Vitamins Europe— que posteriormente procedía a su introducción en el mercado, persiguiéndose reducir costes al centralizarse estos en un solo país: Suiza. A partir de la citada fecha entraron en vigor los contratos que se exponen a continuación:

---

<sup>6</sup> Las referencias al Convenio Modelo de la OCDE y a sus comentarios, se entenderán hechas a la versión en inglés (aunque en muchos casos procedamos a su traducción al castellano) de 22 de julio de 2010 del Model Tax Convention on Income and on Capital. (condensed version), ISBN 978-92-64-08948-8, OECD 2010.

<sup>7</sup> Sobre los establecimientos permanentes en Derecho comparado, Rawal,R., *The taxation of Permanent Establishments: An international perspective*, London, Spiramus Press, 2006; VANN, R.J., *Tax Treaties: The Secret Agent's Secrets*, British Tax Review, 2006, vol. 3, pp.345-382.

<sup>8</sup> Vid, con carácter general sobre la STS de 12 de enero de 2012 relativa al denominado caso Roche: FALCÓN Y TELLA, R., *El caso Roche (STS 12 enero 2012)*,...cit., (Editorial) (consultado en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Comentario a Resolución del T.E.A.C de 15 de marzo de 2012 nº re, 2107/2007, Carta Tributaria nº14/2012*, pp. 59-61; Id., *La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas*, *Crónica tributaria*, 2012, pp. 39-58 (en las pp. 47-48 el autor se refiere al Caso Roche); DEL VAL,I. *Establecimiento permanente: Caso Roche: El nuevo agente dependiente*, *diariojuridico.com, Derecho y Noticias Jurídicas*, 13-8-2012, RIBES RIBES, A., *La difícil precisión de la noción de establecimiento permanente a través de la cláusula del agente dependiente (STS de 12 de enero de 2012, Caso Roche)*, *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad 4/12*, Instituto de Estudios Fiscales; MARTÍNEZ-MATOSAS RUIZ DE ALDA, E.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Subsidiary Constituted PE, Supreme Court Rules*,...cit., pp.743-744; FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A., *Establecimiento permanente: un antes y un después de la STS 12 de Enero de 2012 (El caso Roche)*, *Quincena fiscal*, nº 20, 2012, pp. 131-154.

a) Un contrato de fabricación mediante el cual Roche Vitamins Europe, contrataba a Roche Vitaminas para que produjera y envasara (en sus instalaciones de San Fernando de Henares, Madrid) los productos que la primera le indicara, siendo dichos productos facturados por Roche Vitaminas, en la forma y en las condiciones que se indicarán más adelante.

La Resolución del TEAC, señala que aunque los medios productivos pertenecían a Roche Vitaminas, en virtud de la relación existente entre ésta y la reclamante, estaba claro que quien disponía de todos ellos era Roche Vitamins Europe, estando exclusivamente dedicados al servicio de la entidad suiza.

La elaboración y fabricación de los productos objeto del contrato entre ambas compañías, se llevaba a cabo por Roche Vitaminas con las materias primas que le Roche Vitamins Europe le facilitaba. La primera se responsabilizaba de los defectos debidos a una incorrecta aplicación de los parámetros de calidad, y Roche Vitamins Europe de los defectos derivados de una indebida fijación de tales parámetros o de su modificación una vez manufacturados los bienes. Nos encontramos, por lo tanto, en el presente supuesto ante el denominado en derecho español contrato de fabricación (o "*toll manufacturing agreement*", en derecho anglosajón).

Según el TEAC, existía una relación de subordinación por parte de Roche Vitaminas frente a Roche Vitamins Europe, al ser absolutamente dependiente de las directrices dictadas por la multinacional Suiza, que asumía los riesgos de la actividad empresarial.

b) Mediante el segundo contrato, Roche Vitaminas llevaba a cabo la promoción de las ventas a través de un contrato de agencia aplicable sobre los productos que fabricaba para Roche Vitamins Europe, así como de otros productos que adquiriría en virtud de adquisiciones intracomunitarias, siendo el primero quién realizaba la venta efectiva.

Roche Vitaminas llevaba a cabo la promoción en sentido amplio de las mercancías, actuando por lo tanto *de facto* como agente de Roche Vitamins Europe para España. La actividad de promoción supone tener que desarrollar todos los menesteres precisos para hacer valer las cualidades de los bienes ofrecidos por Roche Vitamins Europe. De este modo, Roche Vitaminas se comprometía a representar, proteger y fomentar los intereses de la matriz a cambio de percibir el 2 por 100 de todas las ventas que consiguiera promover en España.

Se concertó también, un contrato de arrendamiento entre ambas sociedades, cuyo objeto era un almacén de 22 metros cuadrados para depositar los productos antes de su distribución a los clientes. Concurría en España todo el proceso de fabricación para su único cliente, depositándose en el

mencionado almacén los productos terminados que pertenecían a Roche Vitamins Europe (como consecuencia de su venta a esta última por parte de Roche Vitaminas).

En atención a lo expuesto, cabría afirmar, como punto de partida, que todas éstas operaciones conjuntamente pueden dar lugar a la existencia de un establecimiento permanente, ya que tanto la fabricación como la venta de los productos se dirigen desde Suiza por Roche Vitamins Europe, la cual dispone de la forma en que han de actuar los medios humanos y materiales situados en España. Es, por tanto, Roche Vitamins Europe quien dispone qué se ha de fabricar y cuánto, en qué plazos, a quién ha de venderse y a qué precio<sup>9</sup>.

Como contraprestación, en el contrato de fabricación, Roche Vitamins Europe paga unos honorarios de fabricación (o “*fees*”) a Roche Vitaminas con el fin remunerar a la fabricante el empleo de los necesarios capitales para la producción, según precios equivalentes al coste total más un determinado margen que consiste en un tanto del coste de producción, (que naturalmente, son menores de lo que ganaría Roche Vitaminas vendiendo directamente sus

---

<sup>9</sup> En relación con las resoluciones de instancia de la STS de 12 de enero de 2012, cabe señalar que en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el 6 de marzo de 2003, la Inspección de la Delegación Especial en Madrid de la AEAT incoó un acta, que fue suscrita en disconformidad por el contribuyente, y giró en una fecha posterior, una liquidación por el concepto de impuesto sobre la renta de los no residentes –ejercicios 1999 y 2000- a DSM NUTRITIONAL PRODUCTS EUROPE LTD (antes Roche Vitamins Europe LTD, y en adelante Roche Vitamins Europe), de la que resultó una deuda tributaria por un importe total de 1.420.256,94 euros (de los que 1.265.410,26 correspondían a cuota tributaria, constituyendo la cantidad restante, intereses de demora), en la que se hacía constar que Roche Vitaminas Europe actuaba a través de establecimiento permanente en España. La entidad, interpuso reclamación económico-administrativa contra la liquidación girada y tras su desestimación presunta por silencio administrativo, recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Económico Administrativo Central dictó Resolución el 20 de abril de 2006 (a pesar de haberse presentado el mencionado recurso Contencioso-Administrativo) en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 103 de la LGT, estimando en parte la reclamación económico-administrativa interpuesta por Roche Vitamins Europe, al excluir de la cifra de negocios imputada a esta última, el importe de los productos vendidos desde fuera de España a clientes radicados en Portugal. Aportada, con posterioridad, esta Resolución del TEAC en el procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional, se dictó Sentencia el 24 de enero de 2008, confirmando en todos sus términos la Resolución del TEAC.

Finalmente, se interpuso recurso de casación ante la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional (JUR 2008/6442), en el que se alegaba:

a) Infracción del artículo 5.4 del Convenio para evitar la doble imposición internacional, suscrito por España y Suiza en Berna el 26 de abril de 1966 (y ratificado mediante instrumento publicado en el BOE de 3 de marzo de 1967).

b) Infracción del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

productos al consumidor final)<sup>10</sup> y unos honorarios de agencia ya que, además de la fabricación efectiva, Roche Vitaminas realizaba la promoción de los productos que fabricaba para Roche Vitamins Europe. También obtenía Roche Vitaminas una renta, como consecuencia del contrato de arrendamiento del almacén, donde permanecían los productos que fabricaba.

Roche Vitaminas tributaría, de este modo, por la diferencia entre los ingresos obtenidos por los honorarios de fabricación, agencia y la renta obtenida como consecuencia del arrendamiento del almacén y, los gastos deducibles que le ocasionara la fabricación del producto final, la promoción y venta de productos y las amortizaciones fiscalmente deducibles de sus activos.

Estos ingresos eran, manifiestamente inferiores, a los que hubiera obtenido Roche Vitaminas si fuese propietaria de los productos y llevase a cabo las labores de promoción y venta, siendo en ese supuesto, por lo tanto, el margen de beneficio de mayor cuantía. También lo sería, en este caso, la base de la tributación, y, en consecuencia, el resultado final a ingresar en las arcas del erario público<sup>11</sup>.

### 3.2. Normativa aplicable. Fundamentación jurídica.

Una vez expuestos los vínculos contractuales entre las dos compañías, procede continuar con el desarrollo del concepto de establecimiento permanente en sus distintas acepciones en la legislación interna e internacional aplicables al caso. Asimismo, deben tenerse presentes las normas y comentarios al Modelo de la OCDE, que si bien, no son vinculantes para los países miembros<sup>12</sup> (pues la norma jurídica es cada convenio concreto<sup>13</sup>) tienen una

---

<sup>10</sup> Como apunta BAENA AGUILAR, La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cit., p.150, Entre los métodos posibles para estimar la rentabilidad del establecimiento son de destacar dos:

- a) Criterio de rentabilidad homogénea: El beneficio obtenido en España guarda igual proporción con los gastos realizados localmente, que el beneficio mundial y los gastos mundiales.
- b) Criterio del margen sobre costes o "mark-up": Los gastos realizados en España producirán, de hacerse por una empresa separada, una rentabilidad proporcional a su importe.

<sup>11</sup> La retribución que se satisfacía, señala el TS, consistía en la restitución de los costes, directos e indirectos, incluidos los de utilización del capital, en que incurrieran las instalaciones y medios localizados en España para atender a sus pedidos. Dichos medios productivos pertenecían a Roche Vitaminas, pero en virtud de la relación existente entre ésta y la reclamante, parece claro en opinión del Tribunal Supremo, que quien disponía de todos ellos era ésta última ya que estaban exclusivamente dedicados a la entidad suiza.

<sup>12</sup> Los países miembros de la OCDE son: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y Estados Unidos.

<sup>13</sup> En nuestro caso el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Suiza en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y particularmente su art. 5 que establece:

especial relevancia en la interpretación, salvo que alguno de los Estados parte en el convenio que se trate, haya manifestado una posición divergente, mediante una reserva.

El Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes establece que queda sujeta a tributación la renta (dineraria o en especie) obtenida en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en éste (artículos 1 y 12). Y de acuerdo con el artículo 13.1 del TR, se considerarán rentas obtenidas en territorio español: “Las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en territorio español”. Concurren tales circunstancias cuando:

---

“1. A los efectos del presente Convenio, la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios en el que una empresa efectúe toda o parte de su actividad.

2. La expresión “establecimiento permanente” comprende, en especial: a) las sedes de dirección; b) las sucursales; c) las oficinas; d) las fábricas; e) los talleres; f) las minas, canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales; g) las obras de construcción o de montaje cuya duración exceda de doce meses

3. El término “establecimiento permanente” no comprende:

a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes a mercancías o recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar, siempre que estas actividades se realicen para la propia empresa; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), con la condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación sea de carácter auxiliar o preparatorio.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona, distinta de un agente independiente al que será aplicable el apartado 5, actúe por cuenta de una empresa y tenga y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 3 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado.

5. No se considera que una empresa de un Estado contratante tiene establecimiento permanente en el otro Estado contratante por el mero hecho de que realice actividades en este otro Estado por medio de un corredor, un comisionista general, o cualquier otro mediador que goce de un estatuto independiente siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

6. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades en este otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera) no convierte por sí sólo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

(a. Por cualquier título disponga en territorio español, continuada o habitualmente, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad. En particular, se entenderá que constituyen establecimiento permanente, entre otros, las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes<sup>14</sup>, tiendas u otros establecimientos<sup>15</sup>.

(b. Actúe en España por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes.

Por su parte, el artículo 7 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre España y Suiza<sup>16</sup>, que determina en qué medida el Estado en que está localizado el establecimiento permanente puede gravar las rentas del mismo, establece que:

“1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición de este Estado, a no ser que la empresa efec-

---

<sup>14</sup> El problema surge como consecuencia de la aplicación prioritaria del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el España y Suiza, firmado en Berna el 26 de abril de 1966 y ratificado mediante instrumento publicado en el BOE de 3 de marzo de 1967 sobre el derecho nacional en virtud de la aplicación efectiva del principio de primacía, el cual ha sido insistentemente reafirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el mencionado Convenio no se incluyen como establecimientos permanentes, los almacenes, que sí son mencionados en el artículo 13 de la TR de la Ley del IRNR.

Obviamente, en caso de convenio, prevalece el concepto de establecimiento permanente establecido en el mismo frente a la legislación interna. Los fundamentos de la doctrina de la primacía se sientan por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Costa/ENEL, de 15 de junio de 1964 (Asunto 6/64) y, sobre todo en Asunto Simmenthal (Sentencia de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77). En virtud de este principio, los órganos jurisdiccionales internos están obligados a inaplicar por su propia autoridad –esto es, sin esperar a la derogación y sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, que solo daría lugar a una dilación indebida– toda norma interna incompatible con el Tratado o con una disposición comunitaria dotada de eficacia directa.

<sup>15</sup> También, de acuerdo con el tenor literal del art. 13.1ª) del TR, “ las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de exploración o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de seis meses”. Vid. en relación con este último punto, GARCÍA PRATS, F.A., La aplicación del concepto de establecimiento permanente a las obras de construcción, instalación y montaje, Revista de derecho financiero y de hacienda pública, vol. 45, nº 236, 1995, pp. 517-556.

<sup>16</sup> Convenio de 26 de abril 1966, ratificado por Instrumento de 26 de enero 1967, el cual ha sufrido diversas modificaciones desde su ratificación como el Protocolo de 29 de junio 2006 que modifica el Convenio de 26-4-1966 entre España y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, así como el Protocolo de 27 de julio 2011, que modifica tanto Convenio de 26 de abril de 1966 como el Protocolo de 29 de junio 2006.

túe operaciones en el otro Estado, por medio de un establecimiento permanente situado en él.

“2. Cuando una empresa de un Estado contratante realice negocios en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán al establecimiento permanente los beneficios que éste obtendría si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”.

Manifiesta la recurrente, en relación con el citado Convenio hispano-suizo para evitar la doble imposición “el más profundo desacuerdo” con la lectura que hace la Audiencia Nacional de su artículo 7, señalando que “no podría atribuirse beneficio empresarial alguno a un establecimiento permanente en relación con una actividad no desarrollada por el establecimiento permanente toda vez que ello constituiría una suerte de fuerza atractiva prohibida en el artículo 7.1 del citado convenio”.

La Audiencia Nacional señala, por el contrario, que si una empresa no residente actúa a través de establecimiento permanente, entonces deberá tributar en el Estado en que esté situado dicho establecimiento por todas las actividades realizadas en el territorio del referido Estado, aunque no se realicen a través del establecimiento permanente. Postura que la recurrente no acepta ya que considera que el único beneficio imputable a dicho establecimiento es el de fabricación y no el de comercialización<sup>17</sup>.

La tesis de la Audiencia Nacional, podría quizás cuestionarse, a nuestro juicio, a la luz de los Comentarios al artículo 5.3.12 de la introducción al Proyecto de Convenio de 1963 (en adelante PCOCDE)-inspirador del convenio hispano-suizo de 1977- y al que Roche Vitamins Europe se remite, en los cuales se manifiesta que “es claro que un lugar de negocios que no tenga otra función que asegurar la publicidad, suministrar información o efectuar investigaciones científicas, puede, no obstante, contribuir a la rentabilidad de la empresa. Sin embargo, los servicios que estos lugares de negocios prestan a la empresa se realizan con una antelación considerable al momento en que se produce efectivamente el beneficio, que es muy difícil imputar a aquella una

---

<sup>17</sup> En su defensa alegó Roche Vitamins Europe, con carácter subsidiario, que “aunque en 1999 y 2000 contaba con un agente dependiente en España desde el que fabricaba los productos que posteriormente vendía a su casa matriz, el único beneficio imputable a dicho establecimiento sería el de fabricación, defendiendo la improcedencia de tratar de imputar al supuesto establecimiento permanente en España el beneficio de la actividad de comercialización”. Señalando, en este sentido que, “a lo sumo debe admitirse la existencia de establecimiento permanente respecto de la actividad de fabricación, por lo que ha de imputarse al mismo el margen normal de fabricación y en consecuencia debe pagarse el impuesto sobre la renta de no residentes sobre la base de este margen”.

parte del mismo; en consecuencia tales lugares no se consideran unidades imponibles”.

Por otro lado, el artículo 5.1 del Convenio hispano-suizo, define y delimita el concepto de establecimiento permanente, concepto nuclear para poder alcanzar una posible solución al problema que estamos tratando, de la siguiente forma: “lugar fijo de negocios en el que una empresa efectúa toda o parte de su actividad”<sup>18</sup>.

### 3.3. Otras posibles soluciones para el presente caso.

Es un aspecto de notable relevancia y al menos digno de ser considerado en relación con el ya conocido como “Caso Roche”, la posibilidad de la existencia de un fraude de ley o, en su caso, de un conflicto de aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la LGT—que ha venido a sustituir la regulación menos amplia y flexible que realizaba el anterior artículo 24 de la derogada Ley 230/63, General Tributaria—, ya que, los citados contratos de fabricación, promoción y arrendamiento entre ambas partes son “notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido” y tienen una finalidad eminentemente, de ahorro fiscal ya que “de su utilización no resultan efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios”.

El artículo 15.1 LGT, parece a nuestro juicio en su integridad subsumible al caso concreto<sup>19</sup>. Por ello, podría haber sido otra opción posible en la solución a la controversia objeto de estudio.

Ahora bien, para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de la LGT.

---

<sup>18</sup> Como señalan FALCÓN y PULIDO, en Derecho Fiscal Internacional, Marcial Pons, Madrid 2010, p.74, es indiferente que estas instalaciones sean propiedad de la empresa, o estén alquiladas, o sean facilitadas por otra empresa sin ningún título jurídico (en precario), siempre que estén a disposición de la empresa; incluso un emplazamiento ocupado ilegalmente puede dar lugar a un establecimiento permanente, según los comentarios del Modelo OCDE.

<sup>19</sup> Así, dispone el mencionado artículo 15 de la LGT que:  
“Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:  
a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.  
b. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios”.

Los efectos del conflicto de aplicación de la norma tributaria, se recogen en el apartado 3 del artículo 15 de la LGT, el cual establece que: “En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones”.

Parece, a nuestro juicio, por todo lo dicho, que las actividades que realizaba el Grupo Roche en España después del 1 de julio de 1999 no diferían *de facto* de aquellas que realizaba con anterioridad al 1 de julio de 1999. Al respecto, la recurrente en casación, alegó que “si un sujeto actúa en un Estado, del que no es residente, a través de un establecimiento permanente, entonces los beneficios de éste sujeto podrán someterse a tributación en éste Estado, pero solo en la medida en que tales beneficios sean atribuibles al citado establecimiento”. De este modo, el margen de beneficios de Roche Vitamins Europe, tributaría por el impuesto sobre Sociedades en Suiza con un tipo menor, un menor ingreso en el erario público y, como consecuencia última un mayor beneficio neto<sup>20</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL.

Los beneficios de un establecimiento permanente, así como las ganancias derivadas de la enajenación del mismo y los bienes muebles que formen parte del activo no corriente, tributan, con carácter general, en el Estado en el que originan<sup>21</sup>.

El artículo 7 del Modelo del Convenio establece que los beneficios empresariales de una empresa de un Estado contratante pueden ser sometidos a

---

<sup>20</sup> Vid. en relación con los establecimientos permanente y el IS, entre otros, CARMONA FERNÁNDEZ, N., La fiscalidad del establecimiento permanente en la Ley del Impuesto sobre Sociedades en El impuesto sobre sociedades y su reforma para 2007 (coord. por GALÁN RUIZ, J., GUTIÉRREZ LOUSA, M., RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A), Civitas, 2006, pp. 957-982

<sup>21</sup> Vid. artículo 7 y el apartado 2 de los artículos 13 y 22 MOCDE. Como indica GÓMEZ JIMÉNEZ, I.L., en Un análisis sobre el enfoque autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, Crónica tributaria, nº 133, 2009, pp.126-127, “El artículo 7 del Modelo del Convenio establece que los beneficios empresariales de una empresa de un Estado contratante pueden ser sometidos a tributación en otro Estado, sólo en la medida que tales beneficios sean atribuibles a un establecimiento permanente situado en su interior. Pero en la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, hace ya algún tiempo, se constató la existencia de elementos de incertidumbre. Básicamente, dos son las cuestiones que se deben conjugar cuando se analizan los fundamentos de la tributación de los establecimientos permanentes: la existencia de transferencias de activos (fijos o circulantes, con movimiento físico o sin él) entre las distintas partes de la empresa y el control sobre la tributación de las rentas del establecimiento”.

tributación en otro Estado, sólo en la medida que tales beneficios sean atribuibles a un establecimiento permanente.

El artículo 5.7 MOCDE no impide, sin embargo, que con arreglo a la situación de control entre dos sociedades vinculadas, pueda constituirse un establecimiento permanente. De este modo la actuación directa de una de estas sociedades utilizando las instalaciones de la otra, puede constituir o no aquellas en lugar fijo de negocios, para su consideración como establecimiento permanente<sup>22</sup>.

Hasta ahora el Tribunal Supremo no había entrado a valorar directamente este aspecto, en relación con la existencia o no de un establecimiento permanente en un supuesto similar al enjuiciado. Al reconocer la existencia de un agente dependiente en España la matriz tributa por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes por la totalidad del beneficio dimanante del negocio y su consumo de mercaderías, comisiones sobre ventas, servicios promocionales, otros gastos deducibles de explotación y administrativos a partir de los cuales se obtiene la base imponible.

En consecuencia, el interés no reside en el gravamen de la sociedad que materialmente ejecuta las operaciones sino en el de la sociedad que se beneficia de éstas operaciones (Roche Vitamines Europe), y que, parece, intenta escapar de la tributación mediante una persona interpuesta pero controlada.

En el Comentario del artículo 5.5.31 del Modelo de Convenio OCDE: "se admite [...] que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado si existe en él una persona que actúa por su cuenta en determinadas condiciones". La referencia subjetiva amplia se restringe en los párrafos de la cláusula de la agencia mediante los determinados caracteres que debe reunir la representación. Así el artículo 5.5 exige que la persona representante debe ostentar "poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa". Provieniendo esta referencia a concluir contratos, de la tradición jurídica civilística sobre la representación<sup>23</sup>.

Llegados a este punto, cabría plantearse, qué ocurriría si existiesen dos filiales distintas, una que realizase la maquila y vendiese a la matriz extranjera y otra que realizase las actividades de promoción de ventas, gestionando las órdenes de compra y percibiendo por ella una comisión. Como afirma

---

<sup>22</sup> Como se puede deducir del tenor literal del apartado 7 del artículo 5 del MOCDE que establece: "The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other".

<sup>23</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, vol. I, 5ª Ed., Tecnos, Madrid 1984, p. 503

FALCÓN “de los razonamientos de la sentencia parece desprenderse que ésta última filial no sería considerada establecimiento permanente, por lo que solo tributaría en España la renta correspondiente al margen normal de fabricación, lo que en la práctica lleva a un resultado muy similar al que se llegaría a través de ajustes por operaciones vinculadas”<sup>24</sup>.

Siguiendo con éste razonamiento, como ya se ha comentado anteriormente, resulta, a nuestro juicio discutible, que la actividad de comercialización llevada a cabo por Roche Vitaminas pueda considerarse establecimiento permanente siguiendo los dictados de la redacción del Comentario al PCOCDE. El argumento es reiterado en el comentario del artículo 5.4.23 MCOCDE actual señalando que “se reconoce que tal instalación de negocios puede contribuir efectivamente a la productividad de la empresa, pero los servicios que presta están tan lejos de contribuir a la obtención efectiva de beneficios, que es difícil atribuir a esta instalación fija de negocios una parte cualquiera de dichos beneficios”. En este sentido, la Audiencia Nacional señala que para afirmar la existencia de un establecimiento permanente no es determinante la actividad de comercialización, por si sola, aunque, una vez reconocida la existencia de dicho establecimiento, también debe incluirse en la base imponible gravada en España el beneficio derivado de la venta de los productos, salvo en el caso de las ventas a Portugal.

Debido a la relación contractual existente, es difícil mantener que las actividades de fabricación y venta que se desarrollan en España constituyan actividad empresarial de Roche Vitaminas, sino de la multinacional Suiza, la cual lleva a cabo la ordenación por cuenta propia de tales medios de producción; las resultas económicas de dicha actividad, favorables o desfavorables, los riesgos propios de la actividad empresarial de fabricación y venta de los productos encomendados en virtud de relación contractual<sup>25</sup>.

La Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 15 de marzo de 2012 ha calificado como lugar fijo de negocios o de actividad de una empresa no residente y por consiguiente establecimiento permanente, “un entramado implantado y asentado de manera estable en España. En claros términos de coherencia geográfica y empresarial” derivado del despliegue de actividades por sí misma y por su cuenta en territorio español. Se aventura también, pero con carácter secundario, en la existencia de una conducta de la filial española como agente dependiente de la matriz.

---

<sup>24</sup> FALCÓN, R., El caso Roche (STS 12 enero 2012)...cit., pp. 7-9.

<sup>25</sup> La cuestión nuclear que suscita el presente caso consiste en determinar si, a los efectos del Convenio Fiscal entre España y Suiza, Roche Vitamins Europe actuaba en España a través de un establecimiento permanente, en su modalidad de agente dependiente, “debiendo tenerse presente que cuanto más se parezca una relación de principal/agente a una de empleador/ empleado mayores posibilidades habrá de que no se le considere jurídicamente independiente”.

En cualquier caso esta decisión de la STS de 12 de enero de 2012 de considerar la existencia de un establecimiento permanente en España, de una Sociedad no residente en nuestro País, a efectos del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, por el mero hecho de que tenga concertado un contrato de fabricación con una filial suya española que controla el 100%, no resulta favorecedora para los intereses económicos españoles.

Como es sabido, muchos países de nuestro entorno geográfico (y no precisamente los de menor potencialidad económica) premian la actividad de fabricación aislada (a través de *toll manufacturing agreements*) con tipos impositivos bajísimos (incluso inferiores al 15%) en su impuesto sobre sociedades, en atención a la incidencia beneficiosa que para el empleo, la propiedad industrial, el know-how y las industrias auxiliares y pequeños empresarios que implica la conclusión de contratos de fabricación (comúnmente denominados contratos de maquila).

No parece que el caso Roche vaya a alentar a otras multinacionales farmacéuticas, químicas, biotecnológicas, o tecnológicas, a trasladar sus actividades de fabricación a España a través de una filial española, cuando hay muchos otros países de nuestro entorno (los de mayor potencialidad económica, precisamente) que amén de no considerar la existencia de un establecimiento permanente porque se concierte este contrato de fabricación matriz/filial, hacen tributar a la filial residente en su país a tipos impositivos efectivos muy bajos en su impuesto sobre sociedades<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> CARMONA FERNÁNDEZ, N., Comentario a Resolución del T.E.A.C...cit. Conforme afirma este A. “debe ponerse de manifiesto la existencia de decisiones judiciales extranjeras, muy comentadas en foros internacionales – como ya ha ocurrido con alguna sentencia española —, que se proyecten sobre casos similares. El caso Dell en Noruega en 2011 es un ejemplo, que toma una razón en el caso Zimmer en Francia en 2010, ambos con repuesta negativa, fundada en lecturas literalistas de la normativa bilateral y estáticas de la doctrina de la OCDE, ante un posible establecimiento permanente en un escenario de comisionistas en nombre propio y por cuenta ajena. La cuestión, por tanto, recae sobre un asunto “caliente” (mereciendo actualmente debates en el propio seno de la OCDE) “.



# GARANTIAS ESSENCIAIS DOS CONTRIBUINTES EM PORTUGAL E NO BRASIL – UMA PROPOSTA PARA A SUA PROTEÇÃO FUNDAMENTAL

*João Ricardo Catarino\**

## **Resumo**

Os sistemas fiscais consagram um conjunto de garantias fundamentais destinadas a proteger o cidadão contribuinte dos excessos da ação das autoridades tributárias. Tais garantias dão corpo a princípios constitucionais fundamentais amplamente reconhecidos tanto pelos Estados como pelos cidadãos. Sucede porém que diante de dificuldades de variada ordem, as normas que consagram essas garantias substantivas ou processuais dos contribuintes, são frequentemente objeto de modificação através de lei comum. Desta resulta frequentemente a perda e a descaracterização da ordem de valores que as fundamentam, postergando os direitos e a posição do contribuinte na relação tributária. Este estudo descreve este fenómeno e defende a tomada de medidas ao nível dos próprios sistemas normativos que impeçam o legislador comum de, a todo o tempo e por lei geral, diminuir livremente as garantias fundamentais dos contribuintes. Defende-se neste estudo que existe hoje, em alternativa, uma pluralidade de ordenamentos superiores, que alguns denominam de ordens jurídicas fundamentais parciais. É nestes que se deveriam acolher as normas consagradores dos princípios enformadores das garantias que não tivessem assento constitucional e das próprias garantias dos contribuintes, visando defendê-los de ímpetus legislativos erráticos da lei comum. Assim, propõe-se a consagração dessas garantias em corpos normativos de valor reforçado como as leis-quadro ou leis complementares e bem assim o estabelecimento constitucional de garantias qualificadas de aprovação das modificações.

## **Palavras-Chave**

Garantias dos contribuintes. Constituição fiscal. Garantias tributárias. Tributação.

## **Abstract**

Tax systems reflect a number of fundamental safeguards designed to protect the taxpayer citizen of the excesses of the action of the tax authorities. Such guarantees embody fundamental constitutional principles widely recognized both by States and by citizens. But what happens when faced with difficulties of varying order, the provisions which enshrine these substantive or procedural rights for taxpayers, are often subject to modification through common law. This often results in the loss and distortion of the order of values that underlie, postponing the rights and position of the taxpayer in the tax ratio. This study describes this phenomenon and argues for measures the level of own normative systems that prevent the com-

---

\* Professor de Direito Tributário e de Finanças Públicas e Direito Financeiro na Universidade de Lisboa – ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Investigador no CAPP – Centro de Administração e Políticas Públicas.

mon legislature, at any time and by general law, diminish the fundamental guarantees of taxpayers freely. It is argued in this study that exists today, alternatively, a plurality of superior orders, which some call the fundamental partial legal orders. It is these that should welcome the standards of the concepts of constitutional guarantees not have seat and of the guarantees of taxpayers, seeking to defend them erratic outbursts legislative common law. Thus, it is proposed that the consecration of these guarantees in normative bodies of reinforcement value as framework laws, or supplementary laws as well as the establishment of constitutional guarantees of qualified approval of modifications.

### Keywords

Taxpayers guaranties. Tax Constitution. Tax guaranties. Taxation.

## 1. INTRODUÇÃO

Os princípios valorativos que emergiram das revoluções liberais levaram a uma completa reestruturação dos paradigmas essenciais das finanças públicas e dos sistemas fiscais. Estes permitiram estabelecer em bases inteiramente novas os fundamentos dos tributos, dando corpo aos anseios dos povos em busca da definitiva assunção expressa do princípio do consentimento e da autorização anual para o seu lançamento e cobrança, que nunca haviam sido inteiramente respeitados<sup>1</sup>. Mas também corporizaram os valores do primado da lei, da universalidade do imposto, a consagração do consentimento, a extinção dos privilégios fiscais em razão da classe social, da transparência e do rigor das contas públicas, entre outros.

A subsequente transformação do Estado patrimonial no Estado dito fiscal converteu o tributo na fonte de financiamento mais importante, que foi causa do maior relevo dado a uma nova dogmática. Nascia assim o que veio a ser depois designado de Direito Financeiro Público. Este passou a ocupar-se da obtenção e distribuição dos meios ou recursos financeiros necessários ao financiamento dos entes públicos e da gestão do bens que são propriedade desses mesmos entes públicos.

Ainda que alguns dos princípios e valores estruturantes dos sistemas financeiros públicos sejam muito mais antigos, remontando à antiguidade clássica ou ao pensamento do direito romano, como é o caso dos princípios de *non bis in idem*, do *nullum tributum sine lege praevia* ou do consentimento, muitos outros são mais recentes, resultando do legado liberal e continuam a servir de travejamento dos nossos sistemas fiscais nacionais, como é o caso dos princípios da legalidade ou da igualdade.

Como resultante direta dos valores difundidos pela revolução francesa e da divisão dos poderes, foram reconhecidas aos Parlamentos nacionais as mais relevantes competências financeiras na autorização e controlo de execu-

---

<sup>1</sup> Ver JOÃO RICARDO CATARINO, *Para Uma Teoria Política do Tributo*, Cadernos de CTF n.º 183, Lisboa, 1999 (2.ª edição, 2009).

ção das contas públicas e da actividade creditícia do Estado. Assim, as criadoras dos tributos passaram a ser objeto de aprovação parlamentar. Cabe ainda aos Parlamentos, na generalidade dos Estados europeus continentais e apenas com diferenças de pormenor em razão das especificidades do modelo político, o poder para conceder a autorização anual para o lançamento dos tributos, para a aprovação dos instrumentos de gestão e execução das competências financeiras, para autorizar o recurso ao crédito externo e para controlar as contas nacionais, quer de forma concomitante quer *a posteriori*<sup>2</sup>, tanto em Portugal como no Brasil.

Vigora assim, em muitos casos, um estruturante princípio geral de reserva de lei, absoluta e formal, que exige que a fonte do tributo ou do imposto (consoante os casos) seja lei em sentido próprio<sup>3</sup> (e não lei em sentido amplo), criada segundo o processo formal de criação da lei, para lhe conferir todas as garantias de legalidade. Tal princípio é hoje complementado em alguns modelos constitucionais, por um outro, o da *reserva de lei* segundo o qual a aptidão para aprovar leis de imposto pertence em exclusivo aos Parlamentos nacionais. Estes podem, como no caso de Portugal, autorizar o poder executivo a legislar sobre impostos e sistema fiscal unicamente através de uma prévia autorização legislativa que deve definir o seu objecto, sentido, a duração e a extensão. No Brasil os tributos são obrigatoriamente aprovados por lei (artigo 150 da CF).

Através deste conjunto de limites e exigências formais e de fundo garante-se, na generalidade dos sistemas fiscais, o respeito pelo primado da pessoa humana e pelo papel e lugar do sujeito na determinação do financiamento do Estado. Confere-se voz aos cidadãos através dos órgãos representativos que são as Assembleias Nacionais, eleitas por sufrágio, garantindo por esta via a materialização do consentimento na tributação, num contexto de contrato social, defendido tanto pelos teorizadores da revolução francesa como por vários outros depois deles<sup>4</sup>.

O âmbito e o conteúdo específico das matérias sujeitas aos princípios da legalidade e da reserva de lei são bastante variáveis. Em alguns casos, como sucede com o modelo constitucional português, ele abrange até mesmo as garantias substantivas e processuais dos contribuintes como veremos<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Veja-se o artigo 103.º n.º 2 da Constituição Política Portuguesa, o artigo 133.º da Constituição Política Espanhola, o artigo 150.º da Constituição Política Brasileira e o artigo 47.º da Constituição Política Francesa.

<sup>3</sup> Em Portugal vale o disposto no artigo 112.º da CRP.

<sup>4</sup> Para uma análise dos termos em que no plano do tributo o contrato social foi defendido veja-se SAMUEL FLEISCHAKER, *Breve História da Justiça Distributiva*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

<sup>5</sup> Veja-se o artigo 103.º da CRP.

## 2. LIMITES DO PODER DE TRIBUTAR – A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO FUNDAMENTAL DAS GARANTIAS DOS CONTRIBUINTE

Nem sempre os sistemas legais consagraram de forma clara e precisa normas sobre garantias dos contribuintes. Mesmo quando prevista, a matéria nem sempre foi historicamente objecto de densificação adequada nesses modelos, havendo casos de absoluta omissão. Todavia, de um modo ou de outro sempre foi possível fazer ouvir o clamor dos povos perante os governos diante de tributação excessiva<sup>6</sup>. Mesmo hoje, as soluções legais variam muito. Ainda que na generalidade dos sistemas fiscais nacionais vigore um estruturante direito de reação dos contribuintes perante todo e qualquer acto administrativo definitivo e executório que seja lesivo dos seus interesses, a forma de execução prática desse axioma fundamental apresenta especialidades nacionais de relevo que aqui não cabe tratar (Artigos 268.º da CRP e 5.º, XXXV da Constituição Federal brasileira).

O que interessa salientar é que, no contexto actual, todos os sistemas legais de tributação preveem meios judiciais ou administrativos de reação contra a liquidação injusta ou ilegal dos tributos. Todavia, as garantias dos contribuintes estendem-se muito para além dos mecanismos processuais ou adjetivos de reação. Existe hoje um complexo de outras normas de carácter substantivo que são igualmente estruturantes. Em parte isso resulta também do carácter complexo da relação tributária na qual, para além de um núcleo composto pela relação em sentido estrito, relativa à obrigação de imposto, há ainda um conjunto de deveres acessórios, de variado regime e alcance<sup>7</sup>.

São exemplos concretos de garantias, por exemplo, regras de caducidade ou decadência do direito à liquidação dos tributos. Estas visam articular, por um lado, o interesse público que funda o direito do Estado ao imposto e, por outro, o valor da certeza e segurança jurídicas, impedindo que o seu exercício não se não estenda por período superior ao razoável. O estabelecimento de um prazo máximo para o exercício do direito do Estado de liquidar certo tributo constitui assim uma justa articulação entre tais dois interesses, públicos e privados. Um outro exemplo é o das regras de prescrição do direito à cobrança do crédito tributário, em que o fator tempo concilia esses dois interesses essenciais, por estabelecer um limite temporal após o qual o credor da prestação tributária não pode mais exercer o seu direito<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> DUNCAN BENTLEY, *Taxpayers' Rights: Theory, Origin and Implementation*, Kluwer, 2007, págs. 11 a 58.

<sup>7</sup> JOÃO RICARDO CATARINO, *Redistribuição Tributária – Estado Social e Responsabilidade Individual*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 484 e segs.

<sup>8</sup> ALBERT HENSEL, *Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 363 e segs. e JOSÉ HABLE, *A Extinção do Crédito Tributário por Decurso do Prazo*, 2.ª edição, Lumen Iuris, Rio de

No mesmo sentido se devem compreender as regras sobre o dever de prestação de garantia idónea para sustentar a marcha do processo de execução fiscal. Compreende-se que nos casos em que tendo sido liquidado um tributo, o agente económico que com ele se não conforme e decida recorrer da liquidação da autoridade pública, seja obrigado a prestar garantia bancária, seguro-caução ou outra garantia patrimonial através da penhora de bens, títulos ou direitos.

Há também limites à penhora de bens pessoais do devedor do tributo, para lhe garantir o mínimo de dignidade e subsistência, o que demonstra que o interesse do Estado ao imposto não é supremamente absoluto. E há, finalmente, as garantias associadas ao reconhecimento de benefícios fiscais, à participação dos contribuintes no procedimento tributário (v. g. a notificação para o exercício do direito de audição prévia ou para pagamento do imposto), entre muitas outras.

Tais garantias são objeto de consagração na lei refletindo, tendencialmente, e pelo menos em teoria, uma sã articulação dos interesses das partes na relação tributária, visando o seu desenvolvimento harmonioso, sem sobressaltos<sup>9</sup>. A consagração destas garantias em lei<sup>10</sup> onde se definem os caracteres reais e pessoais da tributação, constantes nos diversos códigos ou leis tributárias comuns assegura certa medida de estabilidade<sup>11</sup>. Todavia, as regras sobre garantias dos contribuintes consagradas em lei tributária comum, substantiva ou processual, não são mais estáveis do que as demais regras comuns de direito tributário.

É verdade que a consagração inicial dessas garantias resulta de opções legislativas coerentes, normalmente provenientes de processos de reforma fiscal, normalmente imbuídos de uma inovadora lógica de conjunto.<sup>12</sup> Efetivamente, em momentos de reforma fiscal, os Estados criam regras que refletem valores estruturantes ligados às garantias e ao exercício dos direitos de

---

Janeiro, 2007. JOAQUIM GONÇALVES, *A Caducidade face ao direito tributário*, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, págs. 225 e segs. editora Vislis, 1999, Lisboa.

<sup>9</sup> JEAN-CLAUDE MARTINEZ E PIERRE DI MALTA, *Droit Fiscal Contemporain*, Tome 1 – L'impôt, le fisc, le contribuable, Litec, Paris, págs. 385 e segs. e JUAN MARTÍN QUERALT ET ALL, *Derecho Tributario*, Arazandi editorial, Pamplona, 1999, págs. 51 e segs.

<sup>10</sup> Em Portugal, para além dos diversos códigos tributários existe uma LGT – Lei Geral Tributária e um CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário onde, na decorrência do disposto no artigo 103.º n.º 2 da CRP, essas garantias substantivas e processuais se acham estabelecidas. Todavia, vale notar que nenhuma delas é uma lei reforçada, pelo que não prevalecem hierarquicamente sobre outros diplomas fiscais, embora, como é o caso da LGT regule aspetos nucleares, substantivos, da relação jurídico-tributária.

<sup>11</sup> EUSÉBIO GONZÁLEZ, *Derecho Tributario*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1997, Vol. I, pág. 147 e segs.

<sup>12</sup> Nesses momentos os Estados procuram adotar soluções alinhadas com os valores e as tendências expressas pelas organizações especializadas na matéria, tais como a OCDE ou o FMI e, em certo sentido, a União Europeia e outros Estados mais evoluídos na matéria.

defesa dos contribuintes, visando o equilibrado desenvolvimento da relação tributária. O problema é que depois, a aplicação prática das normas estabelecidas suscita reações que levam, aos poucos, à alteração da lei, frequentemente inconsistentes, modificando o equilíbrio da relação entre as partes — contribuintes e autoridade tributária — em prejuízo da coerência do sistema fiscal e dos equilíbrios da justiça através do imposto. Na prática, a densidade das garantias dos contribuintes é modificada, restringida ou tornada excepcional, resultando na sua perda de conteúdo e da centralidade do contribuinte na relação tributária<sup>13</sup>.

Tudo isto coloca a questão central deste estudo de saber como é que se poderá proteger quer a posição do contribuinte, conseqüentemente, a coerência intrínseca dos sistemas tributários, impedindo que as suas garantias substantivas ou processuais plasmadas na lei não sejam objeto de descaracterização subsequente. Interessa-nos apontar um caminho para resolver a perda de garantias dos contribuintes pela via da alteração da lei fiscal, não as modificações de conteúdo que pela via interpretativa possam resultar da atividade da administração tributária<sup>14</sup>, da jurisprudência ou da própria doutrina. Interessa-nos garantir uma maior estabilidade da lei fiscal reguladora dessas garantias substantivas e processuais bem das boas práticas administrativas em matéria fiscal<sup>15</sup>.

### 3. LIMITES À REVISÃO LEGAL DAS GARANTIAS DOS CONTRIBUINTES — A POSSIBILIDADE DA SUA PROTEÇÃO EM LEI FUNDAMENTAL

#### 3.1. A manifesta necessidade de mecanismos de defesa das garantias plasmadas em lei

A revisão da lei tributária comum através de iniciativas legislativas avulsas reflete a oscilação que na atuação prática dos órgãos de poder sempre se verifica entre o Estado de Poder e o Estado de Direito.<sup>16</sup> Seja como for, ela modifica o conteúdo das garantias processuais e substantivas dos contribuintes, retirando-lhes conteúdo prático. É assim que, muitas vezes, por diploma

---

<sup>13</sup> JOÃO RICARDO CATARINO, *Redistribuição Tributária – Estado Social e Responsabilidade Individual*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 508 e segs.

<sup>14</sup> No caso, por exemplo, através de orientações administrativas genéricas, como é o caso em Portugal, das Circulares Administrativas que são mera interpretação oficial da lei que vincula apenas os funcionários sujeitos ao dever de obediência hierárquica.

<sup>15</sup> Estas são recomendadas também pelo próprio FMI, *Code of Good Practices on Fiscal Transparency*, IMF, 1007, <http://www.imf.org/external/index.htm>

<sup>16</sup> Para mais aprofundamentos veja-se o eloquente texto de ROQUE ANTÓNIO CARRAZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, págs. 415 e segs. 26.<sup>a</sup> edição, Malheiros, São Paulo, 2010.

legal esporádico, ditado por razões de conjuntura, dificuldades de implementação das soluções legais consagradas, questões de mentalidade que resistem às novas soluções, perda de receita ou incapacidade técnica da máquina administrativa do Estado para realizar uma correcta aplicação das regras legais que protegem a posição substantiva ou processual do contribuinte na relação tributária, tais regras sofrem de uma verdadeira contra-reforma que retira a tais preceitos enformadores parte do seu conteúdo útil ou eficácia prática.

Se a tal prática se somarem os entorses derivados das práticas administrativas e da interpretação interna das leis fiscais, bem se vê um resultado concreto que fica bastante aquém do melhor espírito da lei. É, no fundo, a posição ou o estatuto do contribuinte que entra em perda, com efeitos nefastos sobre o valor de confiança que o Estado deve infundir<sup>17</sup>.

A pergunta que aqui pode surgir é a de saber por que razão os Governos não travam as propostas de iniciativa de revisão da lei tributária pelos tecnocratas do Estado. Há um variado conjunto de razões. Em parte isso se dá porque os Governos não possuem, muitas vezes, pessoal especificamente preparado para avaliar o alcance concreto dessas propostas, ficando a plena compreensão do seu alcance cingidas àqueles que são funcionários permanentes e cuja carreira perdura muito para além da vida política dos seus ministros. Noutros casos, as causas dessa descaracterização partem do próprio poder político, muitas vezes angustiado com a perda de receita ou com a incapacidade da máquina administrativa para corresponder às solicitações inovadoras da lei fiscal.

É assim que, por exemplo, as regras de caducidade / decadência do direito à liquidação; de prescrição do direito à cobrança dos impostos; as regras relativas ao dever de prestação de garantia idónea para sustentar a marcha do processo de execução fiscal, respeitantes aos limites à penhora de bens pessoais, à notificação dos contribuintes para os chamar à relação de imposto, associadas ao reconhecimento de benefícios fiscais; à marcha e participação no procedimento tributário, são frequentemente objecto de revisão, supressão ou aditamento por lei comum que lhes retira coerência, conteúdo e eficácia prática, transformando os regimes garantísticos-regra em verdadeiros regimes de exceção.

---

<sup>17</sup> VÍTOR FAVEIRO, *O Estatuto do Contribuinte – A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, Coimbra editora, Coimbra, 2002 e Paulo Barros de Carvalho, *Estatuto do Contribuinte. Direitos, garantias individuais em matéria tributária, e limitações constitucionais nas relações entre o fisco e o contribuinte*, in *Vox Legis*, 141/36, citado por ROQUE ANTÓNIO CARRAZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, págs. 444 e 445. 26.ª edição, Malheiros, São Paulo, 2010.

Com isso se subverte, na prática e na forma, os elevados valores que estiveram na base da sua consagração inicial, deixando os contribuintes numa posição de inferioridade, perante regimes de garantias consagrados em normas de fraca coerência que não realizam a justiça material nem efectivam os limites mínimos da equidade e da justiça num Estado de direito democrático. A realidade tem demonstrado que a lei fiscal reguladora das garantias dos contribuintes, embora apoiada (e limitada) em princípios e valores constitucionais, não beneficia de nenhuma garantia de estabilidade, nem garante de forma estável os valores essenciais de uma sã cidadania tributária, caracterizadores de uma sólida e estável relação entre a autoridade tributária e os contribuintes.

A descaracterização das normas legais de direito comum que consagram as garantias dos contribuintes faz perder a congruência e o equilíbrio dos sistemas fiscais com evidente prejuízo para o contribuinte e a actividade económica em geral. Produzem-se com isso custos de contexto assinaláveis que têm na sua génese apenas certas irracionalidades ou incapacidades de resposta dos agentes e órgãos do poder público, supra referidas.

Trata-se de um problema sério dos sistemas fiscais contemporâneos que urge resolver, pelos efeitos nefastos que produzem na ideia de cidadania fiscal, por minarem a relação de confiança que qualquer Estado procura estabelecer e conferirem ao contribuinte um sentimento de impotência que alarga fundamentos para a evasão “justificada” ao imposto.<sup>18</sup>

A facilidade com que se alteram as leis sobre garantias dos contribuintes (substantivas e processuais) é a resultante de uma clara incompletude da ideia de Estado fiscal democrático que não assegura, neste aspeto, a estabilidade efetiva dessas leis. Em resultado, as garantias efetivas dos contribuintes não têm merecido do Estado o respeito devido pelos valores vazados nas normas que as consagram, permitindo que estas sejam objecto de livre modificação até por leis comuns.

Do que se trata é da ausência nos sistemas constitucionais e fiscais de garantias prévias que obriguem o legislador a respeitar a estabilidade das normas fiscais consagradoras de garantias substantivas e adjetivas essenciais dos contribuintes, já que não existe uma estrutura político-normativa de controlo que proteja especialmente esses regimes legais. Ora, defendemos que deveria existir uma estrutura de regras, seja ao nível constitucional seja a um nível intermédio entre essas normas constitucionais e as leis fiscais comuns,

---

<sup>18</sup> Vaja-se o caso das alterações que em Portugal a lei do Orçamento do Estado para 2013 (Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro) trouxe ao Estatuto dos Benefícios Fiscais, revogando benefícios com carácter estrutural que, em princípio, deveriam estar a salvo dessas alterações de rumo da política fiscal, comprometendo, muito provavelmente, o valor da estabilidade da relação tributária e da proteção da confiança dos agentes económicos perante as leis.

que garantisse a estabilidade dos regimes legais que consagram as garantias dos contribuintes. Vejamos a proposta seguinte.

### 3.2. A criação de limites à modificação das garantias fundamentais dos contribuintes

#### 3.2.1. *A perda de centralidade das constituições políticas*

Em face da realidade acima enunciada, propugnamos o estabelecimento no ordenamento jurídico de normas específicas visando a estabilidade das normas fiscais sobre garantias dos contribuintes, impedindo a modificação destas através da lei comum, por razões de conjuntura, especial complexidade, onerosidade, ineficácia, incapacidade administrativa, ou qualquer outra. Para tanto justifica-se o estabelecimento ou o reforço de duas estruturas formais: o reforço da *estrutura normativa de garantia* dessas regras essenciais, ao nível do exercício do poder legislativo, e uma estrutura que designamos de *estrutura de controlo*<sup>19</sup> sobre a sua efetiva observância, cuja violação deveria determinar a invalidade do acto legislativo violador da norma onde se contém o valor garantido.

A primeira — *estrutura de garantia* — seria integrada por um conjunto especificado de regras e matérias integradas em lei superior à lei fiscal comum, dotando-as de uma supra legalidade material que as transformariam num parâmetro obrigatório para todas as leis comuns em matéria fiscal / tributária. Neste ponto deparamo-nos com uma primeira dificuldade. A de saber se tais valores fundamentais se deveriam acolher no texto constitucional, como sucede já hoje, v. g. com os princípios do consentimento, da legalidade, da reserva de lei e de competência legislativa em matéria de impostos, ou se, pelo contrário, se deve entender que, sendo embora essenciais, eles não apresentam a mesma intensidade dos valores fiscais fundamentais, já hoje acolhidos em tais textos constitucionais um pouco por todo o lado.

A primeira hipótese é viável pois a dogmática constitucional já acolhe a ideia de uma reserva de Constituição. Esta compreende um conjunto de matérias que não podem deixar de estar nela contempladas. Há, por assim dizer, uma “essência constitucional” integrada pelos princípios fundamentais que determinam, entre outras, a estrutura geral do governo, o processo político, os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais que as maiorias legislativas não podem deixar de respeitar. As constituições políticas não são todavia sistemas fechados de normas e valores.

---

<sup>19</sup> Neste sentido, para maiores desenvolvimentos, ver GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1983.

A ideia de reserva de Constituição está em sintonia com o espírito do tempo e a consciência jurídica geral da coletividade. Todavia, os *corpus* constitucionais não são imutáveis. Eles podem ser objecto de modificação e são-no frequentemente, carregando-se de novos valores ou dando renovada expressão, sentido e conteúdo a princípios mais antigos. Por outro lado, a composição desse núcleo básico de normas revela valores de diferente grau de dureza. A função do texto fundamental não deve ser apenas a de acolher normas respeitantes à tutela de realidades mais particularizadas, ainda que fundamentais.

Assim, a resposta mais lógica ao problema, a nosso ver, não seria a de carrear para dentro do texto constitucional as normas e regimes tuteladores das garantias tributárias concretas de que aqui tratamos. Tanto mais que essa garantia já existe e consta dos artigos 103.º n.º 2 e 150 da CRP e da CF brasileira, respetivamente. E isto porque a excessiva particularização de regimes legais fundamentais é incompatível com a dogmática constitucional. Por outro lado, a complexidade e a heterogeneidade dos ordenamentos jurídicos reclamam solução diferente, sob pena de se transformar as constituições políticas em meras leis-quadro.

Por outro lado, a nosso ver, deve ser hoje relativizada a ideia da constituição política dos povos como o vértice da pirâmide normativa. A imagem da lei fundamental ligada ao ideal iluminista que defendia ser possível organizar a estrutura política e social num só documento não tem a virtualidade de compreender as necessidades atuais dos sistemas políticos modernos. É verdade que as constituições políticas mantêm o seu papel de elemento unificador dos sistemas jurídicos (princípio da conformidade) ao exigir a consonância de todos os actos dos poderes públicos com as regras e princípios da Constituição. Mas há quem defenda que não se pode deixar de falar em “ordenamentos superiores” ao invés de um só ordenamento superior<sup>20</sup>. O denominado direito ordenamental possui hoje outros direitos concorrentes, isto é, há uma pluralidade de ordenamentos superiores<sup>21</sup> pois existem ordens jurídicas fundamentais parciais a par do denominado direito reflexivo. Esta situação evidencia bem as dificuldades da concepção jurídica tradicional da Constituição política como ordem normativa unitária e aglutinadora de todo o ordenamento jurídico.

---

<sup>20</sup> MAURO CAPPELLETTI, *Dimensioni della Giustizia nella Società Contemporanea*, Bologna, 1994, pág. 198.

<sup>21</sup> De que são exemplos, o ordenamento jurídico comunitário para os Estados membros da União Europeia e os princípios jurídicos fundamentais enformadores da ideia de Estado de direito democrático e até, as Bill of Rights. A. BALDASSARE, *Costituzione e teoria dei Valori*, Política del Diritto, 1991, págs. 639 e segs. e S. M. CICCONE, *Appunti di Diritto Costituzionale*, G. Giapichelli Editore, Torino, 1992.

Em particular o denominado *direito reflexivo*, constituído pelas regras definidoras dos esquemas relacionais entre os diversos agentes no meio social, como sucede com as normas e acordos respeitantes à concertação social, dá lugar ao que se designa de *the constitution of organization*<sup>22</sup>.

Reconhecidas que são, por um lado, as especificidades próprias do direito tributário e, por outro, os problemas de reflexividade que ele (e não só) coloca, não carecemos de situar na Constituição política o problema da proteção das normas legais que criam e regulam as garantias substantivas e processuais dos contribuintes, para além das que se encontram já incluídas na superestrutura normativa que é o texto constitucional.

Este problema não é, em si mesmo, novo. Já foi sentido pelos teóricos dos nossos modelos constitucionais, havendo quem defenda a possibilidade de coexistirem acervos de normas tuteladoras de interesses fundamentais em vários lugares do ordenamento jurídico. Existe, segundo alguns, uma forte tendência para se assumir a impossibilidade de o sistema regulador fundamental gerar dentro de si um só conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência válidas e abrangentes de todo o sistema normativo. É o que se designa de crise de reflexividade<sup>23</sup>.

Michael Walzer argumenta que num contexto de manifesta complexidade dos sistemas sociais as respostas a questões são tantas quanto as comunidades existentes. Assim, a procura de princípios de justiça não deve realizar-se de fora, em princípios abstractos, mas em experiências ou práticas concretas, partilhadas. Daí, Walzer afirma que qualquer explicação essencial da justiça deve ter na base uma explicação local<sup>24</sup>. Outros defendem o plura-

---

<sup>22</sup> Estes acervos normativos, como o faz notar o constitucionalista GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.<sup>a</sup> edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1999, acolhem um sistema regulador complexo de matérias específicas, tais como sobre acordos salariais ou critérios de produtividade que não podem ser objecto de normatização em lei comum nem derivar normativamente da constituição política.

O *direito reflexivo* exprime, pois, a impossibilidade de o sistema normativo constitucional produzir um conjunto unitário de respostas coerentes, tendo em conta o pluralismo, o desacordo razoável e a diversidade que caracterizam os modelos sociais modernos<sup>22</sup>. Assim, a Constituição política é hoje vista como uma ordem jurídica fundamental parcial, o que permite que as normas reguladoras de certos bens e valores jurídicos fundamentais do direito fiscal ou tributário possam ser objeto de proteção fundamental fora da Constituição. E isto porque a teoria da Constituição revela atualmente dificuldades crescentes em entender claramente as lógicas de revelação do direito nas suas diferentes áreas ou ambientes sociais.

<sup>23</sup> Veja-se MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice*, Basil Blackwell, Oxford, 1983.

<sup>24</sup> MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice*, 1983, pág. 314). Na linha de Walzer, vários outros autores recentraram o liberalismo social, a moral e os direitos da pessoa humana no contrato social, assumindo este último que a defesa dos direitos individuais implica não uma abstenção do Estado mas uma acção afirmativa, tendente a corrigir injustiças, nomeadamente através da tributação redistributiva.

lismo e a igualdade do cidadão enquanto pessoa, sujeito de direitos, mas também a diferenciação no plano da medida de riqueza detida<sup>25</sup>.

Desta impossibilidade material de reflectir todos os valores do modelo social num só texto fundamental (a Constituição política) resulta a necessidade de certos valores essenciais específicos constarem de textos normativos sub-fundamentais, isto é, de leis-quadro ou leis de enquadramento (v. g. leis de responsabilidade fiscal<sup>26</sup>) reguladoras de sectores ou partes da actividade pública.

Esta realidade põe também a nu uma certa crise do centro político natural, até agora incontestado. Deixando a Constituição como fonte normativa central de fornecer a resposta adequada à tutela das demandas de um modelo social cada vez mais plural, complexo e exigente, a periferia do sistema normativo teria de assumir a consagração de certos princípios enformadores específicos que, sendo autónomos, se subordinariam do mesmo modo e do ponto de vista dos valores, ao texto fundamental. Mas só nisto. No mais particularizariam valores próprios de subsectores sociais.

Assim, leis-quadro ou leis de enquadramento sectoriais são hoje chamadas a materializar alguns desses princípios jurídicos enformadores de sectores específicos da actividade pública, podendo nelas se plasmar normas concretas que, respeitando todavia as referências fundamentais, concretizem a protecção de valores essenciais definidos, que correspondem a direitos juridicamente relevantes dos contribuintes.

De uma solução deste tipo resultaria que as normas protetoras das normas reguladoras das garantias dos contribuintes, hoje plasmadas nas leis comuns (nos códigos e demais leis tributárias), ficariam a salvo das investidas do legislador ordinário, requerendo-se para a sua alteração, uma aprovação por maioria parlamentar qualificada e não simples, como agora sucede. Trata-se de um modo de tratar o problema da estabilidade das garantias dos contribuintes segundo critérios e modelos que já são, em geral, conhecidos

---

<sup>25</sup> Neste sentido, RAYMOND ARON, BERTRAND DE JOUVENEL e também RALPH DAHRENDORF, em *As classes sociais e seus Conflitos na sociedade Industrial* (1955); *Nova Liberdade* (1975); *O Conflito Social Moderno* (1988) (um ensaio sobre a política da liberdade onde recupera o tema do conflito social), RONALD DWORKIN, NORBERTO BOBBIO, MICHAEL WALZER, *Esferas da Justiça* (1983) e CHARLES TAYLOR, *As fontes do Eu* (1989) e JOHN RAWLS, *Teoria da Justiça*, Presença, Fragmentos, Lisboa, 1991, *Collected Papers* (1999); *Lectures on the History of Moral Philosophy* (2000); *Liberalismo Político* editorial Presença. Lisboa, 1997; *A Theory of Justice: revised edition*, Oxford University Press, 1999; *Justiça como Equidade: Uma Concepção Política, não Metafísica*, Lua Nova, Revista de Cultura e Política, n.º 25, S/Paulo, s/data; *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge / MA The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

<sup>26</sup> No caso do Brasil, a Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000.

dos modelos constitucionais<sup>27</sup>. E que não teriam nenhuma dificuldade em ser implementados e percebidos.

No Brasil estas leis são designadas de “leis complementares” destinando-se a desenvolver os princípios básicos enunciados na Constituição Política. Em Portugal são chamadas de leis de valor reforçado. A Constituição brasileira de 1988 define que a atividade legiferante está, no tocante a certas matérias, reservada à lei complementar, o que significa, nos termos do seu artigo 69.º, submeter estas matérias, dada a sua dimensão estruturante, à aprovação da maioria absoluta das casas legislativas (Senado Federal e Câmara dos Deputados). No domínio especificamente do direito tributário, o artigo 146.º da Constituição brasileira reserva à lei complementar, entre outras matérias, o poder de “II - *regular as limitações constitucionais ao poder de tributar* (sublinhado nosso); III - *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.*” As leis complementares visam, entre outras coisas, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre a definição dos tributos, a obrigação de imposto e as limitações constitucionais ao poder de tributar.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, por Acórdão de 4.12.2007, entre vários outros, veio concluir que a matéria regulada por lei complementar só poderá ser alterada por lei ordinária na parte que não se tratar de matéria constitucionalmente reservada à lei complementar<sup>28</sup>. Embora a delimitação prática dessa reserva nem sempre seja fácil, trata-se, como bem se vê, até certo ponto, de estabelecer uma garantia reforçada sobre a estabilidade dessas matérias. O artigo 150.º da Constituição brasileira consagra a possibilidade da existência de “outras garantias asseguradas ao contribuinte” para além das que nele próprio se estabelecem. Assim, nada impede, a nosso ver, tanto no Brasil quanto em Portugal que se regulem por lei complementar, de valor reforçado, alguns dos aspetos substantivos mais relevantes das garantias dos contribuintes. Todavia, esta solução ainda nos parece insuficiente.

---

<sup>27</sup> SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, *Manual de Direito Tributário*, Editora Forense, 2000, págs. 3 e segs.; LUCIANO AMARO, *Direito Tributário Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, págs. 157 e segs.

<sup>28</sup> Veja-se também, GERALDO ATALIBA, *Lei Complementar na Constituição*, editora RT, 1971, pág. 58; HUMBERTO ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, 2.ª edição, 2006, pág. 134 e SACHA CALMON COÊLHO, *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, Forense, 2005, pág. 79.

### 3.2.2. O alcance difuso do conceito de garantias dos contribuintes

Entre as matérias sujeitas a tal reserva de competência legislativa prevista nas Constituições portuguesa e brasileira encontram-se as relativas às *garantias* dos contribuintes (em Portugal, artigo 103.º n.º 1 da CRP e no Brasil em especial o artigo 46.º da Constituição brasileira), exigindo-se a intervenção dos respetivos Parlamentos nacionais, onde se manifesta a vontade do povo ali representado. Outros ordenamentos possuem soluções legais semelhantes. Todavia, a expressão “garantias”, parecendo simples, esconde desde logo a dificuldade de saber qual é o seu exacto sentido, conteúdo e alcance.

Procurando circunscrevê-lo, diremos em primeiro lugar que o preceito se reporta à posição do sujeito de direito enquanto contribuinte<sup>29</sup>, estando aqui em causa tão só as realidades garantísticas emergentes dessa qualidade ou posição. Mas isso ainda é pouco. Do nosso ponto de vista a expressão não abrange apenas as garantias processuais, administrativas e contenciosas dos contribuintes, uma vez que isso deixaria de fora do regime garantístico substantivo da relação tributária.

Há ainda que ter em conta que as garantias se ligam aos valores da segurança jurídica e da justiça fiscal e estes, por sua vez, ao princípio da legalidade fiscal ou tributária (artigos 103.º da CRP e 150.º da Constituição Federal)<sup>30</sup>. Ora, isso tanto nos remete para as garantias processuais e para os regimes legais associados ao seu exercício, como para outros princípios jurídicos. Mas uma e outra complementam-se<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> PAULO BARROS DE CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 140, onde refere que os sistemas tributários compreendem, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas entre Administração e Administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder de aglutinante de que são portadoras, permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas. Veja-se ainda os considerandos teóricos tecidos por HUGO DE BRITO MACHADO, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2003

<sup>30</sup> MICHEL BOUVIER, *Introduction au Droit Fiscal et à la Théorie de L'impôt*, LGDJ, 7e edition, Paris, 2004, pág. 585; *Introduction au Droit Fiscal Général et à La Theorie de L'Impôt*, LGDJ, 8ª edição, 2007, pág. 41 e segs.; MARTIN COLLET, *Droit Fiscal*, Thémis Droit, Puf. 2007, pág. 41 e segs. e ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal, Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, Coimbra, 2008.

<sup>31</sup> NUNO SÁ GOMES, *Estudos sobre a Segurança Jurídica na Tributação e as Garantias dos Contribuintes*, Cadernos de CTF, 169, Lisboa, 1993. No caso do Brasil está exposto nos artigos 5º inciso XXXVI e 37 caput da C. Federal. Nesse sentido, conclui HUMBERTO ÁVILA: "... das condutas necessárias para garantia ou manutenção dos ideais de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade normativa: quanto a forma, a moralidade constitui uma limitação expressa (art.º 37.º), e a proteção da confiança e a boa-fé com limitações implícitas, decorrentes dos sobreprincípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, sendo todas elas limitações materiais, na medida em que impõe ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de estabilidade e previsibilidade normativa, bem como de eticidade e confiabilidade." In *Sistema Constitucional Tributário*, 2ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2006. Vejam-se ainda HUMBERTO ÁVILA, *Sistema*

Na verdade, a segurança jurídica pode assumir várias aceções: pode representar o ideal do sistema normativo de propiciar a segurança, a ordem e a paz sociais; pode significar o plano mais concreto da certeza e segurança emanadas pela norma jurídica, isto é, os valores da cognoscibilidade, da previsibilidade e da estabilidade dos factos abrangidos pela norma; e pode, finalmente, designar a segurança requerida pelos cidadãos perante as situações de abuso de poder tanto na aplicação concreta dos regimes legais materiais, como na sua formulação ou modificação.

O sentido que nos interessa é este último. O que está aqui em causa é a perda de garantias materiais e processuais através de modificações legislativas *ad hoc* que representam retrocessos da posição do contribuinte na relação tributária e que não encontram fundamento na plêiade de valores que enformam o sistema jurídico, mas em necessidades que têm como causa dificuldades ou incapacidades das administrações públicas de agirem com eficácia. Dois exemplos: se se modificam as regras de prescrição ou caducidade dos impostos, restringindo as condições mediante as quais estas se podem verificar, por razões que nada tenham que ver com o equilíbrio ou a eficácia do regime preexistente, naturalmente que a posição do contribuinte na relação tributária se fragiliza. Se é alterado o momento relevante para contagem do prazo de caducidade / decadência do direito à liquidação do imposto dando, na prática, mais tempo à autoridade tributária para a efetuar, temos um problema idêntico.

Trata-se em ambos os casos da perda de garantias substantivas fundadas não na necessidade de melhorar o equilíbrio da relação tributária mas, muitas vezes, nas insuficiências administrativas. Em ambos se dá a postergação dos valores da justiça e da segurança jurídica<sup>32</sup>. Compreende-se que os regimes legais careçam de ser alterados, mas isso deve suceder quando a realidade se modifique e os legais existentes não consigam mais abranger, no âmbito da respetiva previsão as novas realidades, ou não o façam em termos satisfatórios. Isto é, quando a dogmática própria dos critérios da interpretação da lei não permita resolver as incompletudes da norma de forma adequada, sabido que o sentido desta não prevalece sempre o mesmo, desde o primeiro até ao seu último dia.<sup>33</sup>

---

*Constitucional Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 20.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>32</sup> MISABEL ABREU MACHADO DERZI, *Les changements de Jurisprudence fiscale au Brésil au regard du principe de confiance légitime et de l'intérêt financier public*, Revue Française de Finances Publiques, n.º 100, Paris, 2007.

<sup>33</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Arménio Amado editor, Coimbra, 1978.

Assim, defendemos que as garantias que merecem tutela fundamental não devem ser apenas as de ordem processual, mas também de natureza substantiva, ligadas a todos os regimes legais que materializem valores essenciais, caracterizadores da ordem jus-tributária, como sejam os regimes definidores da caducidade do direito à liquidação, da manutenção sem prazo das garantias prestadas pelos contribuintes, da prescrição, do direito ao pagamento de juros a favor do contribuinte, da compensação abusiva de créditos com dívidas fiscais, e da não apreciação das reclamações em tempo útil, etc.<sup>34</sup>

A segurança jurídica não se limita à enunciação de princípios estruturantes, caracterizadores de uma certa ideia de Estado de Direito, enformadores da relação tributária, nem ao direito processual<sup>35</sup>, mas diz também respeito ao direito material positivo, aquele em que se definem os aspectos estruturantes dessa relação. Isto é, aqueles aspectos que corporalizam a ideia de Estado de direito democrático e os seus princípios fundacionais.

Ora, não vemos nenhuma razão para que o princípio da segurança jurídica não concorra para limitar os actos legislativos avulsos modificadores ou descaracterizadores de um certo equilíbrio dos regimes materiais, quando estes regimes traduzam equilibradamente os valores da justiça, da eficácia e da eficiência, de acordo com a ideia de Estado de direito vigente.

Nestes casos, o impulso legislativo errático ditado por razões conjuntura (v. g. a incapacidade ou a comodidade da administração) deve ser limitado. Mas como?

### *3.2.3. O recurso a leis de enquadramento aprovadas por maioria qualificada para assegurar a estabilidade das garantias dos contribuintes*

Na generalidade dos modelos jurídico-políticos, a lei de imposto reguladora das matérias relativas à definição da incidência material e subjectiva, às isenções, às taxas (alíquotas) e às garantias dos contribuintes, carece da aprovação parlamentar, bastando uma maioria simples.

Porém, em muitos sistemas jurídicos os Parlamentos podem autorizar os Governos a legislar sobre matérias reservadas à aprovação parlamentar,

---

<sup>34</sup> No caso português, uma recente alteração legislativa revogou o normativo que fixava um prazo limite de três anos de validade das garantias prestadas para sustentar a marcha do processo de execução fiscal. Agora, a garantia prestada é válida sem prazo, o que constitui um retrocesso nas garantias dos contribuintes, gerando custos que só protegem a falta de celeridade da administração fiscal e dos tribunais fiscais.

<sup>35</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, Almedina, 2006.

como é o caso da criação de impostos e sistema fiscal.<sup>36</sup> Nestes, a aprovação da lei de imposto dentro do próprio executivo, no órgão colegial deliberativo dos governos denominado Conselho de Ministros, Conselho Executivo, ou similar, faz-se através de uma maioria simples. O mesmo sucede com as leis de enquadramento onde se estabeleçam princípios e regimes jurídicos fundamentais relativos aos impostos, quer tenham origem nos Parlamentos nacionais quer nos órgãos deliberativos dos governos mediante autorização parlamentar.

Este regime de aprovação por maioria simples dos votos facilita muito a modificação desses regimes legais essenciais. Deixa essas normas à mercê da vontade legislativa do poder executivo, que, como vimos, mais diretamente sente a necessidade de modificar as regras sobre garantias e nem sempre no melhor sentido.

Por outro lado, mesmo quando são aprovadas pelos Parlamentos nacionais, tais alterações legislativas defrontam-se com dois problemas. Por um lado, faltam aos deputados eleitos conhecimentos técnicos para compreender cabalmente o alcance da modificação da lei e, por outro, a sua vontade é conformada pela maioria parlamentar que os governos neles possuem, limitando a sua análise crítica. Assim, há que distinguir:

. Se alteração normativa diz respeito a uma garantia prevista em norma da própria constituição política, devem valer as regras de modificação / revisão nela previstas;<sup>37</sup>

. Se a alteração diz respeito a uma lei-quadro ou lei complementar, deveria estabelecer-se como regra a possibilidade da sua alteração apenas mediante a sua aprovação parlamentar por maioria qualificada.

Daí, propugnamos uma modificação substancial com relevo ao nível nos modelos jurídico-constitucionais no seguinte sentido:

a) Exigir que as matérias relativas a garantias dos contribuintes (adjetivas ou substantivas) sejam objeto de aprovação pelos Parlamentos através de lei-quadro ou lei de complementar (a CRP não o prevê e os artigos 146.º e 146-A da Constituição Federal brasileira parece não o abranger a não ser na parte em que se re-

---

<sup>36</sup> A Constituição política portuguesa consagra um regime de reserva de lei a favor do Parlamento para a criação de impostos e sistema fiscal, mas permite que o Parlamento autorize o governo a legislar sobre a matéria através de uma autorização legislativa que deve definir o sentido, a extensão e a duração da mesma. Uma vez autorizado o governo pode legislar sobre matéria fiscal, nos estritos limites dessa autorização, aprovando a lei através de maioria simples no Conselho de Ministros.

<sup>37</sup> Em Portugal vejam-se os artigos 284.º e segs. da CRP e no Brasil veja-se, em especial, o artigo 3.º Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ambos os textos estabelecem maiorias qualificadas para a aprovação de revisões da Constituição dos dois Estados.

ferem ao estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária);

b) Seja qual for o caso, estabelecer que tal lei-quadro ou lei complementar, definidora das regras sobre garantias dos contribuintes só possam ser objecto de alteração mediante uma maioria qualificada dos deputados presentes, a definir (por exemplo, 2/3);

c) Exigir, em caso de autorização legislativa aos governos para legislar sobre garantias dos contribuintes, a aprovação da lei de autorização através de uma mesma maioria qualificada dos deputados eleitos.

Neste caso se salvaguardariam das investidas extemporâneas do legislador ordinário os valores e os direitos fundamentais que tais leis sobre garantias tutelam. Um limite qualificado de aprovação dotaria a lei-quadro ou complementar de uma supra legalidade formal interposto entre a Constituição Política e a lei comum que não só a transformaria num parâmetro obrigatório para todos os actos legislativos comuns ou ordinários em matéria tributária, como as resguardaria dos impulsos flutuantes ditados pelas necessidades de receita ou do momento político ou económico.

Uma tal solução permitiria, a nosso ver, articular a defesa dos valores que as garantias tutelam com a necessidade de lhes conferir a estabilidade necessária para que o sistema tributário se não descaracterize através de impulsos legislativos erráticos motivados por necessidades contextuais de vária ordem. Assim, os regimes legais substantivos constantes nas leis gerais tributárias, nos códigos de processo e de procedimento ou nas leis complementares ficariam a salvo de investidas legislativas extemporâneas, ao sabor da conjuntura ou das necessidades do Estado e da Administração Pública.

Ainda que se compreenda que os regimes legais constantes dos códigos de imposto (ou no CTN) possam ser objeto de modificação frequente visando aperfeiçoar o âmbito material da aplicação das leis de imposto, em resultado da evolução da complexa realidade social e do mundo dos negócios, isso não constitui fundamento para alterar ou fazer regredir as normas sobre garantias dos contribuintes, pelas razões apontadas, pois neste respeito, a perfectividade crescente dos sistemas tributários ditaria precisamente o inverso.

Por outro lado, definir o âmbito de tais normas não é tarefa fácil, mas não é também impossível. Vive-se um momento particularmente difícil para o exercício da função tributária por parte dos Estados soberanos. Os três factores nucleares da tributação de acordo com a perspectiva clássica, a saber, o território, a materialidade das operações e o controlo dos factos tributários são hoje questionados em diversos sentidos pela desmaterialização, a desin-

termediação e a digitalização<sup>38</sup>. Há também uma patente crise do conceito clássico de território em que habitualmente repousou o direito dos tributos. A ação conjugada da digitalização, da realidade virtual e da globalização propiciam a deslocalização do consumo e do rendimento. Os sujeitos passivos podem atualmente imaterializar e desterritorializar os rendimentos com maior facilidade levando a novos problemas de tributação num mundo global.

Ainda assim, tais fatores não impedem que se reforcem os mecanismos de equilíbrio das relações tributárias através de garantias adequadas e estáveis, sobretudo numa fase em que os sistemas fiscais procuram trilhar o difícil caminho da eficácia e da eficiência, em suma da sua performance<sup>39</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

O estabelecimento na lei fundamental do requisito de uma maioria qualificada nos Parlamentos nacionais para aprovar leis de enquadramento ou leis de autorização legislativa sobre princípios e regimes jurídicos fundamentais reguladores das garantias dos contribuintes impediria os governos de legislar ao sabor do momento e de fazer regredir, por razões estranhas aos valores essenciais dos sistemas tributários, os regimes legais consagradores dessas garantias materiais e processuais.

Assim se protegeria posição jurídica do contribuinte, salvaguardando a estabilidade normativa em nome da justiça, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da estabilidade, da previsibilidade dos termos das relações tributárias, ao passo que obrigaria as administrações fiscais a serem mais eficientes no prosseguimento das atribuições que por lei lhes estão cometidas.

---

<sup>38</sup> João Ricardo Catarino, *Globalização e capacidade fiscal contributiva*, Revista Cultura, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2003.

<sup>39</sup> Sobre as interessantes questões que a performance coloca, veja o profundo estudo realizado por LUCIANO GOMES FILIPPO, ainda inédito, *La performance en droit fiscal : un nouveau paradigme (perspectives comparées)*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2013.





# UM DIREITO DE CLÁUSULAS GERAIS? SENTIDO E LIMITES

*José de Oliveira Ascensão\**

## 1. ENQUADRAMENTO DO TEMA

O tema que nos propomos versar, para ser devidamente enquadrado, exige que partamos de um pouco longe.

Há que ter como pano de fundo a Revolução Francesa, que encerra toda uma época histórica e abre, de modo assaz sanguinolento, as portas para a Idade Contemporânea, que vivemos ainda.

Numa outra vertente, a um Direito que até então teria como fundamento a Justiça, sucede o Direito abstrato, único e imutável, criado pela Razão humana. Mas esse Direito ideal poderia ser reduzido a escrito e posto a vigorar como lei. O modelo é o *Code Civil* de Napoleão, que se apresenta como o jusracionalismo codificado e é (im)posto a vigorar em vários países europeus.

Os juízes são objeto de suspeita, por serem considerados braços do poder que fora derribado. Exalta-se pelo contrário a lei, divinizada como produto da Razão universal e simultaneamente expressão da vontade do povo. Assim, o juiz é apenas a boca que “fala” as palavras da lei — dentro do entendimento simplista de que a lei continha todas as soluções. Temos o que chamamos o *mecanicismo*<sup>1</sup> – o juiz, quando solicitado, ditava como que automaticamente a solução legal.

O papel do juiz é ainda ulteriormente limitado pelo júri, que é também uma instituição ideológica, imposta por se considerar que exprimia a soberania do povo.

---

\* Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

<sup>1</sup> Veja-se o nosso *Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no Direito das Obrigações*, in “Direito das Obrigações – Reflexões no Direito Material e Processual”, obra em homenagem a Jones Figueirêdo Alves (coordenadores: Fernanda Pessoa Chuahy de Paula *et al.*), Ed. Gen/Método (São Paulo), 2012, 327-338.

Esta visão está na base da sociedade liberal do séc. XIX, embora pela via de muitas metamorfoses e convulsões. Traz a marca do *subjetivismo*, muito próprio do *individualismo* que se tornou dominante com a revolução industrial; e com o *voluntarismo*, que justificará as vinculações assumidas: o contrato obriga porque foi querido, fosse qual fosse o seu conteúdo.

É característica deste quadro a emergência do *contrato de adesão*. É uma figura de caracterização e avaliação difíceis. Não é um novo tipo de contrato, será antes uma matriz de contratos. O conteúdo era predisposto por uma das partes (evidentemente, a parte mais forte) e oferecido a quem estivesse em condições de se vincular. A diferença de poder efetivo das partes é irrelevante: bastava que alguém “acesse”. Mas teria querido? Dispensaram-se indagações mais profundas. Bastava que o aderente conhecesse (ou tivesse podido conhecer) aquilo a que se vinculava.

Apesar de suscitar também contestações, pelo emergir dos choques sociais e pela formulação de doutrinas coletivistas, o sistema foi imposto por quem dele tirava proveito.

No tocante à Ciência do Direito, a prioridade passa para a doutrina alemã<sup>2</sup>. Mas podemos dizer que a tendência geral foi a de um refúgio no que podemos designar o *formalismo*.

No início do séc. XIX a figura dominante foi a de Savigny. As suas construções histórico-sistemáticas são brilhantes, mas não privilegiam a apreciação do conteúdo das situações jurídicas. Na segunda metade do séc. temos o *positivismo* jurídico, mas ao contrário do que se poderia esperar este caracterizou-se no Direito pelo refinamento da técnica, com o isolamento do fenómeno jurídico em relação à realidade social.

Entre Savigny e o positivismo, temos Jhering. Este desperta-nos para a substância, com livros como *O Fim do Direito* e *A Luta pelo Direito*. Mas dele podemos dizer que teve razão antes de tempo. As suas posições só vieram a dar pleno fruto após a guerra de 1914-18, a *Grande Guerra*.

Em 1900 surge o Código Civil alemão, o BGB<sup>3</sup>. A ele está ligado o nome de outro notável jurista, Windscheid. A linha técnica é brilhante e ganha o primeiro plano na atenção dos estudiosos, mas a sensibilidade para a substância é escassa.

Com tudo isto temos as bases da *Belle Époque*, a satisfação das camadas burguesas e a tranquilidade da prosperidade assegurada.

---

<sup>2</sup> É também importante a evolução no Reino Unido, mas podemos abstrair dela pelo afastamento dos sistemas de *common law* em relação aos do continente europeu.

<sup>3</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Mas tudo desaba com a chamada Grande Guerra. Os escombros que deixou englobaram também os escombros da Ciência Jurídica. Tudo ficou para rever a uma nova luz.

Há aspetos positivos, como a reação pós-guerra na Alemanha, a grande vencida, e a sensibilidade social despertada. Surge então a Constituição de Weimar e a proclamação da função social — “A propriedade obriga”. A nova orientação teve também como base a consciencialização da pessoa humana, que aparece como um “*upgrade*” do indivíduo, que dominara no séc. XIX. Aperfeiçoam-se institutos como as *cláusulas negociais gerais*<sup>4</sup>, que exprimem esta nova atenção prestada à substância dos regimes jurídicos<sup>5</sup>.

Infelizmente, o que poderia ser um movimento promissor é abruptamente truncado pela emergência do nazismo, a guerra mundial de 39-45, as duas bombas atômicas lançadas sobre cidades densamente povoadas e a subsequente divisão do mundo em dois grandes blocos hostis. Por sorte nossa, ficamos do lado de cá.

## 2. A CLÁUSULA GERAL E O LUGAR CENTRAL DO JUIZ NA SUA APLICAÇÃO

Feito este enquadramento entramos agora (dirão que já não era sem tempo...) no tema das cláusulas gerais.

O problema imediato consistia em saber como resolver com leis antigas os magnos problemas jurídicos suscitados. Desde um Código Civil de 1804 em França aos códigos subsequentes, tudo aparecia desatualizado perante a magnitude dos problemas a resolver.

A grande tentação é a do recurso à equidade. Tudo se resolveria pela busca da solução justa à luz das circunstâncias do caso concreto. Mas utilizar a equidade sem haver lei que o permita é recorrer a um expediente ilícito, pura e simplesmente<sup>6</sup>.

O problema era outro. Era o de reestruturar a ordem objetiva da comunidade.

Não obstante, algum progresso tinha sido feito. Em 1942 fora aprovado o Código Civil italiano, instrumento científico de muito mérito, apesar da

---

<sup>4</sup> Designação que substitui o *contrato de adesão* e que preferimos a “condições gerais dos contratos” e a “cláusulas contratuais gerais”.

<sup>5</sup> No ponto de vista político-sociológico, aprofunda-se a cisão entre social-democracia e comunismo (sem nos deixarmos prender pelos rótulos).

<sup>6</sup> Isto não impede que toda a aplicação da lei se deva fazer à luz das circunstâncias do caso concreto. Mas aqui o que funciona não é a equidade, porque o critério de decisão não é já a Justiça, como valor, mas a máxima de decisão aplicável àquele caso, extraída do ordenamento normativo.

época em que foi elaborado. As constituições que foram sendo aprovadas terminada a guerra davam relevo aos direitos fundamentais. E sobretudo, manifestavam respeito pelo primado da pessoa humana, que surgia por contraste com as ocorrências que tinham levado à catástrofe, nomeadamente na Europa.

As **cláusulas gerais** surgem-nos justamente como um dos marcos deste Direito valorativo a que se tende. Mas antes de passar ao exame destas, advertimos que a terminologia adotada é extremamente infeliz.

“Cláusula” é uma estipulação negocial, no seu sentido básico. Aparece com este sentido quando falamos em “cláusulas negociais gerais”, por exemplo. Mas as cláusulas gerais que referimos agora não são estipulações das partes, são polos ou critérios normativos de valoração, que presidem à interpretação e aplicação de regras jurídicas. São elementos que injetam sentido e substância na ordem normativa, de modo a enriquecê-la, para se tornar uma ordem valorativa mesmo quando não há mudança de leis. Podemos dizer que constituem ainda *preceitos*, mas não são *regras*<sup>7</sup>, como as outras, e muito menos *cláusulas*. Não pautam um tipo de relação, antes presidem à interpretação e sobretudo à aplicação de regras jurídicas, introduzindo sentido e substância na aplicação. Exigem por isso uma valoração por parte do intérprete, não se bastando com meras descrições.

A cláusula geral mais utilizada é a da boa-fé<sup>8</sup>. Mas há que prevenir contra o abuso desmesurado que desta cláusula se tem feito, porque o que serve para tudo não serve para nada.

O ato de valorar é exclusivamente humano: precisa pois de um *medium*. O *medium* é, em última análise, o juiz. Este passa assim a ter uma função radicalmente inversa da que lhe foi atribuída inicialmente, como uma espécie de autômato na indicação e aplicação da lei. Ganha um novo protagonismo, um lugar central, particularmente na aplicação desses critérios à solução dos casos concretos.

### 3. A VIRAGEM PARA A ETICIZAÇÃO DO DIREITO

O juiz será capaz de desempenhar um papel tão responsabilizador?

Não é assim que se coloca a questão. O juiz **tem** de o fazer. Cabe-lhe resolver todas as matérias sujeitas a juízo, das da energia nuclear às psiquiátricas... E tem de aplicar as cláusulas gerais por maioria de razão, uma vez

---

<sup>7</sup> As regras ou normas são estruturadas por uma previsão e uma estatuição.

<sup>8</sup> Prevê-a por exemplo o art. 422 do CC de 2002. Dispõe: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

que suscitam questões de índole estritamente normativa, mesmo quando têm um fundo ético (probidade, bons costumes...).

Mas as cláusulas gerais são muitas. Além das que acabamos de referir, temos a ordem pública, a confiança, a proporcionalidade, a razoabilidade e muitas mais.

O labor da doutrina e da jurisprudência tem construído outras, como o abuso do direito, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*...

Como o juiz tem de saber valorar, uma vez que se encontra no centro de um direito de cláusulas gerais, exige-se-lhe muita formação — tal como se lhe exige bom senso e sentido dos limites.

Mas, como dissemos, nunca o juiz pode dispensar a lei, antes a presunção e cabe-lhe captá-la, bem como aplicá-la e até colaborar na melhoria desta.

No início deste século vivemos um momento jurídico alto, com a Reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB. Falou-se modestamente na *Modernisierung*, mas na realidade foi-se além.

Foi obra de anos de estudos e debates e ficou a cargo de uma equipa de grande nível, presidida pelo Prof. Canaris — o que bastaria para o fazer passar à História. Com efeito, reformar um monumento científico como o BGB é uma grande tarefa, que foi coerentemente levada a cabo.

Teve desde logo um impacto profundo no modo de conceber a legislação.

Na verdade, após quase dois séculos de **codificação**, a moda tinha passado a ser a **descodificação**. Esta corrente teve reflexos no Brasil, num movimento que considerava a codificação ultrapassada e defendia a descodificação como a prática adequada ao dinamismo da sociedade atual.

A reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB veio demonstrar que era possível a **recodificação**, passando esta a ser o movimento de vanguarda. As vantagens são evidentes: permitem que sejam reintegradas no Código Civil matérias que andavam dispersas por leis extravagantes. A recodificação dava-lhes coerência, pois submetia-as a uma unidade de sentido, com base em princípios comuns. E permitia robustecer o conteúdo sócio-funcional do BGB, dando abertura a princípios arrojados que o enriqueciam.

Mas para o conseguir, são necessários juristas de nível elevado. Por isso é tão importante a formação jurídica.

A tendência “substancialista” manifesta-se logo no primeiro artigo do Livro do Direito das Obrigações, o § 241. A este é acrescentado um n.º 2, que

podemos traduzir assim: “A obrigação pode, pelo seu conteúdo, obrigar cada parte a ter em conta os direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte”. Há assim uma consagração geral da solidariedade nas obrigações, que vem na continuidade dos “deveres de proteção” que a doutrina alemã aprofundara criteriosamente <sup>9</sup>.

Resulta daqui uma visão humanizada da obrigação. Esta visão põe em causa a própria definição corrente da relação jurídica, como “a solução pacífica dum conflito de interesses”. Não seria a intenção de quem a utilizava, mas o acento no *conflito* fazia ressaltar o antagonismo. A mudança operada tem o efeito nada despreciando de antepor outra vertente, a da cooperação ou colaboração. A obrigação é um instrumento em que as partes se implicam para uma tarefa e um fim comuns, que satisfaz os interesses de ambas <sup>10</sup>. Assim se dá um passo muito importante na eticização do Direito e portanto na superação do formalismo inicial.

Integra-se nesta tendência a insistência na **função** das situações jurídicas. Particularmente no que respeita à função social, a Constituição Federal de 1988 é provavelmente, entre todas as constituições, a que lhe dá maior relevo <sup>11</sup>.

Esse relevo projeta-se no Código de Defesa do Consumidor de 1990. Mas o que respeita ao Direito do Consumidor merece uma consideração autónoma.

#### 4. DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITO CIVIL

O Código de Defesa do Consumidor é, ao que saibamos, o primeiro Código do Consumidor do mundo.

Surgido apenas dois anos após a Constituição, teve um objetivo estratégico que ultrapassa muito a própria defesa do consumidor. Foi o instrumento a que coube a função de implantar no Direito Privado os princípios ou pelo menos o espírito da Constituição. Funciona a chamada *aplicação horizon-*

---

<sup>9</sup> No Projeto afirmava-se na sequência: “Este pode ser o único conteúdo da obrigação”. Este trecho acabou porém por ser eliminado.

<sup>10</sup> Embora estes continuem a poder ser diferentes. Neste caso, que é o mais frequente, a cooperação é instrumental para a obtenção dos fins de ambas as partes.

<sup>11</sup> Podemos recordar outra figura que só se explica tendo em consideração o plano funcional das situações jurídicas: o chamado *abuso do direito*. A figura é originária da doutrina francesa e a expressão é de grande infelicidade. No Código Civil atual está incluída nos atos ilícitos. O art. 187, retomando uma fórmula que vem do Código Civil grego, com passagem pelo Código Civil português, dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Na realidade, o que está em causa é o **exercício disfuncional de situações jurídicas**. É mais uma vez a ideia de função a irromper da lei.

tal dos princípios constitucionais, o que conduz a uma mudança no entendimento global das instituições privadas. O fato é particularmente importante no Brasil, pois vigorava o Código Civil de 1916 que, apesar da sua qualidade, era ainda uma emanção do positivismo dominante. O Código do Consumidor permitiu uma aplicação integrada de princípios constitucionais; e particularmente, a atribuição às instituições privadas do sentido funcional que a Constituição reclama.

Mas surgiam dificuldades de ajustamento. Estava suspenso o Projeto de um novo Código Civil, fruto do labor de um lote qualificado de juristas, sob a orientação de Miguel Reale<sup>12</sup>. Mas esse Projeto remontava ao início dos anos 70. Procedeu-se a uma revisão e mais uma vez se verificou que as assembleias legislativas não são as entidades adequadas para providenciar códigos: a revisão foi limitada e insuficiente. O Código Civil, finalmente aprovado em 2002, estava muito longe de espelhar as orientações da Constituição de 1988.

Isto significa que, no Brasil, o Direito Privado assenta pelo menos num tripé algo desconjuntado: o Código Civil de 2002, que deveria selar a evolução, é na substância anterior à Constituição de 88 e em várias matérias está em conflito com o Código do Consumidor de 90. O jurista tem de recorrer a todas estas fontes e proceder à operação delicada de extrair desta pluralidade a norma aplicável. E assim, por exemplo, o espírito de cooperação das partes no negócio, de que falamos atrás, pode também ser prosseguido no Brasil.

Fala-se por isso, noutra importação, em *Diálogo das Fontes*. É uma imagem, sem dúvida interessante, mas é uma imagem só. Tecnicamente, o que há na essência é outro princípio fundamental: o **princípio da unidade da ordem jurídica**. É este que permite à jurisprudência e à doutrina elevar-se progressivamente a consequências não expressas, mas assentes nas fontes aplicáveis.

No domínio das cláusulas gerais, este princípio permite que todo o Direito participe das cláusulas gerais constitucionais, ainda que estas tenham sido originadas ou desenvolvidas só no nível constitucional. É o que se passa, paradigmaticamente, com a *proporcionalidade*. Hoje reconhece-se que esta se projeta em toda a ordem jurídica, embora a sua gênese tenha sido estritamente constitucional. É a projeção de valores que não podem deixar de compor todos os ramos do Direito<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> E com a participação dinamizadora do depois ministro Moreira Alves.

<sup>13</sup> De certo modo, assim se passa também com o princípio afim da *razoabilidade*.

## 5. VALORAÇÃO, SUBJETIVISMO E ARBITRIO

Toda a afirmação suscita o seu contrário. A emergência de um Direito valorativo e funcionalizado não deixa de ter os seus perigos também. O perigo maior é o de se resvalar para o arbítrio, particularmente para o arbítrio do julgador.

É frequente no Brasil afirmar-se, quando se refere uma realidade valorativa: “Isso é subjetivo”. Com *subjetivo* quer-se então significar que está sujeito ao entendimento de cada um. Não está. Na base dos valores ou princípios estão grandes realidades intelectuais que têm o seu conteúdo próprio. Há que determiná-lo, mesmo que exijam um esforço de abstração grande e provoquem divergências. Todo o raciocínio é, por natureza, sempre subjetivo, mas o que se pretende com aquele qualificativo usual é antes um subterfúgio para fugir à tarefa intelectual da busca do sentido. Deste modo, tudo se lança para o arbítrio — no final, para o arbítrio do julgador. O juiz decidiria como gostasse mais, com lei ou sem lei.

Não pode ser assim. O arbítrio judicial é incompatível com o estágio civilizacional em que nos encontramos. A ordem jurídica exige estabilidade e previsibilidade das soluções. São estas que garantem a segurança que proporciona uma ordem jurídica objetiva de que todos participam. A invocação da subjetividade pode disfarçar simplesmente a ignorância ou a preguiça do intérprete.

Pode-se chegar a extremos, como acontece com a corrente, também importada, que se designa *Direito Alternativo*<sup>14</sup>. Esta implica a imposição aos demais de uma visão do mundo. Quando vemos um dos seus próceres afirmar que, para se ser bom alternativista, é necessário ser-se marxista, exprime-se uma posição inadmissível numa sociedade pluralista como a nossa, fazendo depender o Direito de uma ideologia. Isto significa a degradação da sociedade pluralista em que nos situamos e que com prática unanimidade se afirma prosseguir, pela leitura do Direito objetivo como um direito sectário.

Mas há um perigo ainda maior, consistente no manuseio acríptico das cláusulas gerais. Cada cláusula tem um sentido, que é necessário fixar com precisão. Mas não é isso que frequentemente vemos acontecer.

Tomemos como exemplo a boa-fé. Pode-se, sem exagero, considerá-la a rainha das cláusulas gerais. Mas assistimos ao fenómeno preocupante de a todo o propósito invocar a boa-fé. Por exemplo, quando se defrontam os problemas da validade de cláusulas do contrato de adesão, ou de cláusulas

---

<sup>14</sup> Veja-se a nossa *Introdução à Ciência do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Renovar (Rio de Janeiro), 2005, n.ºs 275 a 277. Veja-se também o nosso estudo *Derecho Alternativo*, in *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Legis (Bogotá – Colombia), n.º 10, Enero-Marzo 2005, 75-86.

ilícitas em geral, ou das cláusulas não comunicadas, logo se afirma que são rejeitadas por contrárias à boa-fé. Mas na realidade são ilícitas por o serem, pura e simplesmente, sem para nada ser necessário invocar a cláusula geral da boa-fé.

Deste modo, a boa-fé acaba por ser uma bengala que serve para tudo. Mas diz-nos a experiência que o que serve para tudo não serve para nada. A cláusula geral fica assim dessorada. Em vez de se procurar o seu sentido autêntico transformou-se num estribilho sem valor argumentativo.

Outro desvio que devemos assinalar está no uso inadequado das cláusulas gerais nas próprias leis. Vamos dar um exemplo extraído da lei portuguesa, numa matéria que é aliás muito sensível também no Brasil: a das limitações voluntárias dos direitos de personalidade <sup>15</sup>.

O art. 81 do Código Civil português, regulando a matéria, determina que toda a limitação voluntária é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.

Se não erramos, a cláusula apropriada não é esta: é antes a dos bons costumes. O exemplo é porém elucidativo da necessidade de se aprofundar o sentido próprio de cada cláusula geral, sob pena de se criarem grandes dificuldades à prática. No caso, a cláusula da ordem pública é de conteúdo particularmente difícil de fixar. O intérprete defrontará grandes perplexidades na aplicação, se não se tiver esclarecido antecipadamente o sentido de cada cláusula.

Por vezes ainda, foge-se a este indispensável trabalho através de um subterfúgio: acumulam-se cláusulas gerais, como se todas elas fossem aplicáveis ao caso concreto. O mau exemplo provém por vezes do próprio legislador. Seja o caso do art. 51 IV do Código do Consumidor, a propósito das cláusulas abusivas: dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Mas não é a repetição de cláusulas que dispensa o trabalho de caracterização de cada; e, em caso da legiferação, que torna preciso o sentido. Pelo contrário, o intérprete ver-se-á perante a dificuldade da escolha da cláusula adequada e até perante repetições eventuais: é assim que terá de conjugar “iníquas” com incompatíveis com a equidade, quando significam praticamente a mesma coisa.

---

<sup>15</sup> No Brasil, o art. 11 do Código Civil dispõe que os direitos de personalidade não podem sofrer limitação voluntária – o que cria grandes problemas porque a determinação é completamente irrealista. A todo o momento nós restringimos validamente os nossos direitos fundamentais, na normalidade ética da vida corrente. Nenhuma sociedade poderia funcionar de outra maneira.

## 6. O CONTRIBUTO DAS CLÁUSULAS GERAIS

O caminho correto é exatamente o contrário. Consiste antes em procurar o sentido específico de cada cláusula geral. Cada uma exige um trabalho específico de reflexão, mas só deste modo se poderá chegar a uma aplicação justificada e segura. Assim procedem os juristas dos países que exemplarmente trabalham com elas: racionalizam-nas, de modo a que se extraia todo o sentido e potencial de cada cláusula, para chegar pela aplicação dela a novos resultados jurídicos.

A jurisprudência tem aqui uma participação essencial, ao determinar a solução dos casos concretos pela escolha e aplicação das cláusulas adequadas, em diálogo com a doutrina.

Deste modo, as cláusulas gerais surgem como grandes propulsoras do desenvolvimento da ordem jurídica, dando pistas de descoberta ou desenvolvimento da ordem normativa; e levam até, pela consolidação dos resultados obtidos, à gênese de outros preceitos legais<sup>16</sup>.

As cláusulas gerais são ainda valiosas encaradas por outro ângulo.

Se bem utilizadas, elas representam elementos de aticização e humanização da ordem jurídica.

Falamos atrás do espírito de cooperação que a visão social dos ordenamentos constitucionais impõe.

As leis civis não os traduzem por vezes adequadamente. Mas a introdução de cláusulas gerais, com a densidade substantiva que as caracteriza, exclui os entendimentos meramente formais.

Suponhamos que, em contrato de compra e venda de coisa móvel, se estipulou que ao vendedor cabia a entrega, devendo deixar a coisa vendida à porta da casa do comprador.

Suponhamos que o vendedor vem fazer a entrega em dia de temporal e não se encontra ninguém em casa.

O vendedor resolve então deixar a mercadoria à porta da casa. Com isso a embalagem é arrastada pela enxurrada e a mercadoria perde-se.

O vendedor, formalmente, cumpriu: deixou como foi estipulado.

Mas, num ponto de vista substancial, ele não cumpriu o que lhe competia para com o devedor. Substancialmente, há um laço de cooperação de-

---

<sup>16</sup> Como aconteceu exuberantemente na “modernização” do livro do Direito das Obrigações na Alemanha, que conduziu à incorporação do BGB de muitas soluções consolidadas já pela doutrina e consagradas por jurisprudência constante.

vedor/ /credor, que não é compatível com o desinteresse do vendedor pela sorte da mercadoria.

Ao vendedor cabe ainda providenciar para que o interesse da outra parte seja efetivamente satisfeito. Isso só acontece se ele agir de maneira que a mercadoria fique em condições de chegar íntegra ao comprador, por exemplo, deixando-a em lugar seguro no exterior da casa ou levando-a consigo para entrega posterior.

Dir-se-á: mas isso pode acarretar trabalhos e despesas ao vendedor que não estavam previstos.

É verdade. Mas também leva a considerar que, numa relação correta de cooperação, tudo o que as partes fizerem, se corretamente tiveram por fim preservar os interesses da outra parte, deve ser ressarcido.

Isto quer dizer que a conduta das partes deve ser objeto duma apreciação substancial, à luz do fim do contrato e dos interesses envolvidos, não bastando a satisfação meramente formal que corresponderia afinal a hipocrisia.

Assim as cláusulas gerais, que traduzem o sentido ético e funcional para que tende o ordenamento hoje emergente, contribuem muito para a humanização do Direito, que surge como proposta de vanguarda nas nossas ordens jurídicas.