



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2012

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 32.2 – jul./dez. 2012

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

António 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

Alunos Colaboradores

Eric de Moraes e Dantas

Fernanda de Araújo Castelo Branco

Janaína Sena Taleires

Tainah Simões Sales

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

Alice Rocha da Silva

Doutora em Direito internacional econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2005), graduação em ciência política pela Universidade de Brasília (2004), graduação em relações internacionais pela Universidade de Brasília (2004) e mestrado em direito das relações internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora titular da Faculdade Processus e professora titular do Centro Universitário de Brasília.

Ângela Couto Machado Fonseca

Professora da Universidade Positivo. Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, bolsista de doutorado sanduíche da CAPES na École des Hautes Études en Sciences Sociales – Paris. Mestrado em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UFPR. Aperfeiçoamento em Filosofia Contemporânea pela Università degli Studi di Firenze - Itália. bacharel em Direito pela UFPR, Bacharel em Filosofia pela UFPR.

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Professora titular de Derecho Romano en la Universidad de Oviedo.

Clarissa Marques

Doutora em Teoria Dogmática do Direito pela UFPE, Professora da ASCES e da Faculdade Damas, Advogada.

Claudia Rosane Roesler

Doutora em teoria e filosofia do direito pela USP. Professora adjunta de teoria e filosofia do direito da Universidade de Brasília (UNB).

Danielle Annoni

Doutora em Direito. Professora Adjunta II da UFSC. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e do Programa de Mestrado em Relações Internacionais, todos da UFSC.

Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora em Tributação Ambiental pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutora pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro/UFC. Procuradora da Fazenda Nacional.

Fabiana Marion Spengler

Pós-Doutora pela Università degli Studi di Roma Tre/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, com bolsa CAPES; 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 Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; professora colaboradora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato e stricto sensu da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelo Edital FAPERGS n° 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011; pesquisadora do projeto “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES; pesquisadora do projeto intitulado: “Direitos Humanos, Identidade e Mediação” financiado pelo Edital Universal 14/2011 e pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; coordenadora e mediadora judicial do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; advogada.

Fernando Basto Ferraz

Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP; Professor Associado IV, 40h/DE, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC; Professor do Curso de Pós-graduação em Direito a nível de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Ceará – UFC.

Gabriela Garcia Batista Lima

Pesquisadora do Centro Universitário de Brasília. Doutoranda em Direito, bolsista CAPES para doutorado em sistema de cotutela, no Centro Universitário de Brasília com a Université Aix Marseille III, França. Previsão para término 2013. Mestre e Bacharel em Direito. Especialista em Direito Internacional Ambiental. Professora de Direito ambiental.

Gustavo Fernandes Meireles

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela UFC. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Membro do “Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFC”. Membro do projeto de pesquisa “Possibilidades e riscos de políticas comuns de direitos e garantias fundamentais nos Estados integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição sul-americana” (UFC/UFSC/UNIVALI/CAPES). Bolsista da

Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogado.

Gustavo Oliveira Vieira

Professor de Direito Internacional da UFPel. É mestre em Direito pela UNISC e doutorando pela UNISINOS, com período de sanduíche na University of Manitoba, Canadá.

Helena Florindo da Silva

Membro do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão – da Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Bolsista da FAPES – Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professor e Advogado.

Hugo de Brito Machado Segundo

Mestre e Doutor em Direito. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor (Graduação, Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, de cujo Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) é Coordenador. *Visiting Scholar* da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

João Luís Nogueira Matias

Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC. Juiz Federal da Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2000), Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003) e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009).

Josiane Rigon

Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Possui pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisas: "Políticas Públicas no tratamento dos conflitos" coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Theobaldo Spengler Neto. Advogada.

Luana Alves Gonçalves Pavan

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/UFC.

Márcia Marcondes Diniz de Freitas

Especialista em Docência no Ensino Superior pela União Dinâmica de Faculdades Cataratas em Foz do Iguaçu, Paraná (2004); Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina em Joaçaba, SC (2010).

Marcus Lívio Gomes

Juez Federal. Doctor en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Tributario de la *Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio*. Coordinador de la Comisión de Derecho Tributario de la *Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. Coordinador de la Revista de Derecho Tributario de la *Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF*.

Maria Cristina Gomes da Silva D'Ornellas

Professora de Direito Empresarial no UNIRITTER e professora da disciplina de Comércio Internacional e Direitos Humanos, no curso de Mestrado em Direito do UNIRITTER, em Canoas/Porto Alegre, RS. É mestre em Integração Latino-Americana pela UFSM, Mestre em European and International Trade Law pela Universiteit van Amsterdam e doutora em Direito pela UFRGS.

Maria de Fátima Ribeiro

Doutora em Direito Tributário pela PUC de São Paulo, Coordenadora e Professora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – São Paulo, Vice-Presidente do Instituto de Direito Tributário de Londrina – Paraná – Brasil.

Renata de Assis Calsing

Bacharel e mestre em Direito pelo UniCEUB e Doutora em Direito pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora do curso de Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Católica de Brasília. Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União.

Renata Ribeiro Rolim

Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Es; professora da graduação e da pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB; coordenadora do grupo de pesquisa Marxismo, Direito e Lutas Sociais; colaboradora do Núcleo de Documentação dos Movimentos Sociais (NUDOC) da UFPE.

Renato Barbosa de Vasconcelos

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela UFC. Membro do “Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFC”. Membro do projeto de pesquisa “Possibilidades e riscos de políticas comuns de direitos e garantias fundamentais nos Estados integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição sul-americana” (UFC/UFSC/UNIVALI/CAPES). Membro do grupo de pesquisa “Filosofia dos Direitos Humanos (CNPq/UFC)”. Assistente em administração da UFC.

Ricardo Antonio Rezende de Jesus

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UNB. Procurador do Estado do Amazonas com atuação junto aos Tribunais Superiores.

Sidney Guerra

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Mestrado da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado no Rio de Janeiro.

Tiago José Soares Felipe

Advogado. Especialista em Direito Ambiental – UNIFOR. Mestrando em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará – UFC .



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

POLÍTICA E BIOPOLÍTICA: UM DESVIO DO SUJEITO?

Ângela Couto Machado Fonseca 15

MEIO AMBIENTE, SOLIDARIEDADE E FUTURAS GERAÇÕES

Clarissa Marques 37

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS SENTIDOS E USOS DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

Claudia Rosane Roesler

Ricardo Antonio Rezende de Jesus 57

ANÁLISE DA CRISE POLÍTICA JURÍDICA NA LÍBIA E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS

Danielle Annoni

Márcia Marcondes Diniz de Freitas 79

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: POR UMA REMODELAÇÃO ECOLÓGICA DOS TRIBUTOS

Denise Lucena Cavalcante 101

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NOS ASSUNTOS POLÍTICOS

Fabiana Marion Spengler

Josiane Rigon 117

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AVALIAÇÃO E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

Fernando Basto Ferraz

Tiago José Soares Felipe 139

O CONCEITO DE GOVERNANÇA GLOBAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ESTUDO DA EFETIVIDADE DA NORMA JURÍDICA: REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS

Gabriela Garcia Batista Lima 157

DIREITOS HUMANOS E COMÉRCIO INTERNACIONAL: A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE PONTES POR MEIO DA SEGURANÇA ALIMENTAR E OS NOVOS DESAFIOS DA OMC

Gustavo Oliveira Vieira

Maria Cristina Gomes da Silva D'Ornellas 179

A FAMÍLIA E O AFETO: O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM DAR AFETO AOS FILHOS COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA <i>Heleno Florindo da Silva</i>	205
AINDA A RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS “INDIRETOS” <i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	223
A POLÊMICA DA INDETERMINAÇÃO DE CONCEITOS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ECOLÓGICO <i>Luana Alves Gonçalves Pavan</i> <i>João Luís Nogueira Matias</i>	261
A QUESTÃO DA EXPORTAÇÃO NO CÓDIGO ADUANEIRO - CAM <i>Maria de Fátima Ribeiro</i>	275
A TEORIA DA NORMA JURÍDICA E A EFETIVIDADE DO DIREITO <i>Renata de Assis Calsing</i>	289
A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO NA AMÉRICA LATINA NA PRIMEIRA DÉCADA DO SÉCULO XXI <i>Renata Ribeiro Rolim</i>	301
REFLEXÕES SOBRE A (IN)VIABILIDADE DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO DIREITO DOS POVOS DE JOHN RAWLS <i>Renato Barbosa de Vasconcelos</i> <i>Gustavo Fernandes Meireles</i>	325
A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE <i>Sidney Guerra</i>	341
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
LA CONSTRUCTION DU CONCEPT DE PAYS EN DEVELOPPEMENT DANS LE CADRE JURIDIQUE DE L'OMC <i>Alice Rocha da Silva</i>	369
EFFECTOS PERSONALES DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS. DE ROMA AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL <i>Carmen Lopez-Rendo Rodriguez</i>	401
LOS PRINCIPIOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL Y LA TRIBUTACION DE LOS SERVICIOS SIN TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA PRESTADOS POR NO RESIDENTES SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN BRASIL. SU CONFORMACIÓN JURÍDICA POR LOS TRIBUNALES <i>Marcus Lívio Gomes</i>	453

DOCTRINA NACIONAL



POLÍTICA E BIOPOLÍTICA: UM DESVIO DO SUJEITO?

Ângela Couto Machado Fonseca *

Resumo

O presente trabalho toma como fio condutor os diferentes modelos de homem pensados nos contextos políticos antigo, moderno e contemporâneo, na intenção de verificar, num primeiro momento, como a arquitetura da prática política constitui seus traços na relação direta com o 'tipo homem' que a integra. Num segundo momento, o texto procura tratar do deslocamento dos moldes modernos do sujeito no interior da reflexão e da prática da biopolítica, de modo a apontar, por fim, na leitura do paradigma imunitário de Roberto Espósito, as contradições internas que pertencem a filosofia da subjetividade e sua concepção política pautada no homem como sujeito.

Palavras-chave

Política. Biopolítica. Sujeito. Paradigma Imunitário.

Abstract

This work takes as its guiding principle the different models of human thought in political contexts ancient, modern and contemporary, in order to verify, at first, as the architecture of practical politics have their traces in direct relation to the 'kind man' they integrate. Secondly, the text seeks to address the displacement of the subject modern mold inside the reflection and practice of biopolitics, to point, finally, the reading of the immunity paradigm from Roberto Espósito, to point the internal contradictions that belong to philosophy subjectivity and its political design based on man as the subject.

Keywords

Politics. Biopolitics. Subject. Immunity paradigm.

1. INTRODUÇÃO

Francis Wolff no artigo "As quatro concepções de homem" retoma Kant nos seguintes termos:

Segundo Kant, as TRÊS perguntas fundamentais que o homem pode se fazer são as seguintes: 'O que devo fazer? É a questão

* Professora da Universidade Positivo. Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, bolsista de doutorado sanduíche da CAPES na École des Hautes Études en Sciences Sociales – Paris. Mestrado em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UFPR. Aperfeiçoamento em Filosofia Contemporânea pela Università degli Studi di Firenze - Itália. bacharel em Direito pela UFPR, Bacharel em Filosofia pela UFPR.

prática (ou moral); ‘O que posso saber?’ é a pergunta teórica (ou especulativa); ‘O que posso esperar?’ é a pergunta metafísica e religiosa. Há porém, ainda segundo Kant, uma pergunta mais importante ainda, a pergunta das perguntas, que é a chave para todas as outras: ‘O que é o homem?’. Pois da resposta dada a essa pergunta vão depender todas as respostas que se possa dar a todas as outras perguntas. Imagine, por exemplo, todas as conseqüências da definição do homem enquanto ‘criatura’. Se o homem é essencialmente nada mais que uma criatura de Deus, então isso clareia o sentido da existência humana, assim como as três outras perguntas; sei que posso esperar pela imortalidade e pela salvação (ou danação), sei o que posso saber (tudo o que foi revelado por Deus aos homens) e, sobretudo, sei o que devo fazer e não fazer: tudo o que é ditado ou proibido por Deus ou por determinado livro em que suas vontades estão inscritas. (WOLFF, F. 2009, p. 37).

Tais perguntas nos remetem à reflexão acerca da importância de como se caracteriza e pensa o homem como caminho para o esclarecimento de outras questões. O estatuto do humano, as feições que lhe são conferidas demarcam o terreno em torno do qual as práticas sociais e políticas se movem. As considerações acerca do homem constituem também as considerações de sua realidade política, sinal disto está na invariável colocação do homem como agente capaz e racional, nas mais variáveis teorias políticas modernas. A noção de homem permite fornecer um fio condutor para compreender como interpretamos o ambiente político.

Queremos tomar de empréstimo este procedimento que parte da concepção de homem para tratar a política ou o modelo político a ele referente. Este referencial servirá para traçar quatro reflexões. Uma primeira que pretende colher a noção de homem como animal político no pensamento de Aristóteles. Esta concepção aponta uma leitura responsável por marcar a política como um traço da natureza humana. A segunda reflexão procura em Hobbes os elementos que constituem o moderno homem da política. Um homem arquiteto de sua ordem política, ordem esta que nasce pelas capacidades humanas e se orienta na sua defesa e preservação. A terceira e quarta reflexões se enredam num fundo comum: o questionamento dos modelos anteriores de homem, sobretudo aquele moderno. Surge aí a temática da biopolítica e seu impacto sobre a tradicional teoria política pautada pelo homem como indivíduo racional ou como animal originariamente político. A biopolítica levanta a questão sobre o humano e sua articulação sempre voltada a capacidades tais como racionalidade e autonomia da vontade. Pensar a biopolítica é considerar o quanto o homem é atravessado por práticas de poder que o tratam não como sujeito de direito e sim como ser vivo (esvazia-

do dos elementos típicos que compõe a sua *humanitas*)¹. Por fim, a reflexão que encerra o presente texto pretende, de modo resumido, expressar o que é o paradigma imunitário trabalhado por Roberto Esposito, de que modo este paradigma compreende a política moderna em termos de biopolítica e sua relação com as críticas que Nietzsche endereça à modernidade e ao homem como sujeito.

2. A POLÍTICA NA ANTIGUIDADE E O HOMEM ARISTOTÉLICO

Os traços gerais da política antiga são bem conhecidos: o lugar por excelência da vida política é a polis, a cidade grega, que não se confunde com a concepção de Estado (presente no ideário e na vivência da política moderna). Seja pela inferioridade numérica dos cidadãos que a compõem, ou seja, sobretudo, pelas diferenças da experiência democrática, na qual o mecanismo da representação é desconhecido para os antigos, bem como também o é a separação entre aparatos burocráticos institucionais e a sociedade. A polis é essencialmente uma comunidade política, e os membros desta comunidade dela não se apartam. É exatamente o desconhecimento da representação que revela um dos traços mais típicos e célebres daquilo que se chama a democracia antiga. Nela, que possui suas raízes no século VI a.C. a partir da atuação de Clístenes, os cidadãos atuam de modo direto no que concerne aos assuntos políticos da cidade. Eis a famosa democracia participativa ou direta, os cargos públicos não somente são de pequena duração e portanto de grande rotatividade, como também resultam de sorteio (não de eleição).² Um traço essencial da democracia está justamente no sorteio, uma vez que a eleição seria a escolha de alguns e reporta ao regime oligárquico. Para os gregos “para quem a eleição é, por definição, um princípio antidemocrático, o princípio do governo que eles mais frequentemente opõem à democracia: a oligarquia. De fato, no espírito de seus defensores, a eleição serve para selecionar a priori aqueles que, no entendimento geral, são mais competentes para exercer determinados cargos dirigentes essenciais. Portanto, o duplo pressuposto da eleição é: de um lado, apenas ‘alguns’ (oligoi), os melhores, devem exercer as funções de comando; em outras palavras, os interesses de todos dizem respeito à competência de alguns (pressuposto ‘tecno-crático’: poder da competência); de outro, uma competição entre os pretendentes a tal cargo deve permitir que se escolham os melhores – é a eleição, na qual intervêm

¹ O exemplo clássico para fazer perceber esta incidência de poder sobre homem como simplesmente ser vivo é o dos campos de concentração. Neles os prisioneiros não se constituem como sujeitos de direito. Agamben irá desenvolver sobre este ponto sua noção de vida nua: esta vida atravessada por um dispositivo de poder, porém não qualificada por capacidades ou direitos inatos.

² Francis Wolff, no que se refere aos cargos distribuídos por sorteio, avalia este acontecimento como um dos principais motivos para o reconhecimento da participação da maioria no poder. Traço significativo de uma democracia.

nascimento, influência, autoridade, reputação pela experiência do passado, proposições para o futuro e outras considerações (pressuposto ‘aristocrático’: poder concedido aos melhores)” (WOLFF, 2003, p. 36). Assim, para a democracia grega a eleição é signo de seleção e não de participação, é forma de remeter a uma separação entre a comunidade e o exercício do poder.

No interior da forma de governo antiga, ainda não chamada de democracia (termo este que virá a circular no século seguinte), desenvolvem-se duas formas de igualdade: a isonomia e a isegoria. A isonomia refere-se a igualdade de todos os cidadãos perante as leis; e a isegoria explicita o igual direito à palavra. Estas formas de igualdade abrem-se também, especialmente pela isegoria, à liberdade.³ A isegoria implica, pelo igualitário direito à palavra, também à tarefa tipicamente política da linguagem e da linguagem disponível para todos os membros da comunidade em deliberarem acerca do justo e do injusto. Trata-se de liberdade e igualdade em termos políticos. Dispostos na mesa estão, desde a concepção política antiga, estes conceitos – igualdade e liberdade – tão caros e valiosos aos cálculos modernos, todavia, assumindo função e colocados numa realidade radicalmente diversa. Igualdade e liberdade no contexto da isonomia e da isegoria (panorama da democracia) não são atributos individuais, intrínsecos ao homem. São, antes, as próprias condições do exercício da política, ao ser cidadão, ao sê-lo em ato é que a igualdade e a liberdade se colocam em cena. Não são potências ou direitos subjetivos, são antes prerrogativas do exercício da cidadania e que apenas faz sentido na esfera pública em nome daquilo que é comum.

As formas de igualdade e liberdade, assim, não são postas no interior de uma concepção universalista e imanente. Os homens não são originariamente livres e iguais é dentro do ambiente político e por meio da ação política que os homens se fazem iguais e exercitam a sua liberdade. A este respeito Hannah Arendt (ARENDR, 1987) relembra que é na ação (elemento próprio do exercício da liberdade) que os homens se colocam como pares. Estamos distantes de uma compreensão individualista, é apenas na comunidade política e mediante e atuação do homem enquanto animal político que liberdade e igualdade ganham concretude. Os elementos da democracia antiga, assim, revelam traços de uma cultura que enxerga na comunidade a capacidade de sua perfeição e justiça.

A Polis concebida no pensamento de Aristóteles é uma comunidade política e se diferencia das comunidades humanas. Neste aspecto muito já se

³ “A democracia ateniense não é separável das estruturas socioeconômicas e da visão antropológica, ética, e política características do mundo antigo. A igualdade, naquele contexto, não evoca o moderno e universalístico ‘sujeito de direitos’, mas se exaure no âmbito da polis; não põe em questão, mas pressupõe a distinção qualitativa entre escravo e livre; encontra o seu fundamento não no indivíduo como tal, mas no povo, e no povo como parte da cidade: a democracia antiga é o governo de um povo que se afirma como entidade coletiva já existente, não reduzível à mera soma dos indivíduos que a compõe.” (COSTA, 2010, p. 218).

falou que a comunidade política embora posterior do ponto de vista da ocorrência histórica é ontologicamente prévia em face às comunidades humanas. As comunidades humanas (famílias, aldeias) viabilizadas pelos laços de sangue e de vizinhança são qualitativamente diversas da polis, aparece aqui a leitura da diferença substancial pautada em Aristóteles do mero viver e da vida política. As comunidades humanas se referem a todos os estágios de simplesmente existir (*zoé*), do atendimento de tudo aquilo que é necessário para manter a existência.⁴ A vida na polis implica num salto para além desse mero viver, trata-se da vida qualificada, da *bios*, possível unicamente enquanto vida política e mediante a ação do homem como animal político. Para situar a noção de *bios* e buscar colher nela algo de comunicável e compreensível, no lugar de apenas a referir como se o referido fosse desde sempre transparente, é importante a análise de temas como a naturalidades das diferentes comunidades (humana e política) e o conceito de natureza em Aristóteles.

Tanto a comunidade humana quanto a comunidade política são naturais na leitura aristotélica. O homem isolado não é capaz de sobrevivência e por isso a vida em coletividade lhe é uma necessidade inafastável. A peculiaridade da naturalidades das diferentes vidas coletivas se coloca em dois pontos: Primeiro, embora a comunidade humana seja natural isto não lhe concede o estatuto de comunidade política; segundo, a comunidade política é natural, mas não ocorre de modo espontâneo. Em outras palavras, a vida política possui um elemento qualificador próprio (vinculado a ação para ser alcançado) que ultrapassa a mera vida em coletividade. Desse modo, a vida singular, sem a presença de outros é insustentável, o que expõe a exigência da vida coletiva. Por outro lado, além do homem, por condições de sobrevivência, precisar viver em coletividade, existe um reclame mais significativo, ao ver do autor, para a vida política. Não se trata da mera necessidade de sobrevivência, mas da atuação conforme a natureza humana. Viver politicamente, diferente do mero sobreviver, exige a atuação do homem atendendo as peculiaridades de sua natureza. Com isto, a compreensão da naturalidade e não espontaneidade das comunidades políticas está atrelada ao modo como Aristóteles pensa o conceito de natureza (e no particular a natureza humana).

A natureza aristotélica, pensada para além da noção de matéria, tem caráter finalístico e envolve as célebres quatro causas deste autor, explicitando o caráter do movimento que a atravessa. A natureza não é pensada como um dado determinado pronto e acabado, como uma sentença, mas como uma potência que precisa ser atualizada em ato. Ou seja, como um dever-ser que precisa ocorrer, mas não é certo que ocorra. O exemplo que podemos

⁴ Neste ponto podemos lembrar o quanto Hannah Arendt considerou seriamente o legado político de Aristóteles, sobretudo sua noção de animal político e vida política como vida qualificada que se coloca apenas quando satisfeitas as necessidades corriqueiras e fúteis da existência.

extrair do capítulo 7 do primeiro livro da *Ética a Nicômaco* acerca da natureza humana é bastante explícito:

A vida parece ser comum até às próprias plantas, mas agora estamos procurando o que é peculiar ao homem. Excluamos, portanto, a vida de nutrição e crescimento. A seguir há uma vida de percepção, mas essa também parece ser comum ao cavalo, ao boi e a todos os animais. Resta, pois, a vida ativa do elemento que tem um princípio racional; desta uma parte tem tal princípio no sentido de ser-lhe obediente, e a outra no sentido de possuí-lo e de exercer o pensamento (...). se realmente assim é e afirmamos ser a função do homem uma certa espécie de vida, e esta vida uma atividade ou ações da alma que implicam um princípio racional (ARISTÓTELES, EN).

Nesta passagem nota-se que o homem possui uma natureza que não lhe define o modo de ser no concreto, mas que lhe capacita a ser como a natureza se projetou para ele. O homem, para atender ao desenho que dele fez a natureza e ser assim verdadeiramente homem, precisa colocar em funcionamento sua parcela racional da alma, mas é possível que ele não venha a fazê-lo. O mesmo dever-ser existe para a vida política. Aquilo que é natural para a vida dos homens enquanto uma meta e promessa da natureza é que este viva e exista de modo político, embora este movimento, este tornar potência em ato possa não vir-a-ser. É neste sentido que não é espontânea a vida em comunidade política, ela depende do atuar particular do homem enquanto animal político. É também neste sentido que se explica a anterioridade ontológica da comunidade política. Ela pode não ocorrer num primeiro momento da vida coletiva, mas, sendo desde sempre um projeto da natureza, o atendimento desta é ontologicamente primeiro.

É no Estado que o indivíduo, por efeito das leis e das instituições políticas, é levado a sair de seu egoísmo, e a viver conforme o que é subjetivamente bom, assim como conforme o que é verdadeira e objetivamente bom. Desse modo o Estado, que é último cronologicamente, é primeiro ontologicamente, porque se configura como o todo o qual a família e a vila são partes, e, do ponto de vista ontológico o todo precede as partes, porque o todo, e só ele, dá sentido às partes. (REALE, 2007, p. 124).

Nas entrelinhas da definição da naturalidade da vida política figura um personagem central ao pensamento político de Aristóteles: o homem enquanto animal político. Mais uma vez as concepções de potência e ato entram em cena. Aquele traço substancial que define e constitui o homem enquanto tal é sua natureza política, o homem, para alcançar o estatuto de homem deve viver e atuar como animal político (racional e capaz de linguagem). Existe uma abertura desconhecida aos modernos na leitura aristotélica: não basta a existência das características tipicamente humanas, para, ato contínuo, o homem tornar-se de modo completo e efetivo, homem. As caracterís-

ticas humanas são as condições dadas pela natureza para que o homem, ao usá-las, ao colocá-las em ação, constitua-se como homem. O animal político é uma meta da natureza, mas seu alcance é uma possibilidade.

É neste sentido que o homem integrante da Polis, para ser considerado cidadão precisa participar dos tribunais ou magistraturas. Além dos conhecidos obstáculos objetivos (idade, gênero, liberdade...) que impedem a cidadania, ela também está vinculada à participação ativa na administração da justiça da Polis, da atuação do homem enquanto animal político.

O pensamento político de Aristóteles alimenta um modelo no qual o homem, por natureza, deve constituir-se como cidadão para exercer sua condição política, condição esta que não pode ser repassada para outros que executem o papel de representantes. É na atuação direta que se faz o cidadão, a representação é um tema de todo desconhecido e que não se viabiliza neste desenho de política (sob pena de impedir o homem de atuar conforme sua própria natureza).

O homem, assim, é desde sempre uma criatura destinada para a vida política, seu papel se desenrola como cidadão, na medida em que eleva a si mesmo e opera eticamente a fim de alcançar a justiça para a comunidade política.

Partimos del comienzo del libro VII, que echa los cimientos del estado ideal. Es enteramente platónico en el identificar el fin del estado con el fin ético del individuo; pues éste es el sentido de la proposición de que se origina el estudio, la de que el mejor estado es el que asegura a sus ciudadanos la mejor vida. Al decir esto, no subordina en manera alguna Aristóteles el estado al bienestar del individuo, como haría un liberal, sino que deriva, como hace Platón, las categorías para juzgar del valor del estado de las normas éticas que aplica al alma del individuo. Decir que la 'vida mejor' del estado y del individuo es una y la misma, no significa para el que las cosas vayan bien en el estado si todos se alimentan bien y se sienten a gusto, sino que el valor espiritual y moral del estado está basado en el de los ciudadanos. Su fuente última es el alma estimativa del individuo. A la inversa, el más alto concepto ético a que llega esta alma es el estado, para el cual está predispuesto el hombre por naturaleza. (JAEGGER, 2002, p. 316/317).

3. A POLÍTICA MODERNA E O HOMEM HOBBSIANO

O lugar a partir do qual se desenrola o pensamento político de Hobbes é substancialmente diverso daquele do qual falava Aristóteles. Variados são os aspectos que distanciam estes dois pensadores políticos, um deles já muito conhecido, como a naturalidade da vida política em Aristóteles e a artificiali-

dade da vida política em Hobbes, instituída pela concepção de contrato social. Também é de se constatar que Hobbes teve a pretensão de fazer ciência política e não os 'sonhos' da tradição política declaradamente ou não declaradamente aristotélica. Hobbes constrói seu universo político dentro de um modelo mecanicista e não finalista como aquele de Aristóteles. Enfim, muitos outros pontos de divergência destes dois autores poderiam ser listados, todavia, parece que esta simples contraposição não seria suficiente para avaliar o pensamento político hobbesiano.

O percurso que aqui pretende-se transcorrer parte da localização histórica de Hobbes como um autor que pensa sua política no momento do antigo regime e cimenta alguns traços típicos daquilo que virá a ser pertencente da política moderna. Assim, o primeiro passo consiste em perceber de onde fala Hobbes e qual ruptura ele é capaz de suscitar. É na análise da ruptura que um segundo ponto se coloca: as pressuposições e inovações que envolvem sua teoria do contrato. Por fim - neste rápido caminho que evidentemente não será capaz de expor o pensamento político completo de Hobbes, mas apenas introdutoriamente os aspectos declarados - é a figura do homem, do indivíduo que será analisada.

A criação do Estado-Leviatã é um lugar comum da obra de Hobbes. Este estado configura-se especialmente por ser soberano, e neste aspecto há uma significativa inovação. Embora a noção de soberania já fosse conhecida desde pelo menos o século anterior, com a obra de Jean Bodin, ela ainda correspondia a uma concepção medieval, mantida no Antigo regime, de Ordem transcendental. A ordem política não configura o resultado da vontade humana e sua capacidade de arquitetura (não revela portanto o fundo mecanicista); esta ordem é uma parte concreta de uma Ordem universal. Para Bodin o soberano não dissolve a hierarquia político-social, ele ocupa o posto máximo, o mais alto nível nas atribuições de poderes. A soberania do Estado, pensada por Hobbes, não admite a divisão de poderes, rompendo, deste modo, não apenas com a clássica concepção hierárquica, mas com a própria noção de Ordem. A política resulta da capacidade racional e da vontade do homem, é um constructo humano. Por esta via são possíveis as análises da artificialidade (engenho humano) e do mecanicismo hobbesiano.

Em Hobbes a ausência do Estado como um poder forte e unificado é um dos motivos (junto com a natureza humana) para a existência do medo e o perigo de guerra. Hobbes enfatiza seriamente o mal da guerra e a possibilidade de seu afastamento depende da constituição de um Estado soberano com poder unificado, o que inviabiliza a divisão e hierarquia.

Junto com estes elementos, como já mencionamos, o próprio universo político constituído a partir de uma Ordem Universal Transcendental perde terreno. Tradicionalmente a Ordem é esse fio invisível que amarra sustenta a complexa realidade social e política, pela diversidade de lugares e funções,

constituindo um universo hierárquico. A Ordem é naturalmente dada, trata-se, aqui, de uma pressuposição de organização, de estruturação própria do real (por diferenciações e atribuições de lugares, papéis, funções, poderes, etc...), A arquitetura política é uma das manifestações da organização da Ordem universal.

Esta impossibilidade de manter intacta a Ordem dada, juntamente com o delineamento da construção da ordem política são responsáveis pela caracterização de Hobbes como um dos primeiros cientistas políticos modernos:

Hobbes não só efetua na sua obra a cristalização dos filosofemas políticos preparados laboriosamente no século XVI mas apóia a arquitetônica do Estado-Leviatã numa postulação que abala deliberadamente 'a vã filosofia' dos autores antigos e, mesmo que a ruptura com o passado ainda lhe seja às vezes difícil, formula os axiomas básicos de um pensamento do direito político que se encaminha, dessa vez de verdade, para o horizonte da modernidade (GOYARD-FABRE, 1999, p. 28).

A formulação de um Estado que seja forte o suficiente para conter a insegurança e a dissolução interna, está baseada no contrato. O contrato impõe a lógica de uma ordem política criada, não pré-existente, de modo que a ordem política resulta não de uma transcendência ou naturalidade: aspectos estes que envolvem uma concepção jusnaturalista da existência prévia à formação da ordem política, assim os instrumentos necessários para a execução do contrato.

O Celebre 'Estado de natureza', momento anterior da vida conduzida por uma organização política e jurídica, tem como base a leitura jusnaturalista. Isto quer dizer que mesmo no estado de natureza os homens são guiados por direitos naturais, num estado de total igualdade e liberdade. Atribui-se ao homem, independente de qualquer laço concreto social, direitos e poderes que são genuína e originariamente seus. Por natureza os homens são livres e iguais, tais condições – no interior desta leitura – nada tem a ver com privilégios ou papéis definidos na estrutura ordenada da vida, tal como ocorria na leitura tradicional medieval e do antigo regime. Liberdade e igualdade não são prerrogativas atribuídas, concedidas em circunstâncias concretas e com alcances estabelecidos. São atributos: ganha destaque o caráter geral e abstrato adquiridos nesta nova interpretação.

colto nella sua essenza umana, l'individuo per Il giusnaturalista è un soggetto caratterizzato da bisogni e diritti fondamentali. Emerge l'idea di un nesso immediato e diretto fra l'individuo e i diritti: un'idea tanto importante nel nuovo paradigma quanto eversiva di antiche tradizioni. Parlare di 'stato di natura' non è dunque trastullarsi con una favola ingenua e innocua: è introdurre un método di lavoro che permette di mettere a fuoco

i diritti del soggetto 'come tale' e próprio per questo entra in rotta di colisão con l'intera tradizione medievale. (...) Postular elo 'stato di natura' significa invece compiere un 'esperimento mentale' nel quale le appartenenze e le gerarchie spariscono e i diritti fluiscono direttamente dalla natura genericamente umana del soggetto. (COSTA, 2004, p. 40).

Exatamente tais direitos naturais, tais atributos originários, constituem-se como o material que permite a construção da ordem política. É somente por que há uma igualdade inata que os homens podem participar de um contrato universal. Se a igualdade é um dos elementos possibilitadores do contrato, a autonomia da vontade, esta faceta moderna da liberdade, é o que liga todos os indivíduos via contrato. O cálculo de necessidade deste enlace é um cálculo racional, a ponderação da necessidade de superar as condições negativas da vida em estado de natureza. Assim, o contato não somente retira as atribuições que caracterizam os indivíduos como atribuições constituídas pela vida política e social, como inclusive as remetem como condições para a própria construção da vida política. A ruptura com os traços clássicos da política aqui se completam: o edifício político não é uma parcela de um todo transcendental, é constructo humano e racional.

Resulta do contrato a ordem política, na figura do estado-leviatã, estado que representa todos os indivíduos do contrato. A representação como instrumento político ocupa um espaço significativo na obra de Hobbes, uma vez que os indivíduos em estado de natureza não se configuram como povo organizado, é apenas via representação que se organizam coletivamente e tornam-se cidadãos.

O homem vive politicamente e é cidadão apenas num momento posterior ao contrato e atrelado à presença do Estado que os representa. O contrato que é cessão de direitos e poderes (aqueles direitos poderes pertencentes ao homem no estado de natureza) repassa ao soberano a condição da política, de tal modo que o homem formaliza a si mesmo, dentro de sua criação política, como governado (representado).⁵ O mecanismo da representação implica na unificação da vontade e da decisão, como diz Hobbes:

Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa a sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. Isto é mais que consentimento ou con-

⁵ Neste aspecto estamos diante de uma vivência política radicalmente diversa daquela delineada por Aristóteles, na qual o cidadão não pode ser representado e abrir mão de seus atributos políticos, sob pena de abrir mão da sua condição de cidadão e de animal político.

córdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa. (HOBBS, 2003).

O indivíduo que governa a si mesmo no estado de natureza é o cidadão governado no estado de sociedade. Neste ponto vamos retroceder a um dos motivos que permitem o pior dos males: a guerra. Já vimos que um deles é a ausência de um estado forte com poder unificado. O outro, apenas mencionado anteriormente, deve ser explorado: trata-se da natureza humana, ou seja, o homem como concebido por Hobbes.

Que o estado de natureza deste autor seja negativo é de conhecimento geral. O império do medo (emoção das mais significativas para Hobbes), da insegurança do combate de todos contra todos, se desenrola neste estado como sintoma de um homem que, na ausência de laços e limites, estabelece a sua própria existência de maneira miserável. Na esteira da ruptura já operada por Maquiavel⁶, o homem não tende ao amor para com o próximo, ele é movido por interesse e age unicamente em benefício próprio.

Os argumentos que abrem a primeira parte “Do Cidadão” se concentram na rejeição de uma leitura “que o homem é uma criatura que nasce apta para a sociedade” (HOBBS, 1998, p. 26). O que porta à conclusão que toda a organização política pensada a partir deste pressuposto é falsa. Na sequência, uma nova consideração de homem, que contraria ao amor natural ou à sociabilidade natural é exposta:

Pois aqueles que perscrutarem com maior precisão as causas pelas quais os homens se reúnem, e se deleitam uns na companhia dos outros, facilmente hão de notar que isso não acontece porque naturalmente não poderia suceder de outro modo, mas por acidente. Isso porque, se um homem devesse amar outro por natureza – isto é, enquanto homem -, não poderíamos encontrar razão para que todo homem não ame igualmente todo homem, por ser tão homem quanto qualquer outro, ou para que freqüente mais aqueles cuja companhia lhe confere honra ou proveito. Portanto, não procuramos companhia naturalmente e só por si mesma, mas para dela recebermos alguma honra ou proveito; este nós desejamos primariamente, aquele só secundariamente. (HOBBS, 1998, p. 26).

A primeira constatação é de que os homens, portanto, não se reúnem por inclinações de amor ou fraternidade natural, mas para proveito próprio e por amor próprio. Outra colocação acerca da natureza humana, esta mais célebre, também será objeto de Hobbes: seu agir por paixões no estado de natureza, também revela a vontade dos homens de se ferirem. O desacordo de vontades e o ditame da razão de proteger a vida permitem a condição de

⁶ Que contrariamente a uma forte tradição que vê no homem um ser naturalmente social, aponta o egoísmo e o agir apenas para a satisfação pessoal do homem.

extrema insegurança e medo. Nestas passagens revelam-se duas constatações curiosas que invertem o pensamento aristotélico: Primeiro do ponto de vista do desacordo de vontades. Este pode ser constatado por que o homem ao usar a linguagem explicita suas diferentes vontades e desejos. A linguagem exerce uma função bastante diversa daquela defendida por Aristóteles, ela afasta os homens e gera conflito – no lugar de tornar a vida dos homens qualitativamente superior. No que se refere a razão, Hobbes admite que a reta razão permite o uso de todo os esforços e meios para a defesa da própria vida, ela não é interpretada como o que acomuna os homens e os torna diferentes de todos os demais animais num sentido positivo.

Este homem voltado apenas para si e em constante conflito com os demais, faz emergir a necessidade de uma organização política e jurídica que imponha regras e estabeleça a paz. Ele impõe a urgência do Estado-leviatã. Um Estado que, curiosamente, criado ocupa o papel de pessoa civil e representa os indivíduos. A imagem de homem de Hobbes, que em primeiro plano decorre do esforço de concebê-lo em sua essência independente das tintas da vida politicamente estabelecida, remete para a ausência de unidade pré-contrato. Os homens que são iguais e livres não constituem um corpo político, não constituem uma unidade: são um aglomerado de indivíduos. A possibilidade de um corpo político depende da criação da pessoa civil (do Estado soberano). A ordem política instituída, somente garante a unidade (antes inexistente) quando os homens individuais são transformados em homens representados (em seus direitos e poderes) pelo soberano. Liberdade e igualdade neste contexto não são instrumentos usados e adquiridos na vida política (como no registro aristotélico). São instrumentos que erigem a ordem política e uma vez montada, esta exige que o homem coloque sob a sombra suas potencias individuais, sua atuação direta na vida política como indivíduo. A vida política é a vida do homem civil que só existe enquanto tal quando abre mão de atuar por si. Estratagema radicalmente diverso do mundo antigo.

4. BIOPOLÍTICA E A CRISE DO SUJEITO

O tema da biopolítica é bastante conhecido desde sua proposição na década de 70 por Michel Foucault⁷, e que desde este autor já ganhou vários desdobramentos, sobretudo pela escola italiana, com nomes como Antonio Negri, Giorgio Agamben e Roberto Esposito. As menções iniciais de um poder que começa a investir em um registro até então inexplorado, é tratado como um tipo de poder que, embora sirva ao Estado, não se comporta ao modo do poder soberano tradicional. O exercício do poder biopolítico ocorre

⁷ Como este mesmo autor expõe na sua aula de 17 de março de 1976, reunida no livro “Em defesa da Sociedade”, trata-se de “uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar estatização do biológico” (pg. 286).

a partir de uma exploração de um ambiente incomum ao poder soberano, ocorre uma modificação do regime de poder. Enquanto para o poder soberano a vida é periférica⁸, ela surge para a biopolítica como centro do cenário. Na biopolítica a vida é posta como o próprio objeto do poder, tomá-la em seu acontecimento, como nascimento e morte, dominar estes vértices, atuar sobre suas ocorrências ampliando sua duração e controlando seu fenômeno é o plano deste poder. Daí as investidas do saber para captar os processos da vida, “surtem os problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação, imigração” (PELBART, 2003, p. 57). Torna-se um terreno amplo e fecundo para o poder o espaço da vida, não do homem individual, mas do homem-espécie, incidindo sobre os processos que “fazem viver e deixam morrer” (FOUCAULT, 1999, p.287). Como diz Roberto Esposito: “no regime soberano a vida não é senão o resíduo, o resto, deixado ser, poupado do direito de dar a morte, naquele biopolítico é a vida a acampar-se no centro de um cenário em cuja a morte constitui apenas o limite externo ou o contorno necessário” (2004, p. 28).

A exposição da vida, a sua investigação para nela intervir de modo direto afasta a noção de um saber que se dirige a sujeitos de direito. Abre-se a leitura de um poder e de um saber voltados para a espécie, como forma de moldar e submeter a vida. Vida que “começou a ser objeto de saber, e a espécie vivente, tomada como uma força que se pode modificar e repartir de maneira ótima, tornou-se objeto de intervenção” (PELBART, 2003, p. 58).

Trata-se, assim, de um poder que insere em seus cálculos o evento vida e vê o homem não como indivíduo ou sujeito de direito, mas, como homem-espécie. A existência biológica ganha relevo e ela passa a ser considerada, para fins de controles populacionais.

Somente com esta mínima menção ao ambiente de atuação da biopolítica, como forma de biopoder, ou seja, de um poder que se direciona à vida, percebe-se a força de seu impacto sobre os modelos de poder e as concepções de homens a que estes modelos se referiam.

Em primeiro lugar, pensar a biopolítica nos coloca diante de uma antiga equação que pelo menos desde Aristóteles caracteriza o homem por sua natural condição política. Como Agamben já assinalou (AGAMBEN, 2002, p. 11) de acordo com a menção de Foucault na História da Sexualidade: vontade de saber (FOUCAULT, 1988)⁹, na antiguidade existem duas palavras, se-

⁸ É o espaço deixado ser nos intervalos e para além do poder que incide sobre o homem.

⁹ “O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política sua vida de ser vivo está em questão” e ainda; “O ‘direito’ à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’, acima de todas as opressões ou ‘alienações’, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser, esse ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos esses novos procedimentos de poder que, por sua

manticamente diversas, para exprimir vida: *bios* e *zoé*. *Bios* é a vida qualificada e *zoé* o mero fato da vida, a mera existência compartilhada por todo e qualquer ser vivo (enquanto *bios* é apenas possível ao homem que estabelece os critérios de sua existência: critérios políticos). Esta distinção reporta ao registro da atuação política e àquela “parte” do homem que atende aos requisitos da vida política. A política se desenrola a partir da formulação de modos de vida racionalmente planejados e se endereça ao aspecto humano capaz de produzir e participar destes “modos qualificados” de vida. A simples existência, a parcela biológica do homem, sempre constituiu elemento estranho e prescindível ao debate e à prática política. Neste sentido, a reflexão biopolítica e a análise de suas incidências¹⁰, aponta para fora do conhecido esquema de atuação de poder na exata medida em que diagnostica a *zoé* como objeto da política.¹¹

Em segundo lugar, se a biopolítica dialoga, num primeiro momento, com o modelo antigo (mais precisamente aquele aristotélico), por conta da percepção do ingresso da mera existência no registro político, é sobre a política em seus moldes modernos que seu impacto é decisivo.

Em rápidas linhas, o desenvolvimento teórico da política moderna repousa num fundamento jusnaturalista, que parte da pressuposição de que existe no homem características tipicamente humanas (a humanidade do homem), tais como racionalidade e autonomia da vontade, suficientes para denotar seus direitos naturais como igualdade e liberdade (ao menos). O homem da política, neste desenho, é o homem racional responsável por erigir, via razão, sua ordem política e jurídica. Em cena é posto um homem visível apenas por estas condições abstratas, que se sobrepõe por completo ao homem-corpo, ao homem como mero ser vivo.

Dissemos antes o desenvolvimento teórico da política, pois sabemos que a ciência política contemporânea em muito questiona os mitos contratualistas e rejeitam as abstrações das formulações clássicas. Mas, em grande medida, boa parte da análise política contemporânea permanece no terreno da

vez, também não fazem parte do direito tradicional da soberania” (FOUCAULT, 1988, p. 134 e 136)

¹⁰ Aqui podemos lembrar, para demonstrar as incidências concretas da biopolítica, dos exemplos tratados por Espósito na introdução de “Immunitas”. Nestes exemplos o autor pergunta sobre a relação possível entre acontecimentos tão diversos (relação esta biopolítica) como: a luta contra uma nova epidemia, o reforço de barreiras contra a imigração clandestina, a negação ao pedido de extradição de um chefe de estado estrangeiro acusado de violação de direitos humanos e estratégias para neutralizar o último vírus do computador. Tais exemplos, possuem, aos olhos do autor um fio comum quando são retirados de seus respectivos campos (medicina, direito, política social e informática) para perceber que entre eles opera uma mesma categoria interpretativa: a imunização. Tratar de imunização é tratar do relevo próprio do campo biopolítico (tema este que será abordado adiante).

¹¹ Este tema que aqui é apenas mencionado, encontra em Agamben uma investigação minuciosa no livro, *Homo sacer: O Poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

investigação da racionalidade do indivíduo (sempre o homem qualificado, que ultrapassa sua existência biológica), as condições de sua igualdade e as formas de democracia que são possíveis e sobre quais critérios precisos. Não se quer, naturalmente, invalidar tais abordagens. Apenas se pretende chamar a atenção que se desenvolvem sobre as categorias clássicas do homem como indivíduo e sujeito. Nestas leituras não se entevê o homem em sua condição de não sujeito ou de não indivíduo. O horizonte da biopolítica opera numa leitura desviante, como diz Peter Pal Pelbart:

Para resumi-lo numa frase simples: o poder já não se exerce desde fora, desde cima, mas sim como que por dentro, ele pilota nossa vitalidade social de cabo a rabo. Já não estamos às voltas com um poder transcendente, ou mesmo com um poder apenas repressivo, trata-se de um poder imanente, trata-se de um poder produtivo. Este poder sobre a vida, vamos chamar assim, biopoder, não visa mais, como era o caso das modalidades anteriores de poder, barrar a vida, mas visa encarregar-se da vida, visa mesmo intensificar a vida, otimizá-la. Daí também nossa extrema dificuldade em resistir. Já mal sabemos onde está o poder e onde estamos nós. O que ele nos dita e o que nos dele queremos. Nós próprios nos encarregamos de administrar nosso controle, e o próprio desejo já se vê inteiramente capturado. Nunca o poder chegou tão longe e tão fundo no cerne da subjetividade e da própria vida, como nessa modalidade contemporânea do biopoder (PELBART, 2012, p. 58)

Assim no interior das avaliações biopolíticas, integra uma consideração sobre o humano. O homem, visto em sua face de corpo-espécie, pertencendo a cálculos de massa, ocupa o lugar de um problema. É no horizonte de uma reproposição do humano que se move, ou no extravio de suas fórmulas originais? Embora este seja um problema central ao enforque da biopolítica, é em sua importância como forma de pensar contemporânea e em sua rejeição do modelo clássico de pensar a política e o “tipo homem” a ela inerente que nos moveremos.

Como aponta Timothy Campbell, sobre a centralidade do pensamento biopolítico, na introdução do livro “Termini della Política: Comunitá, Immunitá, Biopolitica” de Roberto Esposito:

Nenhum conceito capturou o interesse da filosofia política no último decênio como aquele da biopolítica. Filósofos provenientes de tradições diversas como o marxismo, o pós-estruturalismo e a psicanálise o tem utilizado para descrever o que tem surgido como radicais mutações na semântica da vida. Esta renovada atenção à biopolítica ocorrida desde quando parece que tal conceito pudesse colher, na fusão entre biologia e política, uma transformação do modo em que a própria política é compreendida e teorizada. (CAMPBELL, 2008, p.9)

5. NIETZSCHE E ESPOSITO: A FICÇÃO DO CONTRATO E O PARADIGMA IMUNITÁRIO

No capítulo II de “Bios: biopolítica e filosofia”, Esposito anota de partida que entende ter preenchido o vazio deixado por Foucault no que se refere à passagem de um poder soberano para um biopoder: a leitura proposta pelo autor, para compreender como a política moderna se constitui como biopolítica, estaria assentada na noção de *Immunitas*. O paradigma imunitário, como o próprio Esposito nomeia, seria a “chave interpretativa que escapou a Foucault” (ESPOSITO, 2004, p. 41).

Assim como Foucault, o autor de “Bios” busca marcar a transposição de técnicas médicas e de saúde para o campo da política, o que demarcaria um desvio com relação às tradicionais práticas e enfoque políticos, mas, é especificamente a partir do que entende por *Immunitas* que a análise da biopolítica seria captável de modo mais claro. No campo médico a imunidade faz referência a uma proteção do organismo vivo, a um impedimento em face de uma doença. Já no campo político-jurídico trata de uma isenção em face a obrigações ou responsabilidades.

Imunidade, assim, começa a ser lida como uma categoria, cuja própria definição implica o encontro da esfera da vida com aquela do direito. Se vários termos políticos remetem a outros biológicos como corpo, constituição, etc. (ESPOSITO, 2004, p. 41), o que sugere desdobramentos, extensões ou apropriações de uma área para a outra, a noção de imunidade teria um maior alcance. Isto porque a noção de *immunitas*, para além de sua referência de proteção à própria vida (como refração de um ataque ao corpo), também refere sua particular relação com a noção de comunidade. No centro de cada um destes conceitos está presente o termo latino *munus*, que pode ser traduzido por “cargo”, “ofício”, “dever”, “graça” ou “dádiva”. Com isso, analisar a categoria *immunitas* “trata do caráter intrínseco que liga os dois elementos a partir dos quais esta última é composta. Em vez de sobrepostos - ou justapostos - de uma forma externa que submete um ao domínio do outro, no paradigma imunitário, *bios* e *nomos*, vida e política resultam como os dois constituintes de um único, incidível, mesmo que assume sentido somente a partir de sua relação” (ESPOSITO, 2004, p. 41).

Uma vez que *munus* é o termo comum que constitui tanto a noção de comunidade quanto a de imunidade, neste cenário estaria presente, por um lado, o aspecto conhecido das formulações teóricas da política moderna (a partir do resgate das características inerentes à vida social) e, por outro lado, implicações referentes às técnicas de imunização, como “proteções negativas da vida”, que não apenas problematizam com o ideal comunitário da política moderna, mas, sobretudo, envia a política moderna para o campo da biopolítica.

Para que estas passagens possam ser esclarecidas, é preciso primeiro compreender que o modelo teórico da política moderna¹² se desenvolveu em torno da compreensão que a vida coletiva (a vida em comunidade) se estabelece pela partilha de deveres comuns de uns para com os outros. Espósito refere a comunidade como o mutuo pertencimento ocorrido pelo partilhamento de uma dádiva (proteção) e divisão de deveres. No que se refere a *immunitas*, esta é negação do múnus e surge como obstáculo do “comum” da *communitas*.

Neste aspecto Espósito assinala que o movimento da política moderna somente pode ser efetivamente alcançado por via desta análise. Se a *communitas* envolve os termos de um acordo comum e a divisão de “graça” e deveres, elementos estes que compõe muito mais o modo de narrar a política moderna, sua própria face somente seria revelada diante das operações de privação dos elementos que constituem a *communitas*. Em outros termos, a política moderna não se revela como associação comunitária, na qual os homens dividem, gratuitamente, uma dádiva. Não há gratuidade nas relações sociais: cada homem aceita privar suas liberdades individuais em nome da segurança. Ou seja, para ser imunizado (sua pessoa e sua propriedade).

Neste sentido, o paradigma imunitário aborda uma contradição que é imanente a própria proposta da *communitas*: aquilo que a integra é a divisão e o copertencimento, que valem enquanto uma vantagem em face ao não estar associado. Mas, exatamente a imunização propiciada pela vida comum é exatamente aquilo que tem o caráter de rejeitar a vida comum.

Deste ponto de vista é possível dizer que a imunização seja uma proteção negativa da vida. Essa salva, assegura, conserva o organismo, individual ou coletivo, do qual é inerente – mas não de maneira direta, imediata, frontal; sujeitando-o, ao contrário, a uma condição que, ao mesmo tempo, o nega, o reduz em sua força expansiva. Como a prática medica da vacinação no que diz respeito ao corpo individual, também a imunização do corpo político funciona introduzindo no seu interior um fragmento da mesma substância patogênica em face da qual quer protegê-lo. (ESPOSITO, 2004, p. 42).

O paradigma da imunização trata de observar o desenvolvimento da política moderna exatamente em sua conotação de conservação da vida. Trata-se de perceber a manifestação da política moderna em sua contradição interna, que por um lado está fundamentada nos laços comunitários e, por outro lado, se sustenta exatamente nos espaços de fuga, de imunização (de proteção individual, de manutenção da vida) a que obriga o comunitário. A

¹² E neste aspecto é de se notar o exame que o autor faz de Hobbes, como teórico comprometido pelo contrato, com a visão de que o viver coletivamente decorre de uma divisão voluntária de deveres comuns.

immunitas é categoria biopolítica na medida em que desloca o alvo das práticas de poder para a proteção da vida, da existência individual.

Buscar no paradigma imunitário uma categoria interpretativa para compreender as alterações de um poder soberano para o biopoder, leva Esposito a um diálogo com o pensamento de Nietzsche. Para o italiano Nietzsche teria sido o autor que analisou mais a fundo a imunização e sua instalação numa modernidade que troca continuamente de lugar ‘causas’ e ‘efeitos’. Para Esposito Nietzsche “é o autor que mais que qualquer outro registra o esgotamento das categorias políticas modernas e a conseqüente abertura de um novo horizonte de sentido. [...] Nietzsche não é apenas aquele que leva o léxico imunitário a sua plena maturidade, mas também o primeiro a evidenciar o poder negativo, a vertente nihilista que o empurra numa direção auto-destrutiva” (ESPOSITO, 2004, p. 79).

A leitura que Esposito faz de Nietzsche em “Bios: biopolítica e filosofia” é bastante significativa porque aponta a vertente biopolítica presente no pensamento político de Nietzsche e também indica seu caráter crítico em face da própria biopolítica. Na medida em que, como já vimos, Esposito se move em torno do “paradigma imunitário”, o tema da *immunitas* teria sido trazido a luz e analisado com maior alcance por Nietzsche. A preocupação nietzscheana em amarrar as relações entre vida e política, sobretudo no desenvolvimento de sua doutrina da vontade de poder, expondo que a vida é vontade de poder, é considerada por Esposito importante reflexão que delinea os primeiros passos da biopolítica. Antes de Foucault (que seria o primeiro a criar o termo biopolítica) e além de Foucault, que manteve sua análise do modo negativo da biopolítica, o pensamento de Nietzsche teria esquadriñado também suas formas positivas.

Trata-se de repor a crítica nietzscheana da política moderna como forma de segurança e proteção da vida, bem como sua recusa em face das categorias jurídicas (iluministas) como igualdade, liberdade e direitos individuais, configurando juntos (política e direito) o meio de estabelecer a vida em sociedade. Para Nietzsche a política não é um instrumento de defesa da vida, tomando a vida como objeto que, uma vez qualificado, pode ser resguardado nos contornos definidos. A vida é desde sempre já política, na exata medida em que é vontade de poder. É sempre esta vontade de se expandir, de se efetuar e de dominar. Vida e política não são vistos por Nietzsche como um encontro fortuito. Ambos representam a impossibilidade de uma fundamentação ou de uma categorização que não seja dada “a posteriori” e com finalidade de pacificar seus movimentos não racionais, mensuráveis ou pacíficos.

Em torno a politização da vida operada na leitura da vontade de poder, que bem poderia ser compreendida com sua biologização da política, e no devolver seu aspecto de forças que embatem para a dominação, é desdo-

brado um ataque contínuo às ilusões geradas para encobrir este aspecto da vida como política por tratar de forças em contínuo embate querendo se sobreporem umas sobre as outras. Em outros termos, Nietzsche reclama que a história política “oficial” moderna, apoiada em noções como vontade geral (uma unidade da vontade e não vontades de poder em confronto), soberania e contrato, constituem uma fábula que tem como função apagar os vestígios violentos e não racionais integrantes desta história.

Toda a segunda dissertação da *Genealogia da Moral* de Nietzsche consiste numa laboriosa tentativa de evidenciar como colocamos como causa o que é efeito. Neste aspecto podemos tomar como exemplo o modo como é trabalhada a noção de castigo. Isto que se afigura como a justa e devida punição sobre alguém que ‘poderia ter agido de outro modo’, recebe este caráter legítimo e justificado racionalmente num momento tardio a longos processos nos quais o ofendido (que não quer ensinar o infrator) se vinga: quando uma força mais potente subjuga uma menos potente.¹³

A complexidade da análise nietzscheana presente na segunda dissertação da *Genealogia da moral* certamente não pode ser refeita nestas curtas passagens, mas ali está presente o questionamento de uma origem racional e universal do Estado e da vida político-jurídica. Nietzsche coloca no cenário justamente os pontos de partida menos dignos (que a história posterior apaga e recobre com a versão racional e de uma vontade geral capaz de ser conduzida à unidade), aquelas práticas de sujeição e de domínio de uns sobre os outros. Para dizer de outro modo, Nietzsche quer reclamar os fundamentos violentos do Estado e dos critérios da vida coletiva. Seu tom de fundo vai evidenciar a tendência da modernidade (e não apenas dela) em separar o racional do animal. Todas as práticas de resposta imediata de uma força sobre a outra (de uma perspectiva do animal homem e embate com outro ani-

¹³ Na *Genealogia da Moral* Nietzsche aborda exatamente essa operação (típica da modernidade e da política moderna) de colocar no início aquilo que vem no fim (GM, II, 4, p. 52/53): “Esses genealogistas da moral teriam sequer sonhado, por exemplo, que o grande conceito moral de ‘culpa’ teve origem no conceito muito material de ‘dívida’? Ou que o castigo, sendo reparação, desenvolveu-se completamente à margem de qualquer suposição acerca da liberdade ou não-liberdade da vontade? – e isto ao ponto de se requerer primeiramente um alto grau de humanização, para que o animal ‘homem’ comece a fazer aquelas distinções bem mais elementares, como ‘intencional’, ‘negligente’, ‘casual’, responsável’ e seus opostos, e a levá-las em conta na atribuição do castigo. O pensamento agora tão óbvio, aparentemente tão natural e inevitável, que teve de servir de explicação para como surgiu na terra o sentimento de justiça, segundo o qual ‘o criminoso merece castigo porque podia ter agido de outro modo’, é na verdade uma forma bastante tardia e mesmo refinada do julgamento e do raciocínio humanos; quem a desloca para o início, engana-se grosseiramente quanto à psicologia da humanidade antiga. Durante o mais longo Período da história humana, não se castigou porque se responsabilizava o delinquentes por seu ato, ou seja, não pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado – e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em que o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela idéia de que qualquer dano encontra seu equivalente e pode ser realmente recompensado...”.

mal homem), ganham posteriormente um enredo retocado e justificado por motivos racionais: que geralmente apagam todos os traços de animalidade.

Nietzsche quer questionar esta história política de sujeitos racionais, de indivíduos de direitos. Na análise de Espósito Nietzsche teria a partir destas colocações, que desviam do puramente racional e calculado, para o campo de luta de forças aberto o horizonte da imunidade. A imunização tratada por Nietzsche trata da proteção da vida que é redesenhada uma vez que se fixa o homem como sujeito racional. Quando se afasta do homem sua condição animal inferior. Segundo Espósito: “quando ele transfere o foco da análise da alma para o corpo – ou melhor assume a alma como forma imunitária que ao mesmo tempo protege e aprisiona o corpo, o paradigma em questão adquire a sua riqueza específica”. (ESPOSITO, 2004, p. 43).

É neste aspecto, ou seja, na constante negação do modelo de homem e da vida e história política que a ele se agregou que o pensamento de Nietzsche é bastante válido. Se não se pode falar de um sujeito individual sem agregar aí uma formulação (uma criação), se o direito e o exercício da política representam retoricamente as relações de força tornando-as sutis e racionalmente justificáveis, Nietzsche teria denunciado, segundo Espósito, a ineficácia e a falsidade do pensamento moderno. Falsidade que se deve ao encobrimento das dinâmicas de forças efetivas que embatem e ineficácia na medida em que tais discursos não sustentam suas contradições.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O Poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores, vol. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **A política**. São Paulo: Ícone, 2007

BARRERA, Jorge Martínez. **A política em Aristóteles e Santo Tomás**. Rio de Janeiro: Sétimo Selo, 2007.

CAMPBELL, Timothy. Política, Imunità, Vita: Il pensiero di Roberto Espósito nel dibattito filosofico contemporâneo. In: ESPOSITO, Roberto. **Termini della Política: Comunità, Immunità, Biopolitica**. Milano: Mimesis Edizioni, 2008.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

- _____. Diritti. In: FIORAVANTI, Maurizio (org). **Lo stato moderno in Europa**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004.
- ESPOSITO, Roberto. **Communitas**: origine e destino della comunità, Torino: Einaudi, 1998.
- _____. **Bios**: biopolítica e filosofia. Torino: Einaudi, 2004.
- _____. **Termini della Política**: Comunità, Immunità, Biopolítica. Milano: Mimesis Edizioni, 2008.
- FIGUEIREDO, Vinícius (org). **Filósofos na sala de aula**. Vol 2. São Paulo: Berlendis & Vertecchia Editores, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio (org). **Lo stato moderno in Europa**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graas, 1988.
- _____. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HOBBES, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JAEGER, Werner. **Aristóteles**. México D.F.: Fondo de Cultura Econômica, 2002.
- MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo**: de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- PACCHI, Arrigo. **Introduzione a Hobbes**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2009.
- PELBART, Peter Pal. **Vida Capital**: Ensaio de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2003.
- REALE, Giovanni. **Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- SKINNER, Quentin. **Hobbes e a liberdade republicana**. São Paulo: UNESP, 2010.
- WOLFF, Francis. A invenção da política. In: **A crise do Estado-Nação** (org. Adauto Novaes), Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. As quatro concepções do homem. In: NOVAES, Adauto (org.). **A Condição Humana**: as aventuras do homem em tempos de mutações. Rio de Janeiro Agir; São Paulo: Edições SESC SP, 2009.



MEIO AMBIENTE, SOLIDARIEDADE E FUTURAS GERAÇÕES

Clarissa Marques *

Resumo

O presente artigo apresentará o problema da solidariedade como instrumento limitador das gerações em nome da sustentabilidade necessária à efetivação do direito humano ao meio ambiente, tendo em vista a exigência de precaução de danos ambientais. Nesse sentido, visa apresentar a hipótese da solidariedade ser, na qualidade de fundamento do direito humano ao meio ambiente, um instrumento eficaz para justificar, em nome de sujeitos ainda não existentes, os limites impostos às condutas potencialmente degradadoras praticadas por sujeitos existentes à luz da precaução como regra instituída internacionalmente. Apresentará, ainda, a necessidade de uma abertura conceitual no que se refere à ideia de solidariedade, capaz de ultrapassar o modelo pautado na reciprocidade e instituir uma nova postura ética, uma ética *pro futuro*.

Palavras-chave

Meio ambiente. Futuras gerações. Precaução. Sujeito. Solidariedade.

Abstract

This article will present the issue of solidarity as a limiting instrument of generations, in the name of the necessary sustainability to render the human right to the environment effective, from the demand of environmental damage precaution. Thus, it aims at presenting the hypothesis of solidarity, as a fundament of the human right to the environment, being an effective tool to justify, in the name of yet non-existing subjects, limits imposed upon potentially degrading conducts carried out by existing subjects in light of precaution as an internationally instituted rule. It will also present the need of a conceptual opening in what refers to the idea of solidarity, capable of surpassing the model based on reciprocity and instituting a new ethical position, an ethics for the future.

Keywords

Environment. Future generations. Precaution. Subject. Solidarity.

1. INTRODUÇÃO

Não há como negar que a humanidade possui limites para a expansão de suas atividades: os limites do próprio planeta e a natureza permanece a ser interpretada como recurso e o homem como sujeito – do mundo social – diante do objeto a ser explorado, a natureza, integrante do mundo natural.

* Doutora em Teoria Dogmática do Direito pela UFPE, Professora da ASCES e da Faculdade Damas, Advogada.

Não há como negar também que a sucessiva ocorrência de impactos ambientais decorrentes da ação humana frequentemente provoca a irreversibilidade de certas situações de degradação e a manifestação de seus efeitos em longo prazo. Isto posto, a qualidade de vida das gerações que ainda estão por vir termina por ser afetada, despertando temor e inquietação social, incorrendo na exigência de mecanismos de efetivação do direito ao meio ambiente a partir da presença do Estado. Em contrapartida, a dogmática ainda encontra dificuldades em operar com direitos que possuem como titular o gênero humano, utilizando, em certa medida, a solidariedade como um princípio legitimador de restrições impostas.

Nesse sentido, questiona-se: a solidariedade, como fundamento da preservação ambiental, justifica a imposição de limites aos sujeitos existentes frente aos sujeitos não-nascidos, por meio da exigência de uma postura de prevenção, em nome da promoção do direito ao meio ambiente?

Diante de tal questionamento, apresenta-se como uma das hipóteses, a solidariedade na qualidade de vínculo limitador entre gerações. Trata-se de uma problemática específica do direito ao meio ambiente em razão da necessidade deste, quando promovido, exercer um controle social diante de atos praticados por sujeitos já existentes, mas em nome de sujeitos ainda não existentes. Para tanto, a justificativa seria a precaução de danos ambientais e o direito que possuem as futuras gerações de desfrutarem de um meio ambiente equilibrado e sadio.

Entretanto, a presente problematização opera por meio de algumas variáveis: o projeto de libertação, lançado na modernidade, teria provocado a construção de paradigmas que não comportam a promoção do direito ao meio ambiente pautado no ideal da solidariedade. Por outro lado, a elaboração da precaução como regra ambiental internacionalmente reconhecida, indica a tendência a instituir a solidariedade como um fundamento para a imposição de limites aos atos humanos potencialmente degradadores.

Todavia, a eficácia da solidariedade como fundamento, passa a ser questionável a partir do momento em que os sujeitos sofrerão limites hoje em nome de sujeitos que ainda não existem. Portanto, diante da incapacidade de representação, as futuras gerações dependem da postura solidária da geração presente. Ou seja, os sujeitos de hoje precisariam *reconhecer* a solidariedade como um vínculo limitador, o que encontra restrições nos paradigmas dominantes no direito.

2. MEIO AMBIENTE: SOLIDARIEDADE, SUSTENTABILIDADE E PRECAUÇÃO

Quando os problemas ambientais passam a ser vistos não apenas na qualidade de resultado inevitável do crescimento técnico e científico e a na-

tureza tem a sua condição de fragilidade reconhecida, a proposta de uma política de proteção ambiental ganha espaço.

Mais que um estudo científico da situação, a referida política precisaria apelar para ética e para o Direito, ou seja, para uma teoria geral de normas morais e jurídicas capaz de conduzir nossas ações¹ por meio de um modelo reflexivo que reconheça os vínculos entre o risco e o futuro. Uma proposta diacrônica.

O referido reconhecimento dos efeitos futuros do risco parte da aceitação de que a representação do futuro até então adotada, cujo controle se dava por meio de condições razoáveis de previsibilidade, mostra-se insuficiente para o estado atual. “Nas sociedades contemporâneas, não há mais condições de representá-lo – o futuro - com certeza e segurança. Qualquer esforço nesse sentido seria dedutível em termos de uma descrição apenas simplificada de uma provável ou possível sociedade”².

Além de uma gestão racional dos recursos naturais, a noção de sustentabilidade impõe refletir sobre o legado a ser transmitido às gerações futuras. Este não se limitaria a um patrimônio natural de qualidade, mas, principalmente, permitir a possibilidade de escolha das gerações futuras, ou seja, a não criação de situações irreversíveis³.

Além da preocupação em garantir as escolhas futuras, parece necessário superar o paradigma moderno sujeito-objeto, introduzindo uma concepção dialética homem-natureza⁴ de modo que o domínio e a exploração de um sobre o outro seja substituído por uma lógica sustentável e, assim, o acesso equitativo aos recursos seja garantido para o futuro.

A doutrina nacional menciona o *princípio da equidade intergeracional*, cujo conteúdo prevê que o homem teria o dever e a responsabilidade para com o futuro, ressaltando sua vinculação com o princípio da precaução, tendo em vista que este último seria um instrumento de projeção temporal no que concerne às variáveis envolvidas nas atividades potencialmente degradadoras⁵.

¹ LARRÈRE, Catherine, LARRÈRE, Raphael. **Du bon usage de la nature**. Pour une philosophie de l'environnement. Paris: Flammarion, 2009, p. 236.

² LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 14.

³ SMOUTS, Marie-Claude. Le développement durable: valeurs et pratiques. In: SMOUTS, Marie-Claude. **Le développement durable**. Lês termes du débat. Paris: Armand Colin, 2008, p. 16.

⁴ OST, François. **A natureza à margem da lei**. A ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 351.

⁵ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pp. 94-96.

A proposta de equidade reforçaria, assim, a promoção de uma ética da alteridade intergeracional, revelando a impossibilidade jurídica de avaliar a transcendência das dimensões não apenas do espaço, mas também do tempo – no que diz respeito ao sujeito transgeracional ao meio ambiente – a partir de critérios exclusivamente normativos⁶.

Destaca-se, ainda, que a referida equidade intergeracional estaria fundamentada por três princípios: o princípio da *conservação de opções*, segundo o qual cada geração deve prezar pela conservação de recursos naturais e culturais, permitindo que as gerações futuras tenham condições de avaliar a solução de seus problemas e a satisfação de suas necessidades; o *princípio da conservação da qualidade* que, garantiria o direito das gerações futuras de usufruir de uma qualidade do planeta proporcional à qualidade usufruída pelas gerações anteriores e por fim o *princípio da conservação do acesso*. Neste último, cada geração teria por obrigação permitir que seus membros tenham o direito ao acesso ao legado das gerações passadas bem como a obrigação de preservar o acesso para as gerações futuras⁷.

Assim, diante de uma lógica da durabilidade e equidade, produzir uma mudança de comportamento representa uma tentativa de organizar o porvir, de encontrar elementos de controle das consequências futuras dos atos humanos presentes. Exige-se assim, o compromisso em evitar as consequências tidas como negativas, principalmente aquelas que corresponderiam aos efeitos tidos como irreversíveis⁸.

O bem-estar das gerações presentes e futuras não deve ser atingido pelas inconseqüências científicas e políticas⁹. Cria-se uma “lei-limite da natureza diante da autonomização da lei estrutural do valor”¹⁰. Defende-se uma relação indissociável entre a satisfação das necessidades econômicas e sociais e a proteção do meio ambiente¹¹.

⁶ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pp. 94.

⁷ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 98.

⁸ RUMPALA, Yannick. Le ‘développement durable’ comme systématisation d’une gestion des conséquences. Nouvelles responsabilités et traductions institutionnelles. In: EBERHARD, Christoph. **Traduire nos responsabilités planétaires**. Recomposer nos paysages juridiques. Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 178.

⁹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Le juste et l’utile en droit de l’environnement. In: **Pour un droit commun de l’environnement**. Mélanges en l’honneur de Michel Prieur. Paris: Dalloz, 2007, p. 328.

¹⁰ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental** – a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 133.

¹¹ SMOUTS, Marie-Claude. Le développement durable: valeurs et pratiques. In: SMOUTS, Marie-Claude. **Le développement durable**. Les termes du débat. Paris: Armand Colin, 2008, p. 12.

Assim, as propostas do ecodesenvolvimento surgem num momento em que havia a tendência em planificar o desenvolvimento por meio das teorias da dependência, do intercâmbio desigual e da acumulação interna de capital, fazendo com que a pretensão de flexibilizar a planificação e proporcionar uma lógica que admitisse uma dimensão ambiental, não passasse de mera pretensão.

O discurso propunha que, por meio da teoria de sistemas, fosse reintegrado ao sistema econômico tanto um conjunto de variáveis, que incluiria crescimento populacional e mudança tecnológica, como também, condições ambientais, a exemplo de processos ecológicos e degradação ambiental¹².

O ecodesenvolvimento não conseguiu construir um novo paradigma produtivo, tendo sofrido um deslocamento de propostas para o discurso do desenvolvimento sustentável. Esse adquiriu maior representação na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, celebrada em 1992 no Rio de Janeiro¹³, contribuindo também para o fortalecimento do discurso da precaução e para própria construção da precaução enquanto princípio do direito ambiental.

Convém aqui ressaltar que não se pretende realizar um estudo aprofundado acerca da teoria do desenvolvimento sustentável, nem tão pouco enfrentar o debate sobre a capacidade ou não da referida teoria de desconstruir o paradigma econômico moderno e limitar de forma eficaz os novos paradigmas econômicos assumidos pela sociedade contemporânea. Ou seja, identificar o desenvolvimento sustentável como um instrumento hábil ou não a promover o reconhecimento das ameaças e contingências da chamada segunda modernidade.

O objetivo é demonstrar como as ideais de crise ambiental, risco e sustentabilidade estão relacionadas e que terminaram por contribuir para a formação da teoria acerca da precaução. Essa, sim, será aqui considerada enquanto instrumento a serviço do Direito para a construção de uma nova dimensão de responsabilidade a partir de uma concepção de solidariedade e ética ambiental não recíproca.

O problema ora apresentado analisa o direito ao meio ambiente partindo do segundo pós-guerra como marco histórico, momento em que as discussões voltam-se para a solidariedade e fraternidade entre os povos¹⁴. Ressalta-se que, nesse momento, alguns direitos sofrem uma relevante alte-

¹² LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental** – a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 136.

¹³ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **Quel droit pour l'environnement?** Paris: Hachette, 2008, p. 76.

¹⁴ Entretanto, Boaventura ao comentar os riscos internacionais da degradação ambiental afirma que “nada parece mais difícil que a construção da solidariedade neste domínio”. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2003, p. 298.

ração estrutural: o sujeito de direito deixa de ser individual tornando-se difuso, assim, seu destinatário passa a ser o gênero humano¹⁵, motivo pelo qual sua proteção deixa de ser responsabilidade das Nações em separado e passa a exigir uma perspectiva internacional de proteção.

Essa perspectiva humanitária dos direitos fundamentados no ideal de solidariedade, propiciou a consagração internacional do direito ao meio ambiente por meio de tratados e acordos entre nações soberanas, tendo em vista que o esforço necessário para a preservação ambiental passa a ser global e não mais isolado. Deve-se levar em conta também, a impossibilidade de se tratar a natureza de forma fracionada, pois a noção integrada do meio ambiente é extremamente necessária para sua preservação¹⁶.

A exigência de cooperação internacional e de superação da tradição individual-subjetivista, por meio do reconhecimento de direitos cuja titularidade não é individual, reflete a necessidade do direito assumir uma nova postura que o permita trabalhar com direitos transindividuais¹⁷. Eis o momento em que a solidariedade assume seu papel de fundamento do direito humano ao meio ambiente, assim como sua função limitadora entre as gerações.

Destaca-se, também, diante dos atos internacionais de manifestação em nome da preservação ambiental, o princípio da precaução. Integrante do direito alemão desde os anos setenta, possui o intuito de proteger o meio ambiente do risco de perigos ambientais¹⁸, impondo o controle da previsão dos riscos¹⁹. Sendo assim, com sua consagração internacional como instrumento norteador de preservação e defesa de uma qualidade de vida global, a precaução assume um caráter geral, constituindo um princípio representante de um valor comunitário que é o meio ambiente.

A exigência de uma postura precaucional justifica-se na dificuldade em restituir ao estado anterior algumas situações decorrentes de danos ambientais. Assim, o interesse maior é a realização de todos os atos capazes de

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 523.

¹⁶ "La normativa constitucional se presenta como un intento de contemplar *globalmente* los distintos planos de incidencia de la temática ambiental, com plena consciencia de que la naturaleza representa *continuum* que no puede fraccionarse arbitrariamente". LUNO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madri: Tecnos, 1999, p. 467.

¹⁷ "O paradigma (modelo/mo do de produção do direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos". STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 15.

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 62.

evitar a ocorrência da degradação ambiental. Esta por sua vez deve ser evitada em razão do direito ao meio ambiente equilibrado, cuja titularidade é difusa, incluindo as gerações futuras.

Dessa forma, a partir do momento em que o princípio da precaução impõe que todas as medidas preventivas devem ser tomadas mesmo diante da *incerteza do dano ambiental* e que seja observada a *obrigatoriedade do controle do risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*²⁰, fica demonstrado o intuito de limitação presente no referido princípio cuja motivação seria a exigência de uma postura solidária para com as futuras gerações. Diante das limitações estabelecidas pelo princípio da precaução, passa, então, a ser necessária a análise da solidariedade enquanto fundamento das restrições impostas aos sujeitos de direitos de hoje em nome da prevenção de danos que promoverá o bem estar destes, assim como, dos sujeitos de amanhã.

3. SOLIDARIEDADE E NÃO-RECIPROCIDADE

Apesar da inquestionável necessidade de exigirem-se medidas preventivas para a promoção da proteção ambiental e, conseqüentemente, para a consagração do direito ao meio ambiente, torna-se também necessário analisar como a solidariedade vem desempenhando seu papel de fundamentar a precaução ambiental por meio de limites impostos aos atos humanos. Isso porque o direito ao meio ambiente possui como peculiaridade o fato de operar com a humanidade enquanto sujeito, entretanto, uma versão infinita de humanidade, pois se volta para gerações ainda não existentes.

Para tanto, é preciso reconhecer que as propostas de solidariedade até então apresentadas e conhecidas pelo direito, atuam numa perspectiva de *fraternidade entre sujeitos conhecidos*, ou seja, partem da ideia de reciprocidade, o que na hipótese de limitar a geração presente em nome das futuras não parece eficaz, tendo em vista que os sujeitos de hoje não gozarão dos benefícios oferecidos pela contrapartida das gerações futuras.

O ideal de solidariedade foi construído partindo do pressuposto que, vivendo em sociedade, os homens precisam ser solidários entre si, seja em razão de necessidades comuns ou pela necessidade de trocar experiências em decorrência de possuírem diferentes aptidões²¹. Posteriormente, discussões acerca do pluralismo, adotadas pelo discurso pós-moderno, no qual se confundem ideias como diversidade e fragmentação, lançam o objetivo de respeitar a heterogeneidade na medida em que assumem a *tolerância* como um

²⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 58-59.

²¹ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 23.

meio de propor uma nova textura do que se entende por coletivo, comunidade e, também, o que se pretende por solidariedade²².

Mais uma vez a proposta solidária envolve a necessidade de reconhecimento, ou seja, o homem assume ser solidário frente àqueles que, de certa forma, participam do seu grupo ou propõem a necessidade de incluir o que se costuma chamar de *outro* a partir da defesa de um contexto de tolerância e aceitação, permitindo, assim, a solidariedade entre sujeitos. Entretanto, ambas as situações envolvem sujeitos que existem e que, portanto, propõem-se a serem solidários porque dividem semelhanças ou se propõem a aceitar as dessemelhanças alheias.

Numa perspectiva mais pragmática, o dever de ser solidário para com os outros em razão de sermos humanos, reflete a tentativa de alargar o que se entende por *nós*²³. Entretanto, é provável que a humanidade ainda não tenha reconhecido/aceitado a necessidade, ou até mesmo o dever moral, de ser solidária para com aqueles que não promovem benefícios diretos, sejam eles sujeitos existentes ou ainda não existentes. Torna-se, assim, necessária uma transição paradigmática²⁴.

Ressalta-se que todo ato moral pressupõe um exercício de escolha entre vários atos possíveis. Conseqüentemente, as posturas morais assumidas decorrem de preferências que, por sua vez, ocorrem a partir da análise das possíveis conseqüências. Assim, opta-se por uma determinada conduta moral em razão de preferir suas conseqüências às das outras opções²⁵.

A análise prévia acerca dos efeitos decorrentes das escolhas morais deveria levar em consideração a observação dos valores envolvidos. Dessa forma, a opção eleita pressuporia a escolha mais valiosa ou dotada de um comportamento mais digno. Nesse sentido, ao se tratar de proteção ambiental, fazer da solidariedade um fundamento para a imposição de um vínculo limitador entre gerações, coloca como condição de possibilidade a capacidade humana de se permitir limitações em nome do bem estar alheio. Ou seja, identificar a limitação sofrida como a escolha moral mais valiosa e aceitá-la. Essa parece ser uma problemática a ser enfrentada pelo direito humano ao meio ambiente.

²² MARTÍN-BARBERO, Jesús. Projetos de modernidade na América Latina. In: DOMINGUES, João Maurício, MANEIRO, Maria (Org.). *América Latina hoje*. Conceitos e interpretações. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 44.

²³ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994, p. 243.

²⁴ Utilizando, mais uma vez, as palavras de Boaventura “o problema central é o de como imaginar uma subjectividade suficientemente apta para compreender e querer a transição paradigmática”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 346.

²⁵ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 135.

Nesse sentido, a análise aqui proposta justifica-se na medida em que a aplicação da solidariedade como um vínculo entre gerações, promotor de limites em nome da prevenção, provoca alguns questionamentos: a solidariedade justifica a limitação imposta pelo direito em defesa de interesses de sujeitos ainda não existentes, carentes, portanto, de representação? É necessário proceder a uma releitura da ética tradicional que se preocupou com as circunstâncias morais dos atos humanos e, portanto, a observância dos direitos dos sujeitos próximos e contemporâneos?²⁶ O ideal moderno de tecnologia nos fez precisar de uma ética concentrada não apenas nos sujeitos isolados, mas sim de uma projeção para o futuro, acompanhada de uma consciência prévia?

Com o reconhecimento pela Constituição brasileira de que as futuras gerações são titulares do direito ao meio ambiente, rompe-se o paradigma do sujeito determinado e constrói-se a possibilidade de um direito ter como titular um sujeito que hoje não é determinado e que também é indeterminável, na medida em que opera ao mesmo tempo com as gerações presentes e com as gerações futuras.

Destaca-se também que o pós-guerra trouxe a consagração do direito ao meio ambiente como um direito de ordem transnacional - a necessidade da cooperação internacional em nome da defesa ambiental. Provocou-se, assim, a identificação da solidariedade entre os povos como fundamento do referido direito, o que despertou a possibilidade de que a exigência de uma postura solidária decorra, também, da necessidade de preservar o meio ambiente para as futuras gerações.

Além disso, a solidariedade ambiental trouxe consigo a discussão sobre a necessidade de uma mudança de perspectiva que possa introduzir na rede de decisões uma sistemática de antecipação das consequências capaz de substituir a tendência de um comportamento de estado de urgência. Ou seja, que o comportamento tendente a cristalizar o provisório como permanente possa ser substituído por uma noção ampliada de futuro.

4. SOLIDARIEDADE COMO LIMITE INTERGERACIONAL

A degradação ambiental foi analisada por Boaventura de Sousa Santos como um dos problemas fundamentais que envolve diferentes espaços-tempo. Na ocasião, o autor indicou que a agressão ao meio ambiente talvez represente o mais intrinsecamente transnacional dos problemas mundiais e que, a depender de como for tratado, poderá provocar tanto um conflito

²⁶ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 22.

global, como poderá também, ser a base para a promoção da solidariedade em nível transnacional e intergeracional²⁷.

Tais considerações apresentam bem a problemática a ser enfrentada pela hipótese aqui proposta. Isso porque, com a consagração do direito ao meio ambiente como um direito de ordem transnacional e intergeracional, conforme acima ressaltado, surge a necessidade da cooperação internacional em nome da defesa ambiental, provocando a identificação da solidariedade entre os povos. Além disso, a exigência de uma postura solidária decorre, também, da necessidade de preservar o meio ambiente para as futuras gerações. Afirma ainda o autor que, o mundo tem se deparado com problemas globais, ou seja, problemas que exigem soluções globais, marcadas pela solidariedade entre as gerações²⁸.

Nesse contexto de integração, a precaução foi erigida à categoria de princípio-regra internacional em defesa do meio ambiente, passando a exigir o cumprimento de todas as medidas possíveis para a prevenção de danos ambientais. O fundamento de tal exigência mais uma vez será a solidariedade humana, tanto para com a geração presente como para com as gerações vindouras. Sendo assim, a solidariedade passa a exercer o papel de instrumento de limitação, estabelecendo um vínculo entre gerações, e provocando inclusive, uma forma de controle social²⁹.

Assim, considerando a hipótese de que a solidariedade enquanto fundamento para a imposição de limites aos atos humanos em defesa do patrimônio ambiental atua como instrumento de controle social, cabe resgatar, como referência histórica, os conceitos de solidariedade mecânica e orgânica apresentados por Durkheim.

Em sua obra *Da divisão do trabalho social*, o autor apresenta como problema a ser analisado o fato de que a divisão do trabalho passou a ser considerada a “lei superior das sociedades humanas e a condição do progresso”³⁰. Ressalta, porém, que há em nós duas consciências: uma dotada de estados pessoais e outra dotada de estados comuns a toda a sociedade. A primeira, condutora da personalidade individual, e a segunda, do tipo coletivo, ou seja, da sociedade. Dessa forma, afirma existir uma solidariedade nascida das

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2003, p. 296.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2003, p. 299.

²⁹ A expressão controle social foi aqui utilizada no sentido de “qualquer influencia volitiva dominante, exercida por via individual ou grupal sobre o comportamento humano de unidades individuais ou grupais, no sentido de manter-se uniformidade quanto a padrões sociais”. SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Uma visão substantiva. Porto Alegre: Fabris, 2003, pp. 187-188.

³⁰ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 02.

semelhanças entre essas duas consciências, que provoca a vinculação do indivíduo à sociedade³¹.

Eis o conceito de solidariedade mecânica ou por semelhança: em razão da não diferenciação entre os indivíduos, a sociedade, sendo formada por sentimentos, valores e crenças comuns, goza de coerência³². Em contrapartida, a solidariedade orgânica, provocada pela divisão do trabalho, provém da diferenciação entre os indivíduos. Ou seja, não há semelhança, havendo, portanto, espaço para o sentimento de diferença, o que termina por provocar o enfraquecimento da consciência coletiva. “A individualidade do todo aumenta ao mesmo tempo que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de se mover em conjunto, ao mesmo tempo em que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios”³³.

Numa outra proposta de solidariedade, partindo de uma visão pragmática, Richard Rorty apresenta a necessidade, diante de horrores como os ocorridos durante a segunda guerra mundial, de buscar algo que se afaste das instituições. “E que poderá haver, a não ser a solidariedade humana, o nosso reconhecimento da humanidade de outrem que nos é comum?”³⁴. Entretanto, o autor parte da ideia de *reconhecimento* para defender que o sentimento de solidariedade ocorre quando identificamos o outro como um de nós, onde o nós não representa a humanidade, e sim um determinado grupo ou segmento. Assim, afirma Rorty, que “o nosso sentido da solidariedade é mais forte quando se pensa naqueles relativamente aos quais se exprime solidariedade como se fosse ‘um de nós’, em que ‘nós’ significa algo de mais pequeno e mais local do que a raça humana”³⁵. Defende ele a ideia de progresso moral, e este responderia por uma maior solidariedade humana. Contudo, a solidariedade é analisada sob a perspectiva de reconhecer as diferenças, a capacidade de pensar em pessoas diferentes de nós como pertencentes à esfera do “nós”³⁶.

Sendo assim, no momento em que a humanidade percebe o meio ambiente como um valor transnacional³⁷ e transpessoal e certifica que o mesmo

³¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 79.

³² DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 79 -83.

³³ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 108.

³⁴ V. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994, p. 236.

³⁵ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994, p. 238.

³⁶ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994, p. 238. Ressalta-se que a promoção dos ideais de inclusão também recebe críticas por construir uma “linguagem excessivamente normativa, moralizante”. DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 156.

³⁷ “El Derecho Internacional ha permitido, al menos de manera teórica la igualdad entre todos los pueblos, estados e naciones. La solidaridad entre estados y entre las sociedades que componen éstos, es necesaria para disfrutar de unas relaciones internacionales armonicas, equilibradas y en definitiva pacíficas”. VERA, Isabel María Pérez Rodríguez de. Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferentes disciplinas.

passa a ter como titular um sujeito que não necessariamente precisa apresentar-se para reivindicar seu direito a uma vida sadia e de boa qualidade - e que esse mesmo sujeito, além de ser indeterminado, inclui pessoas ainda não nascidas - a humanidade passa a lidar forçosamente com o valor solidariedade e o Direito com a concepção de transtemporalidade³⁸.

No caso da Constituição brasileira tal situação ficou evidenciada pela previsão do direito das futuras gerações a um meio ambiente equilibrado e a uma sadia qualidade de vida, conforme estabelece o art. 225.

Outros textos constitucionais, a exemplo do espanhol (art. 45) e do português (art. 66), trazem expressamente o tema do meio ambiente observando o aspecto intergeracional, já outros não trazem a previsão expressa quanto à intergeracionalidade, mas é possível identificá-la por meio dos dispositivos que estabelecem a proteção ambiental a partir de um dever - de solidariedade, de responsabilidade para a proteção e manutenção do equilíbrio ecológico, de desenvolvimento sustentável³⁹.

A título de exemplo, convém destacar o comentário de Nicola Cesare acerca da Constituição italiana. Apesar de não trazer expressamente o dever para com as futuras gerações, a Carta indica haver uma responsabilidade presente para com o futuro.

Ressalta o autor que não resta dúvida que a Constituição italiana exige por parte da República o desenvolvimento de políticas concretas aptas a preservar condições adequadas de vida, o pleno desenvolvimento de cada pessoa, independentemente do tempo em que vive cada uma delas. A vida é vida para todos: para as gerações de hoje e para as futuras.

Afirma, por fim, que haveria princípios jurídicos fundamentais que obrigam autoridades em todos os níveis a agirem de forma que políticas dire-

Revista electrónica de estudios filológicos. N. 14, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.um.es/tonosdigital/znum14/secciones/estudios-21-solidaridad.htm>>. Acesso em: 8 de ago. 2011, p. 04.

³⁸ "Debido al auge de la tecnología y de la investigación, la humanidad ha desarrollado una enorme capacidad para transformar su hábitat, capacidad que trasciende el marco temporal en el que vivimos. Todos los cambios que realicemos el día de hoy se extenderán y afectarán, para bien o para mal, a nuestros hijos y a nuestros nietos; podemos afirmar que dichos cambios constituyen una herencia para las futuras generaciones que no alcanzaremos a ver". FERRER, Luis Gabriel, FERRER, Jesús Guillermo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos de las generaciones futuras. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 488.

³⁹ MARZANATI, Anna. La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile. In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Angelo (edd). *La fraternità come principio del diritto pubblico*. Roma: Città Nuova, 2007, pp. 135-136.

cionadas à proteção da vida das futuras gerações sejam colocadas em prática⁴⁰.

Mais uma vez, torna-se pertinente destacar o posicionamento da doutrina italiana: a solidariedade representa um valor fundamental na busca por possíveis soluções para a problemática da intergeracionalidade⁴¹, chegando a afirmar que a geração presente não pode ignorar a sua responsabilidade diante desse contexto⁴².

Marzanati ressalta que sempre a intergeracionalidade é mencionada expressamente, mas é claramente identificada nas disposições que preveem a proteção ambiental como um dever, de solidariedade, de responsabilidade em nome da proteção do equilíbrio ecológico, logo do desenvolvimento sustentável. Destaca ainda, que mesmo que o dever de solidariedade esteja imputado ao Estado ou aos poderes públicos, não há como negar sua relação direta com o comportamento de todos os sujeitos por uma solidariedade participativa e fraterna – marcada pelos valores do desenvolvimento sustentável⁴³.

Entretanto, para que a solidariedade alcance sua função justificadora das limitações impostas em nome da efetivação do direito ao meio ambiente, tornou-se necessário o reconhecimento de que este direito possui como titular um sujeito indeterminado e, ao mesmo tempo, indeterminável, em razão de consagrar as gerações futuras também como titulares de um ambiente sadio e de uma vida com qualidade. Todavia, não parece ter sido suficiente para superar o paradigma moderno da subjetividade⁴⁴.

⁴⁰ OCCHIOCUPO, Nicola Cesare. Gli ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale. In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Angelo (edd). **La fraternità come principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, 2007, p. 403.

⁴¹ OCCHIOCUPO, Nicola Cesare. Gli ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale. In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Angelo (edd). **La fraternità come principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, 2007, p. 402.

⁴² MARZANATI, Anna. La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile. In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Angelo (edd). **La fraternità come principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, 2007, p. 127.

⁴³ MARZANATI, Anna. La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile. In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Angelo (edd). **La fraternità come principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, 2007, p. 135.

⁴⁴ “Nos marcos da crise dos valores e do desajuste institucional das sociedades periféricas de massa, da estruturação das novas formas racionais de legitimação da produção capitalista, de saturamento do modelo de representação política e do esgotamento do instrumental jurídico estatal, nada mais correto do que empreender o esforço para se alcançar um outro paradigma de fundamentação para a cultura política e jurídica. A edificação da nova instância de normatividade social será capaz de abrir um horizonte que realmente transcenda às formas de dominação da modernidade burguesa-capitalista e de sua racionalidade formal opressora do ‘mundo da vida’”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 155.

5. O PASSADO, O FUTURO E UM NOVO SUJEITO

Fundamentados pelo ideal de solidariedade e pela necessidade de uma ação cooperada, direitos como ao meio ambiente, direitos do consumidor e à paz passam a integrar as previsões constitucionais da segunda metade do século XX, trazendo como destinatário de suas respectivas previsões o gênero humano e, teoricamente, a superação da tradição individual subjetivista⁴⁵.

Não foi à toa que o constitucionalismo trouxe solidariedade ao debate. A experiência de duas bombas atômicas apresentou ao mundo a possibilidade da morte global da humanidade. Até então, costumávamos nos preocupar com a nossa própria morte ou com a morte de quem tínhamos como próximos. Entretanto, duas manhãs de agosto no ano de 1945 introduziram uma terceira preocupação: a possibilidade da humanidade ser extinta.

Presas em seu passado, a filosofia não compreende mais os novos dados, assim como não consegue projetar a habitação das futuras gerações. Enquanto técnicos e cientistas criam um novo mundo, a filosofia pensa nele como se fosse o antigo. Desde Nagasaki e Hiroshima, uma mudança de filosofia passou a ser necessária⁴⁶.

A necessária mudança de filosofia acima referida parece que terminou por contaminar também o Direito, e fez com que alguns direitos fossem interpretados *a priori*, à luz do ideal de solidariedade. Atenta ao problema da projeção das gerações futuras no que concerne ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e seguindo o alerta sobre a necessidade de um comportamento solidário e cooperado, a Constituição brasileira estabeleceu o dever de todos de defesa e preservação ambiental para as presentes e futuras gerações.

Entretanto, tal previsão fez surgir um outro problema. Esse diz respeito aos paradigmas dominantes no Direito, na medida em que a construção de um novo sujeito de direito – o sujeito transgeracional – não limitado espacial e temporalmente, trouxe algumas implicações.

A proposição de uma nova categoria de sujeito de direito, decorrente da consagração do direito ao meio ambiente – sujeito transgeracional – será aqui considerada, pois implicaria na vinculação de direitos a um sujeito em parte não nascido, ou seja, implicaria na imposição constitucional de um dever para com quem ainda não existe.

⁴⁵ MARQUES, Clarissa. **Desenvolvimento econômico e meio ambiente**: uma perspectiva relacional. João Pessoa: Idéia, 2007, p. 80.

⁴⁶ SERRES, Michel. **Hominescências**. O começo de uma outra humanidade? Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 12.

A identificação da coletividade e do Poder Público como sujeitos do dever constitucional de preservação do meio ambiente e, por outro lado, das presentes e futuras gerações como beneficiárias daquele dever, provoca o seguinte questionamento: podem o dever de solidariedade como um vínculo intergeracional e a figura de um *sujeito total*⁴⁷, não limitado temporal e espacialmente, justificar que os sujeitos existentes sofram limitações em nome de sujeitos que, em razão de ainda não existirem, não contribuirão para a qualidade de vida dos que existem?

A consagração do direito ao meio ambiente como direito fundamental previsto na Constituição brasileira, indica mais do que o envolvimento com a sustentabilidade do planeta. Indica que após o dever imposto ao Poder Público e à coletividade de “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225), as pessoas ainda não nascidas já representam para o Direito sujeitos de direito, instituindo-se, assim, um dever constitucional de preservação, cujo fundamento seria a solidariedade, que exerceria o papel de vínculo limitador intergeracional. Nesse sentido, convém ressaltar:

A solidariedade dos deveres ou solidariedade fraterna, chama à colação, de um lado, os deveres fundamentais ou constitucionais que o estado, enquanto seu destinatário directo (*sic*), não pode deixar de concretizar legislativamente e, de outro lado, os deveres de solidariedade que cabem à comunidade social ou sociedade civil, entendida esta, em contraposição à sociedade estadual ou política, como esfera de relações entre os indivíduos, entre os grupos e entre as classes sociais que se desenvolvem fora da esfera das relações de poder características das instituições estaduais⁴⁸.

Romper-se-ia, assim, o paradigma do sujeito determinado. Rompimento não apenas pelo fato do sujeito apresentar-se de forma não enumerável, mas pela possibilidade de um direito ter como titular um sujeito transgeracional, por operar, ao mesmo tempo, com as gerações presentes e futuras. Estaríamos portanto diante de um paradoxo, na medida em que algo que não existe, mas mesmo em sua inexistência, apresenta-se protegido pelo Direito, pela Constituição⁴⁹?

⁴⁷ A expressão *sujeito total* é utilizada por Michel Serres para indicar a humanidade como novo sujeito diante do objetivo de preservação ambiental e, assim, será adotada no presente estudo como meio para identificar o sujeito do direito ao meio ambiente, considerando seu traço de transgeracionalidade. V. **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 18.

⁴⁸ NABAIS, José Cassalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 138

⁴⁹ SILVEIRA, Júlio Cesar Costa da. Gerações futuras: devir, paradoxo e fundamento. In: BENJAMIN, Antonio Herman, LECEUY, Eladio, CAPELLI, Sílvia (Org.). **Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP**. Vol. 03. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, p. 153.

A transtitoriedade do direito fundamental ao meio ambiente nos faz refletir de que forma a construção dos direitos fundamentais, partindo da modernidade, pautada e concentrada no sujeito individualmente considerado, termina por dificultar a legitimidade de um sujeito em parte ainda não nascido. Supõe-se que, a partir da construção dos direitos fundamentais sob a influência do individualismo, existiria uma resistência natural à efetivação do direito ao meio ambiente como dever solidário, o que exige levar em consideração não apenas os efeitos imediatos sofridos em razão da degradação ambiental, mas também, os efeitos a longo prazo, os quais serão vividos provavelmente com maior intensidade pelas gerações futuras.

Diante do fato de que as implicações provocadas pela degradação ambiental, no que concerne ao objetivo e desejo de qualidade de vida, serão sofridas pelo *sujeito total*, mas em maior medida por parte desse sujeito - a parte ainda não nascida - o tempo presente assume um papel solidário e preventivo. Sendo assim, tendo em vista a irreversibilidade do tempo, portanto, a impossibilidade de alterar o tempo passado e a indeterminação do tempo futuro, a ação presente torna-se necessária e regeneradora.

Não que queiramos negar o caráter irreversível do tempo: o passado está terminado e o futuro indeterminado. Logo, não se trata nem de voltar atrás, nem de parar o curso do tempo, trata-se antes, de regenerar o tempo que passa, conferindo-lhe a espessura de uma duração real, graças à fecundação recíproca de um passado que, se bem que terminado, não esgotou suas promessas, e de um futuro que, se bem que indeterminado, não é totalmente aleatório⁵⁰.

A função regeneradora do tempo presente atuaria frente a irreversibilidade da herança individualista e a indeterminação futura. Estaria, assim, o direito ao meio ambiente sofrendo uma tensão por encontrar-se entre os paradigmas da subjetividade e da solidariedade? Ou seja, por encontrar-se entre os paradigmas da individualidade e da humanidade?

Nesse sentido, Michel Serres nos faz refletir sobre a suposta mudança do paradigma da subjetividade para a solidariedade ao afirmar que, de forma brusca, a natureza, antes considerada um objeto local, sobre o qual um sujeito parcial agia, transforma-se em um objetivo global, o Planeta Terra, no qual passa a trabalhar um sujeito total: a humanidade⁵¹.

Essa suposta tensão nos remonta à análise de Ost acerca da relação entre o *tempo* e o *Direito*. Ainda na apresentação de sua obra, o autor indica a contribuição do Direito para a justa medida que torna os cidadãos livres. Essa seria composta por quatro tempos: por um lado, memória e perdão, referen-

⁵⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005, p. 28.

⁵¹ **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 18.

tes ao passado e, por outro, promessa e a retomada da discussão, referindo-se ao futuro.

A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se liberta de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa, que liga o futuro através dos compromettimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança⁵².

A memória do direito ao meio ambiente parece estar envolvida pelo registro do individualismo, o que representaria um dos paradigmas da tensão acima anunciada. Por outro lado, a transmissão dessa memória para o paradigma solidário dar-se-ia por meio do perdão. Perdão que teria por desafio desligar o passado do individualismo e dar ao direito ao meio ambiente o sentido de um novo paradigma. Esse novo sentido parece ter origem na promessa realizada na Constituição Federal de que o futuro do direito ao meio ambiente é uma obrigação de todos, considerando a consagração normativa das gerações futuras enquanto sujeito de direito. Por fim, temos a função do questionamento diante do desafio da mudança.

Sendo assim, repete-se o questionamento antes apresentado de que estaria, assim, o direito fundamental ao meio ambiente sofrendo uma tensão por encontrar-se entre os paradigmas da subjetividade e da solidariedade? Ou ainda, estaria o direito ao meio ambiente sofrendo a tensão entre constância e inovação⁵³, entre passado e futuro?

6. CONCLUSÃO

A solidariedade atua como uma forma de limite entre gerações utilizado pelo direito, por vezes por meio do próprio princípio da precaução, mas que apresenta uma problemática a ser discutida: o controle se dá diante dos atos de sujeitos existentes, mas em nome de sujeitos não-nascidos, e que, portanto, não possuem representação legítima nem tampouco provocam o reconhecimento entre os sujeitos.

Para enfrentar essa discussão será necessário discutir novos referenciais éticos. Envolvida com a natureza, essa nova proposta ética deve ser capaz de provocar a responsabilidade humana não apenas para com os homens, e

⁵² OST, François. **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 17.

⁵³ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005, p. 18.

sim, também, para com os elementos extra-humanos, combatendo portanto, as posturas que põem em risco a continuidade indefinida da humanidade. Além disso, levanta-se a necessidade de uma consciência prévia. Tal afirmativa encontra respaldo no princípio da precaução que norteia o direito humano ao meio ambiente, exigindo o cumprimento de todas as ações capazes de prevenir danos ambientais.

Tendo em vista a proposta de precaução que orienta a promoção do direito humano ao meio ambiente e que se fundamenta no dever de ordem moral dos sujeitos de hoje para com os sujeitos de amanhã, é possível utilizar a ideia de uma análise ampliada do futuro a partir da construção de uma nova responsabilidade humana, de uma nova teoria ética como fundamento teórico para a hipótese de que a solidariedade constitui um vínculo limitador entre gerações.

Nesse sentido, ao falar em nova teoria ética, assume-se como pressuposto que o homem nunca agiu desprovido de técnica, mas cabe analisar como a técnica moderna modificou o agir humano e as consequências dessa mudança para com a natureza. Mais uma vez, a transição paradigmática torna-se alvo de observações.

Assim, a ética da simultaneidade e da imediatez não responde às novas dimensões do agir humano que propõe o homem como objeto da técnica, passando-se a exigir, para a formulação de novos limites, uma ética de previsão e responsabilidade. Essa, por sua vez, dotada de longo alcance tendo em vista a amplitude do poder humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DEMO, P. **Solidariedade como efeito de poder**. São Paulo: Cortez, 2002.
- DRIESEN, D. M. **The economic dynamics of environmental law**. Massachusetts: MIT Press, 2003.
- DUGUIT, L. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FERRER, Luis Gabriel, FERRER, Jesús Guillermo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos de las generaciones futuras. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. VIII, 2008.
- JONAS, H. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LARRÈRE, Catherine, LARRÈRE, Raphael. **Du bon usage de la nature**. Pour une philosophie de l'environnement. Paris: Flammarion, 2009.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental** – a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madri: Tecnos, 1999.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **Quel droit pour l'environnement?** Paris: Hachette, 2008.

MARQUES, C. **Desenvolvimento econômico e meio ambiente: uma perspectiva relacional**. João Pessoa: Idéia, 2007.

MARTÍN-BARBERO, J. Projetos de modernidade na América Latina. In: DOMINGUES, J. M.; MANEIRO, M. (Org.). **América Latina hoje**. Conceitos e interpretações. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, pp. 19-51.

MARZANATI, Anna. La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile. In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Ângelo (edd). **La fraternità come principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Le juste et l'utile en droit de l'environnement. In: **Pour un droit commun de l'environnement**. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur. Paris: Dalloz, 2007.

NABAIS, J. C. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OCCHIOCUPO, Nicola Cesare. Gli ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale In: MARZANATI, Anna, MATTIONI, Ângelo (edd). **La fraternità come principio del diritto pubblico**. Roma: Città Nuova, 2007.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. A ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

_____. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

RORTY, R. **Contingência, ironia e solidariedade**. Lisboa: Presença, 1992.

RUMPALA, Yannick. Le 'développement durable' comme systématisation d'une gestion des conséquences. Nouvelles responsabilités et traductions

institutionnelles. In: EBERHARD, Christoph. **Traduire nos responsabilités planétaires**. Recomposer nos paysages juridiques. Bruxelles: Bruylant, 2008.

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2003.

SERRES, M. **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

_____. **Hominescências**. O começo de uma outra humanidade? Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

SILVEIRA, Júlio Cesar Costa da. Gerações futuras: devir, paradoxo e fundamento. In: BENJAMIN, Antonio Herman, LECEUY, Eladio, CAPELLI, Sílvia (Org.). **Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP**. Vol. 03. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, pp. 153-172.

SMOUTS, Marie-Claude. **Le développement durable: valeurs et pratiques**. In: SMOUTS, Marie-Claude. **Le développement durable. Lês termes du débat**. Paris: Armand Colin, 2008.

SOUTO, C.; SOUTO, S. **Sociologia do direito**. Uma visão substantiva. Porto Alegre: SAFE, 2003.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VÁZQUEZ, A. S. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.



UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS SENTIDOS E USOS DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

*Claudia Rosane Roesler**
*Ricardo Antonio Rezende de Jesus***

Resumo

No julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental número 80, o STF decidiu que as súmulas não podem ser objeto de controle de constitucionalidade por ausência de normatividade. O texto pretende discutir essa afirmação para chegar à conclusão contrária. Nesse desiderato, analisa o desenho institucional das súmulas no direito brasileiro e, com base em aportes da semiologia política e da teoria do direito, defende que as súmulas têm uma normatividade que não pode ser desconsiderada.

Palavras-Chave

Súmulas. Normatividade. Discursos jurídicos. Pragmática.

Abstract

When deciding on the possibility of judicial review of the precedents, the Supreme Court determined that the precedents of the Superior Courts are not laws and cannot therefore be subject to judicial review. The text discusses this assertion by analyzing the institutional design of precedents in Brazilian law, drawing on contributions by the theory and philosophy of law and political semiology.

Keywords

Precedents. Mandatory. Legal discourses. Pragmatics.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende ser uma reflexão sobre os significados atribuídos e, principalmente os significados que, embora não reconhecidos, emergem do uso que as súmulas vêm tendo na prática do Poder Judiciário brasileiro. O mote influenciador da pesquisa foi o acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ao decidir o Agravo regimental na ADPF

* Doutora em teoria e filosofia do direito pela USP. Professora adjunta de teoria e filosofia do direito da Universidade de Brasília (UNB).

** Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UNB. Procurador do Estado do Amazonas com atuação junto aos Tribunais Superiores.

80. Por ocasião desse julgamento, o Tribunal reafirmou sua antiga jurisprudência que não considera as súmulas como atos normativos, aptos a serem objeto de controle de constitucionalidade. Ademais, afirmou não serem as súmulas sequer atos do poder público para fins de controle de constitucionalidade por via da ADPF. Tal “desqualificação” dos verbetes que visam a consolidar as reiteradas decisões dos Tribunais, nos fez questionar sobre o que, então, são as súmulas, uma vez que a prática judiciária as utiliza quotidianamente para os mais diversos fins.

Parte-se do princípio de que, em uma sociedade onde se reconhece que os processos sociais são construídos historicamente, não se pode mais qualificar textos, determinar conceitos, de maneira metafísica. Eles não se bastam, tampouco se pode impor uma “definição essencial” que lhes seja pressuposta. A questão do uso que se faz das palavras não pode ser desconsiderada. Os conceitos são relacionais na medida em que se legitimam em função dos usos e significados que os diferentes partícipes das relações sociais se lhes atribuem e compartilham.

O presente texto, a partir de aportes da teoria e filosofia do direito e também da semiologia política, pretende demonstrar que aquela decisão tomada pelo STF na ADPF 80 está desconectada da prática dos Tribunais e também da prática dos diversos operadores jurídicos que lidam diariamente com as súmulas dos Tribunais Superiores. É certamente possível confirmar que esses múltiplos atores atribuem significados diversos ao significante súmula daquele reconhecido pelo STF. Isso porque eles são diretamente afetados pelo protagonismo que tais verbetes assumiram no processo decisório judicial. Dada a quantidade de súmulas e a variedade de assuntos que tratam, quase sempre os juízes decidem quem tem ou não direito a determinado bem com base não em uma lei, mas no entendimento consolidado dos Tribunais a respeito de determinado assunto.¹

2. DESCRIÇÃO DO CASO: A DECISÃO NA ADPF 80

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental indicando, como ato lesivo, o enunciado n. 666 da Súmula do próprio Supremo Tribunal Federal que tem o seguinte teor: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Diante dessa arguição, o relator do caso, Min. Eros Grau, assim decidiu:

¹ O texto é, na verdade, parte de uma pesquisa mais abrangente que tem por fim demonstrar que é necessário estabelecer controle de constitucionalidade sobre as súmulas dos Tribunais Superiores e que há instrumentos no direito brasileiro para isso.

(...) 4.4. Os enunciados de Súmula nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. *Não se confundem com a súmula vinculante do artigo 103-A da Constituição do Brasil. Esta consubstancia texto normativo, aqueles enunciados não. Por isso não podem ser concebidos como ato do poder público lesivo a preceito fundamental.* Esta circunstância afasta irretorquivelmente o cabimento da presente arguição. 5. A argüente pretende, em verdade, a revisão do entendimento desta Corte - que lhe é desfavorável - emitido no exercício da competência atribuída pelo artigo 102 da Constituição do Brasil. Ante o exposto, nego seguimento a esta arguição de descumprimento de preceito fundamental [RISTF, artigo 21, § 1º] e determino o seu arquivamento. (BRASIL, 2006, grifamos).

Insurgindo-se contra essa decisão monocrática, houve um recurso de agravo regimental, por meio do qual a CNTI levou a questão para ser decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Nesse recurso, a parte argüente sustenta: [I] que “a emissão de Súmula não torna imutável e intocável a matéria nela contida”; [II] que “na prática, os enunciados do Supremo Tribunal Federal já vinham funcionando como verdadeiras súmulas vinculantes”; [III] “que o enunciado atacado consubstancia ato lesivo a preceito fundamental”; [IV] que “o enunciado 666 do STF merece ser anulado, revogado ou tornado sem efeito, visto que dá à norma legal significado diferente e, até antagônico, do sentido da norma que visou interpretar” e [V] que “é cabível a arguição para a impugnação de qualquer ato que, emanado do Poder Público, venha a causar prejuízos aos interessados.”

Em que pese esse recurso, o Plenário do STF confirmou a decisão monocrática atacada sendo que do acórdão se extraem as seguintes conclusões: a) as súmulas não consubstanciam ato do poder público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados dos Tribunais; b) a arguição de inconstitucionalidade é desnecessária porque os enunciados são passíveis de revisão paulatina; c) as súmulas não obrigam, simplesmente predominam.

É, pois, em face dessas conclusões que procederemos à crítica formulada neste texto.

3. A NORMATIVIDADE DISCURSIVA DAS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

Extrai-se da decisão do Supremo Tribunal Federal que o motivo principal para a impossibilidade de submeter a controle de constitucionalidade as súmulas emanadas pelos Tribunais Superiores é a ausência de normatividade. Diz-se que não é possível impor seu cumprimento aos seus destinatários. E, em face do seu descumprimento, não se prevê nenhuma sanção. Por conta disso, as súmulas não podem ser consideradas atos normativos.

De fato, as tradicionais teorias da norma jurídica costumam diferenciá-la das demais normas de conduta levando em consideração a previsão de obrigatoriedade descrita em outra norma ou, ainda, a possibilidade de imposição de uma sanção em face do seu descumprimento.

Para Kelsen (1986, p.176), o que distingue a norma jurídica das demais normas de convívio social, como a moral e a religião, é a existência de uma sanção, ou seja, a previsão de um ato de força pelo qual o Estado, servindo-se de seu monopólio da violência regulada, pune os sujeitos que tenham incorrido em uma conduta tida como ilícita por uma outra norma jurídica.

Já segundo Bobbio (2001, 152-160), o que diferencia a norma jurídica das normas morais ou sociais é a existência de um tipo singular de sanção. Para esse autor, por sanção deve-se entender uma resposta à violação da norma. É certo que, mesmo no caso de outras normas - como a norma moral e a norma social - sempre há uma resposta em face da sua violação. Contudo, na moral o que se observa é uma sanção interior - a violação de uma norma moral causa, no máximo, uma angústia, um incômodo de natureza privada. A sanção social - decorrente da quebra de regras de "boa-educação" ou de costume - por sua vez, é uma sanção externa que se manifesta por uma reprovação ou até mesmo por um isolamento ou expulsão por parte do grupo em que se está inserido. A sanção jurídica, a seu turno, é também uma sanção externa, mas, diferente da sanção social, é institucionalizada. Isso significa ser uma resposta do grupo social regulada por outras regras semelhantes às normas que prescrevem condutas. Esse tipo de sanção resolveria os inconvenientes dos demais na medida em que distintamente da sanção interna seria provida de maior eficácia, posto que conseguiria que as normas fossem menos violadas. Além disso, ao contrário do que acontece com a sanção social, a proporção entre a violação e a resposta seria controlável, uma vez que estaria formalizada e, conseqüentemente, publicizada entre os integrantes do grupo.

Hart (1996), por sua vez, vai, contudo, levantar a crítica de que a previsibilidade da punição é um aspecto importante das normas jurídicas, mas não é suficiente para caracterizá-las. Segundo esse autor, existem dois tipos de regras: primárias e secundárias. São regras primárias aquelas que fixam comportamentos aos indivíduos. Já as regras secundárias têm por objeto a regulamentação acerca da origem, modificação ou extinção das regras primárias².

² Esta diferenciação se mostra importante para que se determine, no modelo de Hart, como as regras podem ser consideradas válidas. Quando desenvolvida uma regra secundária fundamental, que tem por objetivo determinar como as regras jurídicas devem ser identificadas, ela recebe a denominação de regra de reconhecimento. Essa, então, tem por finalidade identificar os elementos normativos que são, de fato, o direito (HART, 1996, p.103 e ss.).

A leitura de Hart, portanto, leva a conclusão de que o modelo de Kelsen, por exemplo, está mais voltado para a identificação da norma penal. Pouco tem a esclarecer, contudo, sobre as demais normas que compõem o sistema jurídico, mormente aquelas que, apesar de não dotadas de sanção, desempenham função relevante no sistema, como a de conferir poderes jurídicos.

Essas teorias sobre a norma jurídica, contudo, não conseguem alcançar a especificidade do caso brasileiro em relação às súmulas. Em face das diversas alterações na legislação e das práticas dos diversos operadores jurídicos, as súmulas no contexto brasileiro ganharam contornos complexos e, conforme se pretende demonstrar, não apenas orientam, predominam, mas se impõem. São fruto de decisões emanadas do Judiciário e servem como fundamento de decisões judiciais vindouras. São redigidas em termos abstratos justamente para ajustar-se a cada caso concreto futuro pretensamente igual.

Essa complexidade das súmulas no direito brasileiro foi notada por Wambier (1985, p. 229). Segundo essa autora, as teorias do direito de viés positivista como as de Hart, Kelsen ou Bobbio posto que apoiadas em uma visão sintática das normas jurídicas não tem condições de fornecer explicações sobre o fenômeno da súmula no direito brasileiro. Tampouco as teorias de viés jusnaturalista, preocupadas com uma visão semântica das normas jurídicas, tem explicações a oferecer sobre a operatividade das súmulas. Somente uma teoria que examinasse as normas do ângulo pragmático, na sua relação com os sujeitos afetados e na função que exercem no sistema jurídico poderia lançar melhores luzes ao intrincado problema.

A discussão merece algum esclarecimento.

De fato, é preciso explicitar de que conceito de súmula e de norma está se falando e sob que perspectiva está se conduzindo o olhar sobre esse conceito. Tratando-se de um conceito que se expressa em linguagem humana, parece-nos ser necessário fazer uso das teorias da linguagem para enfrentar o problema da noção de súmula e de seus usos no discurso jurídico.

A modernidade trouxe como novidade, no âmbito filosófico, um deslocamento do objeto do conhecimento antes centrado na relação sujeito/objeto. Atualmente, é inegável a centralidade que ocupa a linguagem nos estudos sobre o conhecimento humano:

[...] A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que *é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano*, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística (OLIVEIRA, M., 2006, p. 13, grifamos).

Nessa direção, os estudos sobre a linguagem no mundo contemporâneo têm demonstrado que: a) imerso na própria linguagem, o ser humano não lhe tem como “escapar”, olhar de fora. A linguagem, constitui o ser humano; b) uma vez que o intérprete carrega consigo uma vivência, uma história que não pode ser eliminada e interage, dialoga, com o objeto interpretado, as interpretações são necessariamente parciais, afastando-se, dessa forma, das pretensões de neutralidade (OLIVEIRA, M., 2006, p. 230)³.

Assim, servindo-nos da semiótica e da semiologia, entendidas como teoria geral da significação^{4 5}, temos que o estudo dos signos divide-se em três partes: a *sintaxe* possui como objeto o estudo das relações entre os signos e das regras que os regem; a *semântica* visa averiguar o sentido das proposições, a partir das relações dos enunciados com as coisas a que se referem e a *pragmática*, dirigida ao uso e as intenções das proferências discursivas, estudando o signo em sua relação com os usuários (WARAT, 1995).

A partir da chamada virada linguístico-pragmática, que tem como ponto de referência a obra do segundo Wittgenstein⁶, os estudos baseados

³ Sobre esse aspecto, a referência é a obra de Gadamer. Segundo Oliveira (M., 2006, p.226), a pergunta nuclear do pensamento de Gadamer é: o que significa para a compreensão e auto-compreensão do homem saber-se carregado por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição? Ainda segundo Oliveira (M.,2006, p.227), para Gadamer nossa historicidade não é uma limitação, mas antes uma condição de possibilidade de nossa compreensão:compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora condições transcendentais de nossa compreensão.

⁴ Conforme afirma Warat (1995, p. 25-39), apoiado nos estudos de Carnap e de Saussure, a unidade de análise de qualquer sistema lingüístico é o signo. Esse, por sua vez, é composto de dois elementos: indicador ou significante, localizado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto), e o indicado ou significado, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação no mundo), que conseguimos comunicar mediante o indicador. O signo seria uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação (WARAT, 1995, p. 39) ou ainda, o ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado). (...), uma realidade bifásica, como o verso e o anverso de uma folha de papel (WARAT, 1995, p.25).

⁵ O interesse por tornar os signos objeto de um conhecimento científico originou-se das investigações realizadas pelos lingüistas em face da linguagem natural e pelos lógicos-matemáticos com relação às linguagens artificiais formalizadas. Pelo lado dos lingüistas, Ferdinand de Saussure, na Europa, sugeriu que o nome dessa ciência deveria ser semiologia. De outro lado, Charles Pierce, nos Estados Unidos, propôs-lhe o nome de semiótica. Conforme pontua Warat (1995, p. 15), a semiologia e a semiótica, apesar da diferença de enfoque e, em parte do objeto temático, apresentam traços epistemológicos similares. Em face de seu contexto originário, ambas podem ser vistas como essencialmente formalistas e partindo de uma concepção de objetividade exterior à história. O trabalho que estamos empreendendo se serve de categorias formuladas por essas correntes teóricas, mas a partir de uma releitura do que se entende por semiologia, mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, a semiologia deve ser compreendida como uma prática complexa que, no interior de cada discurso deve mostrar-nos, em um processo contra-discursivo, as funções sociais dos diferentes âmbitos e modos de significar (WARAT,1995, p.13).

⁶ A referência ao segundo Wittgenstein é justamente para marcar um ponto de virada entre o primeiro momento do autor expressado pelo seu *Tractatus* e o segundo momento com a obra intitulada *Investigações Filosóficas* - em que o autor desenvolve sua teoria sobre os jogos de

na pragmática ganharam relevo. Nesse momento de sua reflexão, Wittgenstein desenvolve sua teoria sobre os jogos de linguagem, demonstrando que uma mesma expressão lingüística poderá ser utilizada de forma diversa em duas situações distintas, adquirindo significações completamente diferentes. Segundo Oliveira (M., 2006, p. 139) a filosofia de Wittgenstein rompe com o pensamento tradicional para quem a linguagem é, em última análise, puro meio de descrição do mundo, “sem a percepção de que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida”.

Em síntese, demonstrou-se que o significado das palavras não é apenas dependente da relação com outras palavras. Também não se pode perquirir sobre o sentido das palavras (semântica) como especulação *a priori*, sem considerar o uso que os participantes do discurso fazem delas, daí que o significado somente pode ser construído a partir da compreensão do uso da palavra dentro de uma forma de vida (pragmática) (OLIVEIRA, M., 2006, p. 132).

Dito isso, podemos retomar a afirmação de Wambier. Segundo essa autora, as teorias de viés positivista estudam o signo (norma jurídica) em face da sua relação com outros signos (outras normas jurídicas). As teorias jusnaturalistas, por sua vez, preocupam-se com a relação entre a norma jurídica (signo) e o objeto a que se referem (o justo, o bem...). Daí concluir a autora que “só uma visão pragmática é apta a absorver o fenômeno súmula(...)”. Dessa perspectiva, “o ponto de onde se enfoca o direito não é a norma(...); mas o usuário dos signos, usando-os – a experiência jurídica” (1985, p. 232)

Assim sendo, o presente trabalho procura compreender as súmulas do ponto de vista pragmático, a fim de examinar a função que elas tomam no discurso jurídico, especialmente no discurso das decisões judiciais, enfatizando a sua relação com os diversos usuários (juízes, partes do processo, público em geral).

Com esse fim, parece-nos que a teoria mais adequada para compreender a função das súmulas no sistema jurídico brasileiro é formulada por Ferraz Jr., a qual passamos a reconstruir, ainda que brevemente.

O autor analisa as normas enquanto linguagem ou seja, discursos normativos. Ademais, ele as observa sobre o ângulo da pragmática, o que implica dizer que o modelo operacional apresentado se ocupa primordialmente dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como nor-

linguagem. Naquele primeiro momento o autor segue a concepção de linguagem que diz serem as palavras significativas na medida em que designam objetos. Para essa concepção, semântica, as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências (OLIVEIRA, M., 2006, p. 121). Radicalizando essa noção, Wittgenstein procura no seu *Tractatus* guiar-se pela possibilidade de uma linguagem perfeita capaz de reproduzir exatamente a estrutura ontológica do mundo (OLIVEIRA, M., 2006, p. 121).

te de análise o chamado princípio da interação, ou seja, o ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor mediada por signos lingüísticos. Encara-se a norma como fato lingüístico incorporando à sua análise uma “dimensão lúdica” que se refere aos jogos de linguagem, entendidos como jogos estratégicos de pergunta e resposta/ ação e reação (FERRAZ JR, p.04-05). Investiga-se, pois, a norma jurídica na sua interação com os emissores e receptores e também acerca da sua função no discurso jurídico.

Tratando sobre os discursos, Ferraz Jr. (1986, p.31) distingue entre os aspectos relato e cometimento do ato de comunicar. Dado o seu caráter interacional, o ato de falar sempre implica uma ordem, isto é, quem fala (ou decide), não só transmite uma informação (apela ao entendimento de alguém), mas, ao mesmo tempo, impõe um comportamento. O aspecto-relato é a informação transmitida. O aspecto-cometimento é uma informação sobre a informação, que diz como a informação transmitida deve ser entendida. “No discurso normativo o aspecto relato – por exemplo: ‘não pise na grama’ – está sempre acompanhado do aspecto - cometimento – ‘obedeça’” (FERRAZ JR. p. 113).

Ferraz Jr. também introduz em seu modelo o importante conceito de *imunização*, que está diretamente relacionado ao de *controle*. Normas jurídicas são decisões cuja função é determinar outras decisões. A norma cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, ou seja, quais alternativas decisórias devem ser escolhidas. Nesse contexto, a imunização é um processo racional que capacita o editor [da norma] a controlar as reações do endereçado [da norma] eximindo o discurso normativo de crítica. A imunização (contra a crítica) pode ser alcançada de diversos modos e o discurso normativo jurídico não é o único que se utiliza dessa técnica. Assim, por exemplo, num texto em que se expõe uma hipótese científica, é possível imunizar certas afirmações contra crítica recorrendo a presunções, postulados, axiomas. (FERRAZ JR. 1986, p. 106).

Tomando esses conceitos como premissas, Ferraz Jr. aduz que por validade da norma devemos entender uma relação entre o aspecto cometimento de uma norma e o aspecto relato de *outra norma* que a imuniza. Validade, assim, é uma propriedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização. A imunização do discurso normativo jurídico se caracteriza, pois, por ser conquistada a partir de outro discurso normativo, o que faz da validade uma relação pragmática entre normas, em que uma imuniza a outra contra as reações do endereçado. Nesse sentido, o autor considera válida a norma cujo aspecto-cometimento está imunizado contra críticas através de outra norma.

É importante entender que a validade, do ângulo pragmático, não expressa mera relação entre normas, mas entre normas enquanto interações, pois a relação de imunização inclui os comportamentos comunicantes e os

sujeitos envolvidos. Por isso, a validade não é conceito monádico, não se limitando, pois, a uma relação linear entre a norma A e a norma B, mas leva em consideração a relação da norma B sobre a norma A. O *princípio da interação* – que rege a análise pragmática - exige que se observe a validade, não como uma cadeia linear e progressiva que tem um começo e um fim, mas como uma relação, cujo padrão é a circularidade, o que obriga a abandonar a noção, por exemplo, de que a norma A ocorre primeiro e a norma B é determinada pela ocorrência de A (FERRAZ JR., 1986, p.124).

No contexto da situação analisada, contudo, é possível identificar “normas origem”⁷ que iniciam uma cadeia de normas derivadas funcionando como medida de validade ou invalidade das seguintes.

É bom que se esclareça, contudo, que não há de se confundir esse conceito com o de norma fundamental de Kelsen. Para Ferraz Jr., é preciso romper com o pressuposto de que o ordenamento jurídico constitui um sistema enquanto ordem linear, unitária e hierárquica, que culmina numa única norma fundamental, reconhecendo, ao contrário, que o “sistema normativo” admite a presença de várias cadeias com diversas “normas-origem”, até mesmo entre si incompatíveis.

O sistema, nestes termos, não tem, necessariamente, um ângulo superior, como na pirâmide kelseniana. Assim, por exemplo, uma Constituição imuniza as normas legais votadas pelo Legislativo e as decisões de um tribunal constitucional que julgue da constitucionalidade das leis, sendo estas decisões, por sua vez, imunizantes (no sentido de imunização finalística) das próprias leis. Mas ele [o sistema jurídico] pode ter outras normas-origens, paralelas à Constituição, que se tenham efetivado no desenvolvimento do sistema, como seria o caso de uma norma legislada, declarada inconstitucional pelo Tribunal, que, entretanto, não tem o poder de revogá-la, sendo assim, mantida pelo editor, o que faz dela nova norma-origem, produzindo efeitos próprios, iguais ou diferentes dos previstos pela própria Constituição (...). O sistema normativo tem, assim, centros de referência que são dados pelas diversas normas-origens. (FERRAZ JR., 1986, p. 148).

No modelo construído por Ferraz Jr. – e para os fins que ele é aqui reconstruído – é central entender a relação entre efetividade/validade, nos termos que o próprio modelo as configura.

Como vimos, a validade é relação de imunização do aspecto-cometimento de uma norma pelo aspecto-relato de outra norma. A efetividade, por sua vez, exprime uma relação de adequação entre o aspecto cometimento e o aspecto relato da mesma norma. “Se não é possível saber se uma

⁷ O termo é apropriado da obra de Capella (1968, p. 131).

norma isoladamente é válida ou não, é possível dizer se ela é efetiva.” (FERRAZ JR. 1986, p. 114).

Para melhor entender sua noção de efetividade, o autor parte para o seguinte exemplo: compare-se a norma pronunciada pelo capitão de um navio em alto mar: “em caso de perigo, os marinheiros devem pôr-se à disposição de seus superiores imediatos” e a mesma norma pronunciada, depois de um naufrágio, de que só marinheiros sobreviveram. “Neste caso podemos admitir que ambas as normas sejam válidas, a segunda, porém, tem um grau de efetividade nitidamente inferior” (FERRAZ JR, 1986, p.114). Essa conclusão é possível porque se está observando a norma jurídica como discurso (decisório) e discurso é ação linguística cuja análise envolve a consideração não somente dos signos utilizados, mas também dos sujeitos que os emitem e ouvem, e de suas respectivas reações. Sob o ângulo pragmático, o discurso é, pois, um procedimento em que os sujeitos em *determinada situação* servem-se de signos produzindo determinado entendimento.

Dizer, pois que o aspecto relato e o aspecto cometimento da norma são adequados implica dizer que a informação transmitida, o seu relato, pode ser objeto de questionamento daqueles que se lhe destinam, ajustando-os as atuais condições dos sujeitos e da própria situação em análise. Com isso se persegue um equilíbrio entre o editor da norma e o endereçado de tal modo que o aspecto cometimento seja entendido e os efeitos pretendidos possam ser produzidos.

[...]. Ao contrário, se pelo relato se exprime mal o cometimento ou se o faz de modo limitado (a norma faz referência a sujeitos ou condições de aplicação que ela não especifica), o seu cometimento fica intrinsecamente *afetado em diversos graus*. Isto, evidentemente, pode ocorrer por uma falha, mas, também, por motivo de controle de modo intencional. Uma norma pode assim, ser *plenamente* eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos previstos decorrem dela imediatamente (por exemplo, uma norma revoga outra: o efeito extintivo é imediato), *contidamente* eficaz, se a possibilidade é imediata, mas sujeita restrições por ela mesma previstas (por exemplo, normas que prevêem regulamentação delimitadora), *limitadamente* eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos é mediata, dependendo de normação ulterior (por exemplo as normas programáticas) (FERRAZ JR, 1986, p.118).

Assim, Ferraz Jr. finaliza, sobre a relação entre normas-origem, validade e efetividade, que a validade de uma norma se apoia em outra norma, que a imuniza, até a hipótese de normas-origens que, em si não são válidas nem inválidas (porque são origem e não têm outra norma que as valide), mas que podem ser efetivas ou inefetivas, concluindo que o critério de validade de

uma norma é a efetividade e não a validade da norma que regula o ato de sua edição (1986, p.142).

Para o nosso tema, como o próprio autor afirma, as Súmulas dos Tribunais Superiores funcionam como normas-origem imunizando uma série de outras decisões delas decorrentes e eliminando outras que não tem condições de fazer frente à sua efetividade (FERRAZ JR. 1986, fls.148). Para compreender essa afirmação é preciso demonstrar como se dá essa dinâmica na prática. Com esse desiderato vamos articular o discurso do direito positivado que atualmente rege o instituto da súmula com a aplicação delas nas decisões judiciais e, de maneira conexa, o discurso da doutrina jurídica sobre os efeitos dessas súmulas.

Do ponto de vista legal, art. 479, do Código de Processo Civil (CPC) preceitua que: “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente de uniformização de jurisprudência”.

O artigo 557 do CPC, por sua vez está assim redigido: “o relator *negará seguimento a recurso* manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *em confronto com súmula*, ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal (...)” (grifamos). Além disso, o parágrafo 1.º do mesmo Código determina que “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator *poderá dar provimento ao recurso*” (BRASIL, 1973, grifamos).

Já o art. 518, § 1º do Código de Processo Civil, está assim redigido: “O juiz *não receberá o recurso de apelação* quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, 2011) (grifamos).

Para os fins desse trabalho, esse é o quadro legislativo brasileiro pertinente às súmulas na atualidade.

Com base nesse corpo legislativo, desde o ano de 1964 até o dia 31.07.2011, o STF já produziu 736 (setecentas e trinta e seis) súmulas, sendo que dessas, 13 (treze) já foram canceladas ou revogadas. O STJ, desde a sua criação, em 1988, já publicou 471 (quatrocentas e setenta e uma) súmulas, tendo cancelado 14 (quatorze) delas. O TST, por seu turno, criado em 1946, editou, também até 31.07.2011, um total de 429 (quatrocentas e vinte e nove) súmulas, cancelando 127 (cento e vinte e sete) delas⁸.

Parece interessante fazer um paralelo entre o processo de elaboração das súmulas e a tese formulada por Klaus Gunther sobre a distinção entre

⁸ Esses números podem ser conferidos nos sítios dos tribunais superiores brasileiros na internet.

discurso de justificação e discurso de aplicação das normas. Gunther sustenta que é possível distinguir entre um discurso de justificação, relacionado ao momento de elaboração das normas e um discurso de aplicação das normas já fundamentadas ao caso concreto. Cada um desses discursos opera com critérios distintos. O discurso de justificação procura considerar todos os interesses e os diversos fatores que estão envolvidos no âmbito de abrangência da norma. “A polêmica da justificação de uma norma é pautada pela antecipação de possíveis casos pertinentes, considerados em aspectos gerais e exemplares” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 243). Em outras palavras selecionam-se fatos com traços comuns com o intuito de elaborar uma norma geral que não considere o aspecto singular de uma situação específica (GUNTHER, 2011, p.25 e ss.)

Considerando, no entanto, não ser possível, dadas as condições de tempo e de conhecimento que uma norma consiga abarcar todas os interesses relacionados ou todos os fatos que lhe possam influenciar, Gunther defende ser possível compensar esse déficit no momento de aplicação da norma ao caso concreto. O discurso de aplicação toma como premissa a existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie*, mas que deverão ser adequadas às especificidades da situação concreta. Nesse momento – de aplicação – a norma *adequada ao caso* será construída a partir da consideração de todas as normas *prima facie* relacionadas bem como dos fatos relevantes que podem, por exemplo, excepcionar uma regra geral.

No caso das súmulas, vê-se que o processo de construção destes verbetes se aproxima muito de um processo de justificação para elaboração de normas gerais. Toma-se em consideração os diversos casos semelhantes, procurando abarcar todos os possíveis interesses envolvidos de modo a produzir um texto geral e abstrato que funcione como ponto de partida para solução de outros casos a serem individualizados.

[...] a despeito de se apresentarem como a consolidação de debates jurisprudenciais, tais súmulas, porque carregam a pretensão de incidência também em casos futuros à sua elaboração, ganham um grau mínimo de generalidade e irão requerer, nesta futura incidência, a sua reinserção argumentativa em um discurso de aplicação adequado a cada caso específico. (OLIVEIRA, P., 2006, p. 69, grifamos).

Voltando então os olhos para esse momento de aplicação no âmbito da decisão judicial, vamos tomar como exemplo a aplicação da súmula 331 do TST. Trata-se uma súmula que tem um tema geral (terceirização das relações trabalhistas), e se desdobra em vários incisos. A súmula teve sua redação

alterada recentemente, mas, para nosso estudo nos serve o inciso IV, cuja matéria atualmente foi deslocada para o inciso V⁹.

Na estrutura judicial brasileira, os Tribunais Regionais do Trabalho funcionam como a segunda instância da Justiça Trabalhista. Julgam, através da análise de recurso ordinário, o possível inconformismo da parte com as sentenças proferidas pelo Juiz de Primeira Instância. Tomemos, pois, a análise de um recurso ordinário cuja discussão girava em torno da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas por si contratadas. Na parte que nos interessa a argumentação judicial assim se desenvolve:

[...] Não se conforma a segunda Reclamada [empresa pública estadual] com a condenação subsidiária que lhe foi imposta pela sentença recorrida. Alega que a Lei 8.666/93 exclui a responsabilidade da Administração Pública pelo adimplemento das obrigações de suas contratadas. *Sustenta que inexistente, no ordenamento jurídico, qualquer lei que ampare a condenação imposta. Aduz que não há como se caracterizar a culpa no presente caso, seja na forma in eligendo ou in vigilando, por se tratar de contratação precedida de licitação. Sustenta, ainda, a inaplicabilidade da Súmula 331, IV, do TST.*

Razão, contudo, não assiste à Recorrente.

[...]

Ocorre que, uma vez que a Recorrente se beneficiou dos serviços prestados pelo Reclamante, a sua responsabilização se impõe, sendo irrelevante o fato de ser ou não lícita a terceirização havida entre as partes, ou seja, se a prestação dos serviços recaiu sobre a atividade-fim ou meio da empresa. *Figurando como tomadora dos serviços do Autor, a teor do item IV da Súmula 331 do c. TST, esta deve responder, subsidiariamente, pela satisfação dos direitos do trabalhador, arcando com todas as obrigações decorrentes da sua prestação, se a real empregadora deixar de cumpri-las.*

⁹ Até o dia 27.05.2011, data da publicação da Res. 174/2011/TST, o item IV da Súmula 331 tinha a seguinte redação: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Referida Resolução desdobrou esse inciso em IV e V, sendo que atualmente estão assim redigidos: IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

No caso em exame, perfeitamente aplicável o inciso IV da Súmula n. 331 do TST, a recorrente é a responsável subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas, por ter se beneficiado da prestação de serviços do autor. O entendimento sumulado do TST teve por objetivo assegurar o pagamento das obrigações trabalhistas aos empregados sempre que o empregador for inadimplente.

Segundo o inciso IV da Súmula nº 331 do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações.

Não se trata de discutir a legalidade da terceirização. O mencionado verbete é bastante claro ao excepcionar os entes estatais da terceirização ilícita, qual seja, do reconhecimento do vínculo com o tomador dos serviços (inc. II).

[...]

Deste modo, observados os termos da Súmula 331 do c. TST, deve ser mantida a r. sentença, no que diz respeito à responsabilização subsidiária da segunda Reclamada, razão pela qual nego provimento ao recurso por ela interposto.” (BRASIL, 2010, grifamos).

Observando o caso acima podemos perceber que a força das súmulas têm um alcance para além dos Tribunais que a criaram. O acórdão da “instância inferior” adota a súmula do TST como razão de decidir e passa a dissertar *sobre ela*, pouco se servindo das Leis que se relacionam com a matéria. Demonstrem-se os desdobramentos da súmula e discorre-se sobre seus fundamentos, mas, em nenhum momento, considera-se que *pode* haver uma *incorreção normativa* – conforme apontado pela parte recorrente - nas próprias razões que justificam a súmula. O argumento de que há um desacordo entre a Lei (em sentido formal) que pode reger o tema a ser decidido e a súmula é sumariamente descartado. A súmula é tomada como um dado contra o qual não se deve opor inconformismo. Convém dizer que, de fato, pouco adiantaria que as instâncias inferiores se insurgissem, posto que, da forma como está a legislação, a decisão dissidente logo seria “adequada” ao teor da súmula.

Com efeito, no caso descrito acima, caso o recorrente não se curve a força da súmula, lhe é facultado, em termos abstratos, recorrer ao Tribunal Superior do Trabalho, por meio de um recurso de revista. Essa tentativa, contudo, provavelmente será infrutífera, face ao poder atribuído aos Ministros dos Tribunais Superiores pelo art. 557 do CPC e 896 da CLT. Veja-se, por exemplo, o acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de Recurso de Revista interposto pelo Estado do Amazonas. Também aqui se discutia a questão da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas. O acórdão, na parte que interessa a este trabalho, ficou assim redigido:

[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. I - O item IV da Súmula nº 331 do TST estabelece: "Contrato de prestação de serviços. Legalidade. IV - O inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração pública, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Lei nº 8.666/93, art. 71)". II - Não se vislumbra a afronta aos arts. 37, caput e incisos II e XXI, da Constituição Federal e 71 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que a decisão regional fora proferida com lastro na Súmula nº 331, IV, do TST, alçada à condição de requisito negativo de admissibilidade do recurso, na esteira da alínea "a", in fine, do artigo 896 da CLT. III - Registre-se a competência legal atribuída a esta Justiça Especializada na elaboração e na uniformização de jurisprudência em matéria trabalhista, sendo certo que a edição de súmulas do TST precede rigoroso crivo de legalidade e constitucionalidade. IV Recurso não conhecido (BRASIL, 2007, grifamos).

Observe-se que o fundamento para negar seguimento ao recurso e consequentemente decidir quem seria o ganhador da pretensão foi a súmula 331, IV do próprio Tribunal Superior do Trabalho. Poderíamos transcrever inúmeros outros acórdãos. No entanto, o que é importante perceber é que eles reproduzem uma estrutura semelhante, qual seja: reformam decisões das instâncias inferiores que estejam em desacordo com as súmulas ou mantêm aquelas que estão em sintonia com elas. Isso, muitas vezes, sem avaliar as razões, os argumentos das partes que eventualmente possam se opor aos termos das súmulas.

Por meio desses exemplos parece-nos que a afirmação de Ferraz Jr. trabalhada anteriormente pode ser bem compreendida. As súmulas *imunizam contra crítica* as normas individualizadas dos casos específicos cuja decisão as toma como razão de decidir. Nesse sentido, elas funcionam como norma origem de todas essas decisões que são, ao fim, a norma do caso concreto. De outra sorte, qualquer decisão que lhe tente fazer oposição esbarra em algum momento na força de sua eficácia.

[...] esse dispositivo [art. 557, CPC], ao dar poderes ao relator de negar seguimento a recurso cujo objeto seja colidente com disposto em Súmula do STJ ou STF, *deixa claro o efeito vinculante cometido às Súmulas dos tribunais superiores*. Assim, o que é negado *lato sensu* – tal seja, o caráter vinculativo das Súmulas – é praticado *stricto sensu*, ou seja, a posição assumida pelo tribunal superior passa a ter efeito *erga omnes*, eis que adquire o condão de impedir, de plano, a subida de recurso para rediscussão da interpretação dada à lei federal ou à própria Constituição da Re-

pública. Dito de outro modo: ao editar uma Súmula, o STJ e o STF [e o TST] passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, “legislam”, ao conceberem a interpretação “correta” de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, *tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso ‘que contrariar, nas questões predominantemente de direito’, Súmula do respectivo Tribunal.* (STRECK, 1998, p. 148-149, grifamos).

Se a lei determina que o Juiz (ou Ministro) *deverá negar seguimento* ao recurso contrário à súmula, não se abre espaço para discussão. Daí porque Streck afirma que a súmula tem a função de produzir um sentido “clausurado” da norma, evitando-lhe ao máximo a discussão, como uma forma de fechamento do sistema de decisão.

Outro exemplo significativo sobre o uso e a importância das súmulas atualmente no direito brasileiro é o caso das súmulas 512 do STF e 105 do STJ. A primeira foi publicada em 10.12.1969 e está assim redigida: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. A segunda, publicada em 03.06.1994, determina que “na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.”

Ambas, portanto, impõem uma exceção à regra geral dos chamados “honorários de sucumbência” prevista no artigo 20 do Código de Processo Civil, o qual determina que a sentença condenará o vencido a pagar, ao vencedor, os honorários advocatícios. Quando da edição desses verbetes, a lei de ritos do mandado de segurança, então vigente – Lei 1.533/51 – não dispunha sobre tal exceção. Isso já gerava uma aparente anomalia no sistema, considerando o princípio da legalidade já acolhido na Constituição de 1967/69 do qual se extrai que essas restrições de direitos – no caso, da classe dos advogados de receber os honorários de sucumbência – deveriam estar previstas em lei formal¹⁰.

¹⁰ Lênio Streck (1998, p. 182 e ss.) adverte para a existência de súmulas que, segundo avalia, podem ser consideradas *extra legem* ou mesmo como *contra legem*. No primeiro caso, exemplifica com a súmula 400 do STF – Decisão que deu razoável interpretação à Lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra do art. 101, III, da Constituição Federal. Sustenta o autor que, nessas situações, os Tribunais, a pretexto de interpretar um dispositivo legal, extrapolam dele e criam regras que servem, no mais das vezes, para dificultar o acesso aos Tribunais Superiores. Em outros casos, súmulas *contra legem*, observa-se uma inovação na ordem jurídica constituindo autênticas criações legislativas (STRECK, 1998, p.193). Cremos que o caso das súmulas 512 do STF e 105 do STJ, pode ser enquadrado nesta última classificação. Afirma o autor, contudo, que essa classificação tem um cunho metodológico e serve, com fins didáticos, para demonstrar a função das súmulas no sistema jurídico brasileiro. Isto porque, quando uma Súmula é posta no sistema em contrariedade a uma lei e, em face do art. 38 da Lei 8.038/90 [e também do art. 557 do CPC] e do próprio poder de violência simbólica que exerce, *seu enunciado passa a substituir um texto normativo, então é razoável afirmar que essa Súmula é uma nova lei. Em consequência, em sendo uma nova lei, não pode ser contra lei, pela simples*

Na esteira desse entendimento sumulado, os Tribunais e mesmo os juízes de primeiro grau quase que invariavelmente ao julgarem mandados de segurança ou reformarem decisões de instâncias inferiores, anotavam, ao fim da decisão que os honorários advocatícios não eram devidos em face das súmulas 512 do STF ou 105 do STJ¹¹.

Ocorre que em 10.08.2009 foi publicada a nova Lei que regulamenta o processo de mandado de segurança. A Lei 12.016/2009, em seu art. 25, acolhe esse entendimento jurisprudencial e determina que não sejam cabíveis honorários advocatícios nas ações de mandado de segurança. Era de se esperar, então, em um sistema regido pelo princípio da legalidade (art. 5.º, II, da CF/88), que a partir da entrada em vigor desta Lei as sentenças/acórdãos/decisões proferidas pelos Tribunais ao deixar de condenarem as partes ao pagamento de honorários de sucumbência, o fizessem em função da Lei. Não é o que se observa. Veja-se, por exemplo, o dispositivo da decisão proferida pela Ministra Laurita Vaz, do STJ, no RMS 25.908:

[...] Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, CONHEÇO do recurso ordinário em mandado de segurança e DOU-LHE PROVIMENTO, para, cassando o acórdão recorrido, conceder a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de abril de 2011.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora” (BRASIL, 2011, grifamos)

Constata-se, pois, que, passado mais de um ano entre a publicação da nova lei de mandado de segurança e a prolação dessa decisão, a referência a justificar não condenar em honorários advocatícios continua sendo a “força” das súmulas 512 do STF ou 105 do STJ¹².

razão de que seu sentido é ab-rogante do sentido da norma considerada contrariada. (STRECK, 1998, p.193, grifamos).

¹¹ Um exemplo entre os muitos possíveis: PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO. PEDIDO DE RENÚNCIA DO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 105/STJ. 1.A sentença deferiu o pedido e homologou a desistência do recurso, bem como da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. 2. Cuida-se de mandado de segurança impetrado na origem, razão pela qual é incabível a condenação em honorários advocatícios. 3. Apesar da adesão do contribuinte ao programa de parcelamento fiscal, *descabe a condenação em honorários advocatícios, por força do entendimento jurisprudencial cristalizado nas Súmulas 105/STJ e 512/STF.* (BRASIL, 2011, grifamos).

¹² Também serve de exemplo dessa situação o acórdão do STJ citado na nota anterior. Ele foi proferido em 26.04.2011 (publicado em 03.05.2011), portanto um ano e oito meses depois da publicação da Lei 12.016/2009. Mas não caberia aqui, obviamente, transcrever inúmeros acór-

Diante dessa situação se pode entender a afirmativa de Moura Rocha que já em estudo datado de 1977 afirmou que “no caso brasileiro, as Súmulas, nos seus enunciados, mesmo que pareça ousado afirmar, tendem a valer mais do que a própria lei” (1977, p. 92).

Observando o discurso de alguns autores que se debruçaram sobre a temática das súmulas, vê-se que é patente a dificuldade de enquadrá-las em alguma das categorias tradicionais da ciência jurídica. Tampouco se tem uma unanimidade sobre os efeitos dessas súmulas ou ainda se elas obrigam algum ou alguns dos sujeitos atingidos pelo seu uso.

Botallo (1974, p. 19-20), dialogando com a obra de Kelsen, conclui que, em termos de teoria pura do direito, as súmulas emanadas dos Tribunais Superiores não são normas, dada a constatação de que inexistente regra no direito positivo brasileiro que prescreva a vinculação dos juízos inferiores ao que elas dispõem. Tampouco há regra que institua conduta oposta a essa obediência, como pressuposto de uma sanção. Aduz, todavia, que se elas não possuem natureza normativa em relação aos juízos e Tribunais inferiores são, ao contrário, vinculantes para decisão de casos idênticos a serem julgado pelo próprio STF. Sustenta o autor que, face aos efeitos processuais disciplinados pelo Regimento Interno do STF, as súmulas funcionam como “normas gerais, pressupostos necessários para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para decisão dos casos ‘iguais’” (1974, p. 20).

Em obra mais atual, Monica Sifuentes, desenvolvendo tese sobre as súmulas vinculantes estabelecidas pela EC 45/2003, nomeia um dos subtítulos de determinado capítulo da obra com o sugestivo título: “como os Tribunais já estavam vinculando sua súmula”. Analisando os efeitos da legislação brasileira sobre o assunto, a autora afirma que “se a súmula não é vinculante para o juiz de primeiro grau, pelo menos ela o é para as partes” (2005, p. 252), pois somente terão seu recurso apreciado pelo Tribunal quando comprovarem o descumprimento da súmula aplicável ao seu caso. Aduz, assim, “terem sido as Súmulas dotadas, pelo art. 557 do CPC, de vinculatidade média, ou quase – vinculação” (2005, p. 152).

Do exposto, pode-se concluir que, embora haja dificuldade por parte da doutrina e do discurso judicial em admitir o caráter de obrigatoriedade das súmulas, não se nega os seus efeitos. Para nós, no entanto, analisando a questão sob o ângulo discursivo e da pragmática, não há dúvida de que elas funcionam como normas na formatação da decisão judicial e a estrutura le-

dão ou decisões monocráticas com o mesmo teor. O que se quer é demonstrar o significado (e o poder) dessas súmulas para os juízes. Tratando de uma análise do discurso, interessa-nos perceber como essa força perpassa as decisões muitas vezes sem que o Magistrado se dê conta. Assim, a quantidade de decisões transcritas não nos parece tão importante quanto a expressão textual de cada uma delas.

gislativa brasileira está construída de tal forma que não se possa opor-lhe resistência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BOTALLO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 29, ano 7, maio-junho, 1974.

BRASIL. **Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código de Processo Civil relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em 15 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.285.868/SP**. Agravante: BFB Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A e Outros. Agravado: Fazenda Nacional. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, DJE 03.05.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000456181&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.908/SC**. Recorrente: Maria Helena Cardoso. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, DJE 03 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702944069&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 80. Agravante: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria. Agravado: Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, DJE, 20 jun. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2315848>> Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. **Recurso Ordinário n.º 00059-2010-142-03-00-1**. Recorrente: Cemig Distribuição S.A. Recorrido: Elias Simão Vaz (1), Atlas Serviços Gerais Ltda (2). Relatora Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. Belo Horizonte, MG, DJE 25 ago. 2010. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=2366413> Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 12400-06.2005.5.11.0401**. Embargante: Estado do Amazonas – Secretaria de Estado da Fazenda – Embargados: Jairo Jesus Souza (1) Unigel Unidos Serviços Gerais de Vigilância Ltda (2). Relator Ministro Barros Levenhagen. Brasília, DF, DJE, 08 jun 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como language**. Barcelona: Ariel, 1968.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**: versão condensada pelo próprio autor. Trad. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, OLIVEIRA, Claudio Ladeira. A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Direito GV**, v. 02, n. 01, jan-jun 2006.

MOURA ROCHA, José de. A importância da súmula. *Revista Forense*, ano 73, vol. 257, jan./mar., 1977.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola. 3. ed. 2006.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **Legitimidade e interpretação nas súmulas jurisprudenciais**: um estudo a partir da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito. Brasília: UnB, 2006.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SIFUENTES, Monica. **Sumula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WAMBIER, Tereza Celina Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da Teoria Geral do Direito. **Revista de Processo**, n. 40, ano 10. Guarulhos: Parma, out-dez 1985.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.



ANÁLISE DA CRISE POLÍTICA JURÍDICA NA LÍBIA E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS

*Danielle Annoni**
*Márcia Marcondes Diniz de Freitas***

Resumo

O artigo aborda sobre a situação dos refugiados da Líbia, no que concerne a sua dignidade humana e a garantia de seus direitos fundamentais conforme a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Assenta-se na análise desde a formação do conflito interno, a resistência de Muammar Kadaffi, as interferências políticas de Instituições e Estados estrangeiros frente ao conflito e sobre aspectos específicos da migração como as mortes nas travessias de fronteiras, a abertura dos países receptores, a demanda enfrentada pelos países destinatários não só emergencial como em longo prazo e por fim, a (in)segurança jurídica dos refugiados que verificam a relativização estatal de seus direitos frente às crises mundiais.

Palavras-chave

Líbia. Direitos Humanos. Refugiados.

Abstract

The article focuses on the situation of refugees from Libya, with respect to their human dignity and fundamental rights guaranteed under the Convention of the Status of Refugees of 1951. Behind the analysis since the formation of internal conflict, resistance Kadaffi Mumma, political interference in institutions and foreign countries before the conflict and is based on specific aspects of migration as the deaths in border crossings, the opening of countries, demand faced by recipient countries not only as an emergency long-term and finally, the (un)legal refugees condition that verify the flexibility of their rights in the face of global crises.

Keywords

Libya. Human rights. Refugees.

1. INTRODUÇÃO

* Doutora em Direito. Professora Adjunta II da UFSC. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e do Programa de Mestrado em Relações Internacionais, todos da UFSC. E-mail: danielle.annoni@gmail.com.

** Especialista em Docência no Ensino Superior pela União Dinâmica de Faculdades Cataratas em Foz do Iguaçu, Paraná (2004); Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina em Joaçaba, SC (2010). E-mail: marciadinfreitas@hotmail.com.

Este artigo visa discutir a situação dos refugiados frente à crise político-jurídica da Líbia, devido ao levante popular organizado por rebeldes contrários ao regime do governo de Muammar Kadafi e pelos próprios cidadãos que buscam maior participação política e liberdades individuais mais alargadas.

O artigo aborda aspectos históricos, composição sociológica e religiosa da região, sobretudo por sua posição estratégica, que são incidentes e relevantes para a formação da crise e da identidade árabe. Para tanto, foram utilizadas ferramentas conceituais e metodológicas de várias áreas do conhecimento como o direito, em especial o direito internacional, as relações internacionais, a história, a sociologia e a ciência política.

Em termos de organização, este trabalho é dividido em três partes. A primeira trata do que originou os levantes populares em si e seus objetivos político-jurídicos de forma geral, o que necessariamente há que se tratar da evolução histórica, indivisível, de toda a região árabe, especialmente Oriente Médio e África do Norte. Trata do desenvolvimento do islamismo e do nacionalismo frente às invasões e colonização, do processo de Independência em relação às potências e o valor da posição estratégica da região, dessa forma traçando o perfil dos interesses que têm permeado as relações entre esses países. Aborda também a interferência dos EUA e Estados europeus nos conflitos regionais como causa de desfragmentação política entre os países da região.

A segunda parte são informações sobre a Líbia, a colonização italiana, a independência, o desenvolvimento político pós-independência, a ascensão de Muammar Kadafi ao poder como ditador por meio de um golpe militar de Estado. Trata sobre o que levou a população a ansiar por uma alteração no paradigma político e jurídico. Buscou-se traçar um perfil do líder quanto a sua definição política, religiosa e ideológica. Tratar de questões contemporâneas como alianças político-econômicas relevando as relações internacionais, e discutir sobre o sistema de governo efetivamente usado e o nominal.

A terceira parte busca explicar sobre os refugiados e os mecanismos determinantes de seu (não) acolhimento pelo país destinatário e as problemáticas que enfrentam no decorrer desse processo. E, como está sendo a administração dos campos de refugiados líbios, como a ONU e a comunidade internacional tem reagido e qual a perspectiva desses indivíduos frente às atuais crises mundiais.

2. A CRISE NO ORIENTE MÉDIO E A INTIFADA POPULAR EM PROL DE MUDANÇAS POLÍTICO-JURÍDICAS

Este tema envolve um desafio por tratar não somente de questões políticas ou econômicas, mas, sobretudo questões religiosas e culturais. Por isso, a

importância de buscar conceitualmente a história árabe e muçulmana¹ é eminente para o discernimento da crise que o Oriente Médio tem enfrentado, sobretudo após a II Guerra Mundial.

Primeiramente, em relação ao conceito de “ser” árabe, o qual ainda é indefinido por que não corresponde a uma unicidade de país, ou uma nação, e não existe legalidade alguma, mas a real existência da identificação principalmente cultural e religiosa. Essa região é milenarmente composta por várias tribos, etnias, religiões, línguas, invasões territoriais, políticas e comerciais. Sabiamente, Guibernau (1997) a traduz como um “mosaico”, ou seja, diversos grupos étnicos em um mesmo território.

Segundo fator é a influência do islamismo que tem papel fundamental e permeia em maior ou menor grau toda a história dos países árabes no decorrer dos tempos. Lewis (1982, p.151) define que “O Islão – fruto da Arábia e do Profeta árabe – não foi apenas um sistema de fé e culto. Foi também um sistema de estados, de sociedade, de lei, de pensamento e de arte – uma civilização em que a religião foi o seu factor unificador, e eventualmente dominante”.

Contudo, o Islamismo sofre uma divisão no processo político e religioso em sunitas e xiitas, estes minoria, por uma disputa em substituição ao lugar de Maomé. Conforme Lewis (1982, p.83) a criação do Xiismo foi devido à diferença social e econômica entre os Árabes e os ditos não árabes (os *Mawali*), juntos aos árabes mais pobres do Iraque e Bahrein. É em parte responsável pelos conflitos atuais, no sentido de que esse enfrentamento não designa unidade aos países árabes e em regra, um grupo submete o outro social e politicamente.

E o terceiro fator é a grande movimentação política, consequência das invasões e dominações propostas na região. É inegável que a região possui características privilegiadas, primeiramente por ser uma rota de passagem comercial, e depois a partir do século XX, por descobrir-se a maior reserva mundial de petróleo. Barrucho e Otama (2011, p.85) esclarece que o Oriente Médio possui 56% das reservas petrolíferas do mundo. Sendo que os EUA apresentam reservas petrolíferas de 19,12 bilhões de barris em 2009, enquanto somente a Líbia possui uma reserva de 43,66 bilhões de barris (EIA, 2010).

¹ Comunidade linguística, o árabe, é a língua oficial de 22 países árabes (Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Comoros, Djibuti, Egito, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Mauritânia, Marrocos, Omã, Palestina, Qatar, Somália, Sudão, Síria, Tunísia, Emirados Árabes Unidos, Iêmen). Muçulmanos advêm da comunidade de religião islâmica. Existem países não árabes que possuem parcelas de islâmicos ou muçulmanos como Nigéria, Chad, Costa do Marfim, Níger, Mali, Afeganistão, Irã, Paquistão e Turquia. Existem países árabes que possuem partes de muçulmanos, como Líbia, Egito, Tunísia, Marrocos, Sudão, Argélia, Palestina, Arábia Saudita, Qatar, Iêmen, Emirados Árabes, Iraque, Síria, Bahrein, Kuwait e Líbano. Disponível em: <<http://www.hanifaponte.net/muculmanos.htm>> Acesso em: 10 abr. 2011.

E, por fim, a localização da região é a divisão e/ou união entre vários continentes. Posto isto, pode-se inferir os tipos e níveis de interesses estrangeiros desde sempre nesta região, não por acaso sofreu invasões desde 1600 a.C. A Grã-Bretanha, França, Áustria e Itália, a partir de 1800 d.C., perceberam o grande valor comercial de uma possível conquista das rotas marítimas e terrestres pelo Oriente Médio, tendo o controle direto ou indiretamente dos recursos e serviços, sobretudo as comunicações da região. Lewis (1982, p. 192) ressalta que “todo esse vastíssimo desenvolvimento visava, sobretudo o tráfego, com efeitos muito restritos sobre as economias dos países em causa”. Em torno de 1920, a partir da colonização, foram além, dominando e se apropriando de terras das tribos, criando grandes propriedades e massificando a mão-de-obra camponesa.

Surge, então, a quarta variável relevante na crise política jurídica atual, o nacionalismo árabe, como resultado do crescimento populacional na região, e, das várias atividades praticadas que tiveram como consequência uma estratificação social bem definida, impactando nas forças sociais. Para Hourani (2006, p.404), apesar do acultramento europeu com certa disseminação do cristianismo, destacava-se uma parcela de nativos que estudaram na Europa e internalizaram os princípios de independência, justificando mudanças necessárias para a modernidade debaixo da fidelidade ao islamismo. Sabiamente, Hobsbawn (1995, p. 201) assevera: “é a história de minorias de elite, às vezes relativamente minúsculas, pois – além da quase total ausência de instituições de política democrática – só uma minúscula camada possuía o necessário conhecimento, educação, ou mesmo alfabetização elementar”. Houve questionamentos morais sobre a colonização, o controle político de uma pequena elite colonizadora e o objetivo de substituir o Alcorão e as leis islâmicas por codificadas europeias, embora em muitas colônias já tivessem uma hibridação legal.

Inclusive, a expansão do Islamismo na África, busca dos próprios africanos, deu-se em função da necessidade de encontrar bases para promover os movimentos nacionalistas, que reuniram não só árabes, mas, cristãos. Assim, o nacionalismo foi emergindo frente aos desafios econômicos, políticos e religiosos da região, que num primeiro momento referia-se a identidade e organização do Império e depois contra as intrusões dos europeus. Para Lewis (1982, p.194-195): “À antiga antipatia árabe pelos Turcos e insistente desconfiança contra o Ocidente estranho e usurpador, veio acrescentar-se a noção europeia de nacionalidade e o renascer da língua e da cultura arábicas”.

Embora o colonialismo se apresentasse em seu apogeu, as reservas petrolíferas recém-descobertas sendo exploradas, refinadas e exportadas por empresas britânicas, francesas, americanas e holandesas. O avanço colonial da Itália e Alemanha ameaçavam as conquistas da França e Grã-Bretanha,

direcionando a história para o desmantelamento da colonização, nas palavras de Hourani (2006, p. 421).

Após a 1ª Guerra, os árabes e muçulmanos ainda ansiavam por uma determinação política, em construir uma identidade e sua representação política na comunidade. Em contrapartida, a cada novo fato histórico no mundo, por exemplo, a 2ª Guerra Mundial, e depois na Guerra Fria com a emergência das potências URSS e EUA, embora os árabes não estivessem diretamente envolvidos eram afetados por sua posição estratégica. Finalmente, a independência dos países de toda a região foi ocorrendo paulatinamente, sendo instalados regimes ditatoriais e populistas como Egito, Sudão, Arábia Saudita, Afeganistão, entre 1950 e 1970.

Ocorre depois a grande crise mundial do petróleo em 1973, que agravou a situação regional, conforme Gelvin (2005, p.5) expõe sobre o aumento das diferenças sociais e do despotismo. E, na década de 80, em toda a região do Oriente Médio e Norte da África, reforça-se a lealdade ao Islã, ao nacionalismo e ao objetivo de justiça social. O fundamentalismo foi muito debatido, restando uma divisão entre os que pensam ser o fundamentalismo uma justificativa para defesas agudas (KOLTAL, 2002), determinante para os conflitos, e outros que pensam ser apenas uma forma de defender suas tradições (GIDDENS, 2002, p.58).

Para Zizek (2011) não há fundamentalismo nos levantantes da Tunísia e Egito, ao contrário, é uma revolta “contra um regime opressivo, sua corrupção e pobreza, e demandaram liberdade e esperança econômica”, expressando o mais puro dos princípios democráticos, a liberdade de um povo em definir por si a sua direção.

Outro fator relevante e mais recente na crise regional é o apoio americano ao Estado de Israel, que enfraqueceu os ideais egípcios da democracia socialista, afastou a influência da antiga URSS e enfraqueceu a união dos Estados árabes, dessa forma, garantindo às potências mundiais a manutenção do conflito na região², a divisão dos países com características comuns e a abertura de fronteiras dos países para a penetração de empresas multinacionais, do capital estrangeiro e impondo a manutenção da presença militar na região.

² Estava assim inscrito no estilo de vida ocidental, a dominação dos países árabes, para dispor de petróleo a preços baratos. Esse esquema encontrou seu primeiro grande obstáculo com o surgimento de regimes nacionalistas, em países fundamentais na região, como o Egito e o Irã. Os problemas convergiram na crise de 1973, em que se uniram o aumento do preço do petróleo com a reivindicação do Estado palestino e a oposição dos governos árabes unidos a Israel. Diante da crise, os EUA passaram a operar em duas direções: intensificar os conflitos que dividissem o mundo árabe – como a guerra Iraque-Irã – e buscar formas de conseguir a presença permanente de tropas norte-americanas na região – obtida a partir da primeira guerra do Iraque. (SADER, 2011).

Mesmo com o fim da Guerra Fria, na década de 80, e a manutenção das alianças entre EUA e alguns países, a região continuou num quadro de instabilidade econômica, social e política que têm afastado qualquer possibilidade de equilíbrio político-institucional. E continuam complicadas as relações não somente intra, mas, entre Estados regionais, isto por que há duas variáveis constantes nestes conflitos: a ditadura nos países e a interferência direta dos EUA e potências europeias. Os órgãos internacionais, como FMI, Banco Mundial, entre outros, têm sido usados como instrumentos de manipulação desses países, e não há um combate direto destes, ao contrário, derruba-se o ditador visível, mas, não o oculto, conforme diz Chossudovski (2011).

Os levantes no Egito³ e Tunísia diferem-se substancialmente do da Líbia e Bahrein, enquanto naqueles há busca por melhores condições de vida e emprego, nestes não têm como objetivo principal esses pleitos, pois em termos médios regionais a Líbia e Bahrein possuem saúde, educação e qualidade de vida acima das médias regionais, o pleito refere-se à liberdade, a participação política, o que há de ser conseguida por meio do viés democrático. Para Rossi (2011) denota-se que há um descompasso entre o desenvolvimento econômico e a modernidade tecnológica/intelectual com o tipo de regime adotado nestes países.

Vale ressaltar a significância histórica universal desses levantes à medida que reforça a importância estratégica da região, a simbologia e a tendência mundial da evolução dos sistemas ou regimes, e subliminarmente políticas anti-imperialistas e anticapitalistas. Embora a interferência estrangeira⁴ seja um obstáculo perene para se atingir o objetivo de estabelecer um governo soberano, há elementos comuns em maior ou menor grau como a insatisfação com a situação político-econômica do país e o objetivo de liberdade. No entanto, os levantes na região se projetam com contornos próprios em cada país conforme suas diferenças políticas, culturais e sociais.

A situação atual é que os muçulmanos estão politicamente mais fortes, à medida que derrubam os ditadores, com base nas suas convicções religiosas e políticas. Contudo, as coligações⁵ entre os grupos religiosos e políticos tem se dado de maneira transversa, ou seja, não há impedimento moral ou religioso desde que os objetivos políticos sejam comuns a determinado povo ou

³ Conforme Chossudovski (2011), o Egito, após 1991, tem seguido os comandos do FMI (Fundo Monetário Nacional) para anular a dívida militar durante a Guerra do Golfo, como consequência a desestabilização da economia e o empobrecimento da população. Considerado aluno modelo do FMI.

⁴ A eventual perda do Egito como eixo do controle político da região seria gravíssimos para os EUA – além da queda do ditador aliado na Tunísia e outros desdobramentos em países com governos similares na região. (SADER, 2011).

⁵ Ver Chossudovski (2011) e Zizek (2011).

país, ao menos para quem está na liderança dos embates. Ao fundo da questão, parece um objetivo comum a busca pelo poder no mundo árabe.

Em outro viés, questões como o processo da globalização, evolução da sociedade nos termos pós-modernos, de tecnologia e desenvolvimento, o capitalismo acirrado e sem fronteiras, as crises financeiras mundiais e as consequências como a exclusão social e a massa de alienados da efetiva participação política, levam a reflexão acerca dos motivos reais dessa onda de levantes no Oriente Médio e norte da África. Parece lógico inferir que as motivações subterrâneas desse conflito são a guerra de poder em que figuram países ocidentais para a manutenção de sua hegemonia, não somente de dominação repetida, mas, atualmente de sobrevivência frente às crises financeira e econômica e, os próprios povos árabes que buscam um horizonte para as suas liberdades, novas perspectivas sobre o real significado de nação, e, de ser cidadão.

Parece que o fim do regime Kadaffi e a efetiva libertação da Líbia necessitam de maior entendimento sobre o antigo sistema, que foi fortemente influenciado pelo nasserismo, pelas rendas petrolíferas, poder apoiado no clientelismo social. Diante desse prisma observa-se que a *Jamahiriyah* firma-se em três pilares de legitimidade: militar, revolucionário e tribal. Assim, será discorrido sobre a história da Líbia no período Kadaffi.

3. A HISTÓRIA DA LÍBIA E DE MUAMMAR KADAFFI

A Líbia, a partir de 1912, viveu um sistema de dominação italiana, que unificou o país e sobreveio em partes com diferenças raciais amenas, favorecendo continuidade nas relações contemporâneas. Foi palco de combates entre Itália e Alemanha contra a Inglaterra, durante a 2ª Guerra Mundial, sendo cedida pela ONU ao Reino Unido e França em 1943, para administração. Em seguida, Ferkiss (1968, p. 105) ressalta que a Líbia tornou-se objeto de disputa entre a URSS e a potência europeia, impulsionando a ONU a tentar resolver a questão, o que lhe rendeu a independência em 1952. As descobertas das reservas de petróleo alteraram substancialmente o perfil econômico, o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) passou para patamares de 0,847, considerado o melhor do continente africano, embora saliente-se a sua relatividade. Contudo, exportava 90% da produção de seu petróleo⁶, que eram explorados por companhias estadunidenses (GOLPE MILITAR, 1969).

As contradições políticas, de um lado a Monarquia pró-ocidente com o Rei Idris I, os grandes proprietários e industriais, de outro os jovens oficiais do exército, pequenos proprietários e trabalhadores sindicalizados, garanti-

⁶ Ver: QUATRO DÉCADAS de ditadura na Líbia. **Estadão**. 21 fev.2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/quatro-decadas-de-ditadura-na-libia,131869.htm>> Acesso em: 10 abr.2011.

ram a Muammar Abu Minyar al-Kadafi a imposição de objetivos golpistas ao Estado da Líbia, sob a bandeira do nacionalismo árabe. Dissolve os Órgãos Legislativos e cria um Conselho Revolucionário, sob a proclamação constitucional (11 de dezembro de 1969). Teve o apoio da FPLP (Frente Popular de Libertação da Palestina), quando inclusive a Liga Árabe salientou que a disponibilidade dos recursos petrolíferos da Líbia a serviço da comunidade árabe seria um fator de fortalecimento contra Israel (GOLPE MILITAR..., 1969). Observe-se que o movimento que deu origem ao golpe de Estado na Líbia, originou-se, como este levante atual, da influência dos movimentos nacionalistas iniciados no Egito, Iraque e Síria (ON THIS DAYS).

A partir daí, o seu governo é marcado por radicalismo, principalmente aos nichos de italianos⁷ e judeus, os quais veem seus bens confiscados e as empresas estrangeiras são encampadas pelo Comando Revolucionário Líbio⁸. Ainda foi determinada a retirada das bases militares americanas e inglesas do país (US DEPARTMENT, 2010).

Kadafi publica o Livro Verde inspirado em seu mestre egípcio Nasser, expondo sua filosofia política e ideológica sobre a fusão entre nacionalismo árabe, socialismo e islamismo. Objetiva política anti-imperialista e a nacionalização do petróleo. A Líbia torna-se socialista popular, república com sistema político único, teoricamente uma democracia direta combinando islamismo e socialismo (CIA, 2011). Em 1977, legitima seu poder por meio de uma nova Constituição, a Declaração sobre o estabelecimento da Autoridade do Povo, reunindo Estado e religião em sua figura, por meio de seu discurso socialista islâmico e popular, propondo uma integração regional entre países de língua e civilização árabes (MRE, 2005).

As fontes de legitimidade de seu poder são o revolucionário, militar e tribal. Os comitês revolucionários são a base do sistema Kadafi ao possuírem benefícios diferenciados e por estarem espalhado por toda Líbia, embasados no sentimento de pertencimento tribal (macro e micro) e na instrumentalidade do poder. Kadafi soube trabalhar com a variedade tribal alternando negociação e limitação por meio de privilégios e ameaças. Conseguiu formar o maior reduto militar utilizando o poder local (de cada cidade ou tribo) so-

⁷ E o que dizer dos italianos que expulsou da Líbia depois de confiscar todos os seus bens e de afirmar que "poderia ter massacrado todos"? KHADDAFI - Fomos misericordiosos e humanos: deixamos os italianos partir em paz e até fomos saudá-los na partida. Eles ocuparam nossa terra depois de torturar e massacrar nosso povo. Suportamos tudo durante anos. Quando pudemos dominar a situação, retomamos o que era nosso. Não há líbio que não tenha lembranças dolorosas do imperialismo fascista. Os italianos que viviam na Líbia eram produto do colonialismo fascista. Mas é necessário fazer uma distinção clara entre a Itália de 1922 e a Itália de hoje (MEYER, 2003, itálico do autor).

⁸ KADAFI, o ditador da Líbia. 21 fev. 2011. **Jornal de Notícias**. Disponível em: <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=1789437&page=1> Acesso em: 25 abr. 2011.

bre o regional e do regional. Essas fontes foram decisivas para a resistência de Kadaffi contra as intifadas atuais.

Já na década de 80, mostra uma nova estratégia para seu objetivo de integração árabe com as ações terroristas empreendidas na Europa e no Oriente Médio e por meio de alianças com grupos como: IRA (Exército Republicano Irlandês) e a FPLP (Frente Popular para a Libertação da Palestina). As relações com os EUA se tornam conflituosas culminando num bombardeio americano em 1986, nas cidades de Trípoli e Benghazi. Em 1988, a Líbia revida com uma bomba num avião da Pan-Am, em Lockerbie/ Escócia, o que gera imposição de embargos pela ONU, isolando o país drasticamente do cenário internacional⁹. Kadaffi ameniza suas ações políticas.

Na década de 90, rompe com o islamismo fundamentalista do Irã, por causa do apoio do Irã a grupos extremistas líbios, corrompendo o poder do ditador, o que agradou as potências mundiais. Em 1997 ocorre um movimento de aproximação da Líbia com o Ocidente e a ONU retira as sanções sobre o país, tendo em vista a extradição dos acusados do atentado de Lockerbie. Em 2001, a Líbia troca informações com os EUA sobre o Al-Qaeda, assume responsabilidade sobre o atentado de Lockerbie e aceita suspender o Programa de produção de arma de destruição em massa. E, finalmente em 2005, as empresas petroleiras norte americanas voltam à Líbia para a exploração do petróleo, formalmente aceitas pelo ditador. EUA retira o nome do país da lista de terroristas e a União Européia realiza acordos de cooperação nuclear, industrial e militar. A Líbia assume o compromisso de combater a imigração ilegal, tendo como função ser uma barreira natural aos imigrantes africanos em direção à Europa. E Kadaffi consegue o retorno do condenado pelo atentado de Lockerbie em troca de concessões de exploração de petróleo com uma empresa britânica¹⁰.

Ainda, embora a Itália tenha sido a colonizadora os dois países ainda se mantêm próximos comercialmente, uma espécie de interdependência, na medida em que a Itália usufrui dos benefícios da capitalização de algumas empresas italianas, como Unicredit (maior banco da Itália), Finmeccanica (indústria de Defesa), Eni (energia) e o Juventus Clube de Futebol (SCHELP, 2011, p. 77). Em contrapartida, por meio de um acordo em 2008, entre Silvio Berlusconi e Muammar Kadaffi , o qual destina milhões de dólares ao ano

⁹ QUATRO DÉCADAS de ditadura na Líbia. **Estadão**. 21 fev.2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/quatro-decadas-de-ditadura-na-libia,131869.htm>> Acesso em: 10 abr. 2011.

¹⁰ FACE à Líbia, França e Reino Unido “tem cadáveres no armário”. **Euronews**. 22.mar.2011. Disponível em: <<http://pt.euronews.net/2011/03/22/face-a-libia-franca-e-reino-unido-tem-cadaveres-no-armario/>> Acesso em: 11 abr. 2011.

para o país por meio de projetos de desenvolvimento, como uma espécie de indenização a Líbia pelos 43 anos de colonização¹¹.

Atualmente, o país apresenta bons índices econômicos e sociais¹², o que não confere ao levante popular a causa específica de necessidades sociais, mas, ao contrário, de liberdade e participação política. Sustenta-se existir um comitê e eleições gerais diretas pelo Congresso popular, mas, essas estruturas são profundamente precárias. E os partidos políticos tem sido ilegais (US DEPARTMENT, 2010). E apesar da evolução na área diplomática¹³ e econômica, por outro lado, em relação aos direitos civis e políticos não houve avanços significativos.

Contudo, há que se observarem os vários lados nesse conflito, a população que vislumbra um futuro melhor, participativo e com liberdade, de outro lado os grupos que apoiam a população, mas, também querem colocar as mãos no poder, existe a força econômica e militar do próprio ditador que não quer sair de sua posição e transversalmente a todos estão os interesses estrangeiros, especificamente da Europa e EUA, que por meio da OTAN legitimam seus atos, não só em defesa dos civis, mas, também dos seus interesses.

A posição política estrangeira tem sido confusa¹⁴ em relação ao conflito Líbio, externando uma noção dos interesses capitalistas envolvidos. Outra questão é o que Chomsky (2011) explica sobre os bastidores da questão líbia, em que os próprios chefes dos demais Estados em conflito tinham interesse na queda de Kadaffi e o fato de que os EUA queriam controle ou ao menos clientelismo posto o medo do nacionalismo. E mais, a lamentação dos países árabes pelo controle e baixa do petrodólar. Nesse contexto, a política externa americana, que aos moldes da década de 70, é intervencionista, mostrou-se reticente depois da intervenção no Iraque tanto pelas críticas quanto pelo custo e resultado final atingido. Mas, França, Itália e Alemanha foram mais ativas nas decisões na OTAN.

¹¹ ITÁLIA paga indenizações pela colonização na Líbia. **Euronews**. 30 ago.2009. Disponível em: <<http://pt.euronews.net/2008/08/30/italia-paga-indemnizacoes-pela-colonizacao-da-libia/>> Acesso em: 10 maio 2011.

¹² Possui 6.545.619 hab., 77,89% em área urbana, PIB 2009 de US\$ 58.762 milhões, IDH: 0,755 (considerado elevado), Taxa de alfabetização de pessoas de 15 anos ou mais: 86,8%, Renda *per capita* 2009: US\$ 9.153, Usuários com acesso a internet em 2005: 4,72 a cada 100 habitantes (IBGE- Países@, 2011).

¹³ Líbia tem servido no Conselho de Administração da Agência Internacional de Energia Atômica de Governadores 2007-2008. De 2008-2009, a Líbia tem um mandato de dois anos, não permanente no Conselho de Segurança da ONU que representa o grupo africano. Em 2009, a Líbia tornou-se presidente de um ano da União Africano e foi palco de várias cimeiras da UA. Em 2009, a Líbia assumiu a presidência da Assembleia Geral das Nações Unidas. Líbia acolheu a março e outubro de 2010 cúpulas da Liga Árabe e uma cúpula árabe-Africano, em Outubro de 2010, e detém a presidência da Liga Árabe para 2010-2011 (US DEPARTMENT, 2010).

¹⁴ Ver BLINDER (2011).

Tendo em vista esse panorama e considerando as crises internas do país como deslocamentos populacionais, sistema político inadequado ou rígido, discordâncias étnicas, cristalização e sensibilidade das Instituições, o resultado é a ofensa direta aos direitos humanos que justificam medidas intervencionistas. Dessa forma, a necessidade de normatizar e regular as intervenções humanitárias no plano internacional é fator decisivo em direção à construção de relações e bases sólidas para o enfrentamento dessas situações.

Fica bastante evidente o peso das relações políticas no que concernem as reservas petrolíferas e sobre o equilíbrio financeiro do mundo, portanto a intervenção humanitária pleiteada por força militar pela coalizão ocidental ainda não se pode certificar ser a melhor opção, inclusive colaborando com baixas efetivas de civis.

Por outro lado, Lipset (2011) esclarece sobre o caminho tortuoso da democracia, ponderando as crenças e tradições que muitas vezes não se coadunam com o “funcionamento da democracia”. Esse conflito na Líbia tem dividido os países árabes em três grupos, os que se voltam para a África, para o Irã e seu contexto radical islâmico e os que se direcionam para o ocidente, com sua ideologia democrática e de liberdade a qualquer custo.

Assim, constatando as dificuldades, o recém-designado ao Banco Central de Benghazi, Ahmed S. el-Sharif, diz a Nordland (2011): “A democracia poderia provar-se perigosa, mas, nada comparado a ameaça que todo líbio viveu durante os 42 anos de poder do Coronel Kadaffi”.

Nestes termos, verifica-se o peso da vitória sobre Kadaffi com o resultado de sua morte, sobretudo pela legitimidade que sustentava o sistema. Mas, ao contrário do que se pode pensar, o país está apenas renascendo para uma nova caminhada que depende das decisões internas e interferências externas, sobretudo, da participação popular nesse processo e do consenso a ser alcançado considerando a variedade de tribos e clãs existentes.

Uma questão necessária de ponderação sobre os novos tempos da Líbia refere-se a composição do Conselho Nacional de Transição, que deve contemplar efetivamente a representatividade de cada região e tribo, inclusive incluindo as que apoiavam Kadaffi, para suspender qualquer estrutura autônoma possível.

4. A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS DIANTE DO CONFLITO E DOS PAÍSES DESTINATÁRIOS

Os deslocamentos de refugiados tem se apresentado como um problema do mundo moderno, sobretudo após a II Guerra Mundial. Nas últimas duas décadas isto tomou proporções alarmantes na medida em que houve situações extremas de conflitos internos e externos, a exemplo do Iraque, da

Palestina, do Afeganistão e recentemente os levantes populares no Oriente Médio e Norte da África.

Parece totalmente distante se falar em dignidade humana a essas pessoas, designadas clandestinas, desenraizadas ou vítimas absolutas, pois forçosamente deixaram tudo para trás, perderam suas casas, sua memória, seus objetos pessoais, sua raiz, seu vínculo com o país ou a terra em que viviam. E vivem situações de extrema necessidade fisiológica e emocional, não há alimentação, água, segurança, saúde e qualquer tipo de conforto. Ao perderem-se de seus familiares instala-se uma instabilidade emocional frente a tantas situações limítrofes. São violações massivas e contínuas dos direitos humanos.

O que resta para a Instituição ou país interventor, que só percebem essas pessoas como vítimas e não como sujeitos de direitos e/ou cidadãos, é tentar amenizar e buscar a reinserção social efetiva. Mas, é certo que é uma alteração definitiva em suas vidas, a qual não foi solicitada, totalmente sem o seu consentimento. Acrescente-se que é uma situação conflituosa de demorada resolução, portanto, em geral não há previsão de repatriamento ou de volta espontânea ao país de origem.

A questão estrutural dos refugiados deve ser observada sob duas dimensões, primeira a situação dos países que recebem um grande contingente humano que demandam todos os tipos de cuidados e necessidades básicas sobrecarregando o sistema governamental e por outra a real necessidade dessas pessoas em buscar um lugar seguro, com alimento, água e medicamentos. Para tanto, existem ações de auxílio aos países que recebem os refugiados, mas, por certo que grande parte do encargo fica por sua conta e risco.

A segunda é que os refugiados trazem consigo muito mais do que a demanda material imediata, mas a médio ou longo prazo¹⁵ a demanda intelectual, cultural, educacional, de empregabilidade, de reconstrução de vida. E questionamentos emergem como: lugares de alocação, o intercâmbio entre culturas diferentes, vagas de empregos, o sistema de Seguridade Social, moradias definitivas, entre outros. Então, um país ao abrir-se para abrigar refugiados deve estar ciente do compromisso e suas consequências.

Para uma noção da situação, 80% dos refugiados são acolhidos por países em desenvolvimento e 75% são recebidos em países vizinhos ao de conflito, revelando que os fatores se fortalecem (ACNUR, 2010). Também ressalta que os países desenvolvidos se mantêm a margem, rejeitando o auxílio direto. Para Agier (2006, p.198 e 199) os campos de refugiados são marginais à civilização ou a vida cotidiana e objetivam não só cuidados, mas, formas de

¹⁵ Refugiados em situação prolongada: Aproximadamente 7,2 milhões de pessoas estavam em situações prolongadas de refúgio (mais de cinco anos) no final de 2010, em 24 países – a maior taxa desde 2001 (ACNUR, 2010).

controle e de agregar similares para o encaminhamento a países que possuem essa política internamente. Inclusive, esses espaços de exceção são passíveis de outros tipos de violência ou transgressão aos direitos humanos, mas, encobertos pela idoneidade de Instituições ou Estados.

Para Penna Filho (2004), a Europa, por questões de segurança mantém relação de cooperação com os países de maioria islâmica, do Norte da África, para deter a imigração e o fundamentalismo religioso islâmico, especificamente Inglaterra, França e Itália.

Os problemas enfrentados por estrangeiros recebidos em outros países, em especial nos Europeus, são inúmeros. Questões como o racismo, a discriminação, a dificuldade em regularizar documentos, a dependência de revalidações de documentos periodicamente possibilitando uma mudança de *status* legal a qualquer momento, a construção de uma vida econômica e social em um país que pode vir a deportá-lo independente de sua contribuição. Um sentimento perene de instabilidade do seu *status quo*.

A própria Itália enfrenta um processo na Corte Européia de Direitos Humanos por ter rejeitado 13 somalis e 11 eritreus, que foram torturados num campo de detenção na Líbia, financiado pela própria Itália, e que ao buscar abrigo na Itália, em Lampedusa, foram expulsos, inclusive deportando-os em navio italiano até a Líbia (DEL GRANDE, 2011a). A Itália também formulou uma legislação interna que legitima a detenção ou prisão de seres humanos tão somente por conta de um documento irregular ou expirado, ou nenhum documento, conforme Del Grande (2011b). Os líbios e demais pessoas dos conflitos atuais estão desassistidas, com ações contrárias aos princípios da Convenção de 1951, artigo 9.

Atualmente já se discute uma alteração das regras do Acordo de Schengen que permite livre circulação entre países signatários face ao aumento dos fluxos de imigrantes ilegais nos países europeus, apesar do Acordo só permitir a reintrodução de medidas de controle de fronteira em caso de “ameaça à segurança ou ordem pública”. A proposta é intensificar o diálogo com países do Mediterrâneo e “promover as relações com a Tunísia, Marrocos e Egito, em diálogos sobre migração, mobilidade e segurança” (BUENO, 2011).

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados em seu artigo 1º tem função inclusiva e por exceção, expressa características de exclusão¹⁶, contu-

¹⁶ F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para se pensar que: a) cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dado pelos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) tornaram-se culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas (ONU, 1951).

do, a sua interpretação é aplicada inversamente pelos Estados. Mesmo com instrumentos como Convenção da antiga Unidade Africana (1969), em que possibilitou tratamento mais adequado às migrações africanas diante de maior vontade política dos líderes estatais, não há uma situação ideal ainda, as diretrizes formais e materiais encontram-se distantes.

Embora exista a legislação internacional sobre refugiados¹⁷, sobre o procedimento dos países para o acolhimento de estrangeiros, verifica-se por outro lado que essas pessoas são as primeiras a sentir as pressões de qualquer espécie de crise regional ou mundial que venha a ocorrer, inclusive sob a pena de voltarem compulsoriamente aos seus países de origem, deixando novamente tudo para trás, inclusive novos membros familiares como filhos e cônjuges. Novamente destituídos de seus bens e direitos. Não se trata apenas de estrutura e defesa frente às crises econômicas, mas, também de manter o poder sobre esse segmento de pessoas¹⁸. Cite-se o exemplo de Israel ou do próprio Afeganistão¹⁹, sobre vagas de trabalho, preconceito e dúvida na identidade civil. Não existe segurança jurídica internacional frente à legislação interna dos países, aos quais revelam privilégio aos nacionais, desconsiderando totalmente a posição dos estrangeiros tutelados frente ao Estado. Notadamente já o era assim em Roma antiga, em que estrangeiros (metecos) tinham direitos minimizados. Hoje, processos são propostos na Corte Internacional, mas, a efetiva resolução do problema e a garantia dos direitos ainda são precárias. A discussão resume-se a esfera formal do processo e não a esfera material da vida cotidiana das pessoas, isentando os gestores das Instituições de vontade política.

A ausência de segurança é a principal causa de êxodos ou deslocamentos forçados, inclusive no país de asilo, mas, trata-se de um direito fundamental dos refugiados, conforme Murillo (2009, p. 123) expressa. Salienta que a segurança tem como objetivo propiciar uma solução duradoura ao refugiado, na forma de repatriamento, ou na condição de asilado ou mesmo na busca de um terceiro país, possibilitando o reinício da vida social.

O caso da Líbia é, dentre os levantes, o que requer mais atenção considerando a resistência de Kaddafi, o que gerou violência de ambas as partes do conflito, resultando em mais vítimas e refugiados. Uma agravante é que o país já era centro de recebimento de refugiados da região norte e central da África, logo, essas pessoas são impelidas a procurar outro país receptor ou a voltar ao seu país de origem. E, ainda existem os refugiados estrangeiros que

¹⁷ Essa proposta, na verdade, agrupa normas que usualmente são consideradas como parte do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional dos refugiados, do direito internacional humanitário, do direito internacional do trabalho, do direito internacional econômico e do direito internacional penal (JUBILUT e APOLINARIO, 2010, p. 276).

¹⁸ Ver Romero (apud DANIELS, 2011).

¹⁹ Ver Hartmann (2011) e Agier (2006, p.197).

residiam ou transitavam pela Líbia, maioria africanos, sem cadastro oficial, em especial perigo porque eram considerados inimigos tanto dos rebeldes quanto do governo líbio. Ao mesmo passo o ditador quis mostrar força e fez pressão com o envio de grandes massas de humanos aos países europeus, como retaliação. Assim, os dois lados organizaram uma logística dentro do caos para encaminhar essas pessoas para os países vizinhos como Tunísia, Egito, Chad e Itália (FOUTEAU, 2011).

Também quanto à questão do tipo de refugiado e da origem, existem os cidadãos líbios vítimas das consequências do conflito e aqueles que correm algum tipo de risco (mulheres, pessoas traficadas, crianças desacompanhadas), e por fim, aqueles que estrangeiros ou não, que podem ser excluídos da proteção internacional por algum tipo de envolvimento com a transgressão aos direitos humanos, ou mesmo envolvido com questões militares (ACNUR, 2011a).

O resultado inicial é mais de 500 mil refugiados (ACNUR, 2011b). Entre 2009 e 2010 houve um decréscimo significativo na migração pela rota do mediterrâneo, em todos os países europeus com exceção da Grécia. Por exemplo, Itália diminuiu em 65%, ao contrário do movimento migratório recente. Foi registrada no começo do conflito em 2011, em 1,5 meses, a chegada de 5.526 imigrantes nas Ilhas Pelágicas que abrange Lampedusa, Lam-pione e Linosa²⁰.

Houve uma coordenação da Agência autônoma da União Européia, Frontex, para coordenar esse fluxo migratório de forma a não comprometer a segurança, liberdade e justiça dos países signatários do Acordo de Schengen, inclusive com a edição de um Código de Ética para os procedimentos. Contudo, é uma situação quase impossível de administrar em face da quantidade de pessoas que buscaram as fronteiras da União Européia.

Em torno de 10% da população líbia é de imigrantes, em média 70 mil são colonos palestinos, os quais não podem voltar à Palestina ou Faixa de Gaza por que seus documentos foram revogados por Israel e estão impedidos também de sair da Líbia via Egito, por que o Egito não permite que atravessem a fronteira, liberando apenas por períodos temporários.

Foram perto de dois mil os refugiados mortos no Mar do Mediterrâneo em fugas dos países de origem em direção a Europa, especificamente Itália (ROMANELLI, 2011). A Itália que estava recusando a chegada dos refugiados reviu sua posição, acolhendo centenas e até milhares de pessoas todos os dias. Hoje, já retornaram muitos refugiados a Líbia, mas, muitos ficaram dispersos e ainda terão as consequências do conflito por muito tempo.

²⁰ FRONTEx (2011b).

Embora, a Agência de Refugiados das Nações Unidas busque a imparcialidade e a apolíticação, Rocha e Moreira (2010, p.18) definem: “De fato, na questão dos refugiados, as duas dimensões - humanitária e política – estão entrelaçadas de modo indissociável”, portanto, desde seu início a Instituição foi eminentemente política, até mesmo para arrecadar fundos para sua manutenção e existência. E os Estados destinatários dos refugiados sopesam o custo benefício desse acolhimento na medida em que oferece mão-de-obra barata, conforme Feller (2001, apud ROCHA e MOREIRA, 2010, p. 21). Contudo, Rocha e Moreira (2010, p.21) esclarecem que frente às crises internas, “os refugiados passaram a ser vistos cada vez mais como pesados encargos econômicos e sociais aos países de acolhimento”.

Não há como se negar que esse é o panorama atual, muitas questões econômicas e financeiras enfrentadas pelos países desenvolvidos, tidos com potências e que hoje enfrentam o questionamento do lastro de sua moeda. Em mesmo sentido, o aumento do desemprego em função da queda do crescimento econômico, a migração das indústrias para países que possuem mais reservas naturais e mão-de-obra barata. São questões que influenciam diretamente na análise política do custo benefício de acolher um refugiado, sobretudo quanto aos custos estatais de manutenção desse grupo.

Notadamente, observa-se que o maior desafio das pessoas que fogem desses conflitos não só na Líbia, mas, por toda a África do Norte e Oriente Médio, é encontrar países dispostos a acolher o grande contingente, sem imposição de quantificações, de espaço ou outro tipo de limitação. E oferecer condições dignas de sobrevivência e de reinício de nova vida.

Portanto, há necessidade não só de uma legislação uniforme, melhor especificada e adequada aos direitos humanos como também a vontade política dos países em acolher essas pessoas de forma temporária ou definitivamente, não somente como nichos ou depósitos humanos agregados em locais menos valorizados, mas, com respeito aos seus direitos fundamentais.

Verifica-se ser apenas o início de uma longa caminhada aos refugiados, a qual deve ser pautada pelo auxílio e solidariedade dos países interventores, da comunidade internacional como um todo em busca da dignidade humana como objetivo mínimo.

Por fim, no caso específico da Líbia, há um papel preponderante do Conselho Nacional de Transição ao fazer cessar efetivamente as guerras internas, promovendo não só a representatividade das tribos, mas, sobretudo, usando a mediação e negociação interna. E, sobrepondo-se a isso a divisão transparente e equilibrada das rendas petrolíferas vai fortalecer o país como um todo e as regiões, considerando fato estabilizador dos conflitos. Nesse contexto geral haverá naturalmente o retorno de muitos de seus refugiados,

portanto, o futuro dos cidadãos líbios refugiados depende efetivamente do equilíbrio interno do país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se a complexidade ao tratar do sistema político jurídico da região, na medida em que não há limites definidos entre religião, política e Estado, sobremaneira, considerando a expansão do islamismo e do nacionalismo ocorrido após a independência dos países africanos e do Oriente Médio que foram fatores preponderantes para o agravamento dos conflitos frente às consequências do processo da globalização e da interferência de outros Estados.

Por outro lado, esses movimentos religiosos políticos não podem ser vistos apenas nesse viés, mas, também como frutos de um pensamento moderno e atual sobre as questões do mundo muçulmano. Senão, correr-se-ia o risco de passar tábua rasa nas questões dessa região com a visão ocidental de mundo, o que certamente não se pode afirmar o correto. Há de se ter alternativas verdadeiramente puras em conteúdo, ao invés de adotar somente uma visão do mundo.

Mas, o que é inegável é a situação regional dos direitos humanos, precária e frustrante, nem a visão ocidental e nem a oriental os tem garantido ou efetivado, ao contrário, o que se tem visto é um discurso perdido no vácuo dos atos. Por isso, a questão dos refugiados por motivos políticos ou de conflitos internos e violência em meio aos conflitos regionais, em especial da Líbia, toma relevância nessa discussão.

O que o bom senso jurídico e humanista sinaliza é uma atenção especial a este segmento de refugiados, os quais são impelidos a fugir, contra a sua vontade, obrigados a deixar toda uma história, suas raízes e uma construção de vida para trás, diferenciando-os dos refugiados econômicos. A transgressão dos direitos humanos é contínuo, intenso e em grandes proporções humanas.

Os países destinatários dos refugiados da Líbia e região encontram-se numa situação de adequação e administração da situação. Contudo, os países da União Européia apesar do auxílio humanitário têm procurado impedir as migrações em sua direção. Observe-se que se trata de um ciclo complexo a situação dos países do Oriente Médio e norte da África, em especial da Líbia, que são objetos de interesse dos países líderes mundiais para manutenção de sua hegemonia em função de sua posição estratégica e do petróleo. Porém, não encontram guarida humanística quando instaladas crises que muitas vezes são reflexos das intervenções políticas dessas potências.

As problemáticas enfrentadas pelos refugiados tanto no processo de cruzar as fronteiras quanto de fixação em outro país são eminentemente de direitos humanos, ao passo que os Estados devem concentrar sua atuação, com base em seu poder de império e na supremacia do interesse coletivo. Portanto, embora exista a legislação internacional para o acolhimento dos refugiados e sua manutenção, ainda assim é imperativo a vontade política dos países mais envolvidos e um auxílio efetivo em longo prazo, possibilitando um remanejamento adequado, sobretudo com qualidade de vida para esses indivíduos.

Com a morte de Kadafi é possível que a Líbia insurja numa caminhada em direção à estabilização militar, econômica e social, dentro de médio e longo prazo, a depender das conotações políticas dentro do Conselho Nacional de Transição. Essa é a esperança e alternativa satisfatória para muitos dos refugiados que desejam retomar direitos humanos como seus bens históricos e econômicos, tradições culturais, proximidade de familiares e, para muitos a proximidade de seu país natal que tinham na Líbia o refúgio.

REFERÊNCIAS

ACNUR - Agencia de Refugiados das Nações Unidas. **Tendências globais de 2010:** principais estatísticas. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Relatorio_Tendencias_Globais_2010_-_Principais_estatisticas>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. **Considerações sobre a proteção de pessoas que fogem da Líbia** – recomendações do ACNUR. 29 mar.2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Consideracoes_sobre_a_protecao_de_pessoas_que_fogem_da_Libia>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. **Conflito na Líbia já expulsou 500 mil pessoas e afeta etnia Baber no oeste do país.** Genebra. 12 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/conflito-na-libia-ja-expulsou-500-mil-pessoas-e-afeta-etnia-baber-no-oeste-do-pais/>>. Acesso em: 21 abr. 2011

AGIER, Michel. Refugiados diante da nova ordem mundial. **Tempo social**, São Paulo, v. 18, n. 2, Nov. 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0702006000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jun. 2011.

BARRUCHO, Luis Guilherme; OTAMA, Erico. O fogo chega ao barril. **VEJA**. 02 mar. 2011. p. 84-85.

BLINDER, Caio. O samba do árabe doido. 23 mar.2011. **VEJA**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/nova-york/>> Acesso em: 20 abr. 2011.

BUENO, Guilherme (2011). **União Européia vai reforçar controle sobre a circulação de pessoas. Relações Internacionais**. 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://ri.net.br/mais/galeria-de-fotos/uniao-europeia-vai-reforcar-controle-sobre-a-circulacao-de-pessoas/>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

CIA - Central Intelligence Agency. **The world fact book: Libya**. 03 maio 2011. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ly.html>>. Acesso em: 20 maio 2011. ISSN 1553-8133.

CHOMSKY, Noam. **Libya and World of Oil**. 05 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.chomsky.nl/nieuwe-artikelen-en-videos-van-chomsky/142-libya-and-the-world-of-oil>>. Acesso em: 13 abr.2011.

CHOSSUDOVSKY, Michel. **O movimento de protesto no Egito: “Ditadores” não ditam, obedecem a ordens**. 01 fev. 2011. Disponível em: <http://www.centrovictormeyer.org.br/attachments/219_1.2%20Ditadores%20n%C3%A3o%20ditam,%20obedecem%20-%20M.%20Chossudovsky.pdf> Acesso em: 10 abr. 2011.

DANIELS, Alfonso. “Política migratória européia é uma farsa”, denuncia especialista espanhol. **OPERAMUNDI**. 16 jan. 2011. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/entrevista/POLITICA+MIGRATORIA+EUROPEIA+E+UMA+FARSA+DENUNCIA+ESPECIALISTA+ESPANHOL_144.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2011.

DEL GRANDE, Gabriel. **Respingimenti 2009: si chiude il processo all'Italia. Fortress Europe**. 17 jun.2011. Disponível em: <<http://fortresseurope.blogspot.com/2011/06/respingimenti-litalia-ciripriva.html>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

_____. (2011b) **Cie: sale a 18 mesi il limite del trattenimento. Fortress Europe**. 16 jun. 2011. Disponível em: <<http://fortresseurope.blogspot.com/2011/06/cie-sale-18-mesi-il-limite-del.html>> Acesso em: 24 jun. 2011.

EIA - US Energy Information Administration (2010). **U.S. Crude Oil, Natural Gas, and Natural Gas Liquids Reserves**. 30 nov. 2010. Disponível em: <http://www.eia.doe.gov/oil_gas/natural_gas/data_publications/crude_oil_natural_gas_reserves/cr.html> Acesso em> 20 abr. 2011.

FACE à Líbia, França e Reino Unido “tem cadáveres no armário” (2011). **Euronews**. 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://pt.euronews.net/2011/03/22/face-a-libia-franca-e-reino-unido-tem-cadaveres-no-armario/>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

FERKISS, Victor C., Ed. (1967). Trad. Donaldson M. Garschagen. **África: um Continente à procura de seu destino**. Rio de Janeiro: 1967.

FOUTEAU, Carine (2011). Refugiados: a maior catástrofe da guerra da Líbia. **Be Internacional**. Disponível em: <<http://beinternacional.eu/pt/noticias/1790-refugiados-a-maior-catastrofe-da-guerra-da-libia>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

FRONTEX -Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas. **Situation at the External Border: JANUARY - SEPT 2010**. Disponível em: <http://www.frontex.europa.eu/hermes_2011_extended/background_information/>. Acesso em: 25 jun. 2011.

_____. **Situational Update: Migratory Influx To Southern Italy**. Disponível em: <http://www.frontex.europa.eu/hermes_2011_extended/news_releases/>. Acesso em: 25 jun. 2011.

GELVIN, James L. **The modern middle east: A History**. New York: Oxford University Press, 2005.

GIDDENS. Anthony. **Mundo em descontrolo**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GOLPE MILITAR derruba a monarquia na Líbia (1969). **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/arquivo/files/2011/02/1969.09.02p3.jpg>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

GUIBERNAU. Monteserrat. **Nacionalismos: o Estado Nacional e o Nacionalismo do século XX**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

HARTMANN, Arturo. Imigrantes ilegais em Israel viram alvo de leis severas e deportações. **OPERAMUNDI**. 11 jun. 2011. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/especial/IMIGRANTES+ILEGAIS+EM+ISRAEL+VIRAM+ALVO+DE+LEIS+SEVERAS+E+DEPORTACOE_S_12614.shtml> Acesso em: 24 jun. 2011.

HOBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914 – 1991**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLZGREFE, J. H. **Humanitarian Intervention: ethical, legal and political dilemmas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

IBGE. **IBGE- Países@**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

ITÁLIA paga indenizações pela colonização na Líbia. **Euronews**. 30 ago.2009. Disponível em: <<http://pt.euronews.net/2008/08/30/italia-paga-indemnizacoes-pela-colonizacao-da-libia/>>. Acesso em: 10 maio.2011.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, junho 2010. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv11/13.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

KADAFI, o ditador da Líbia. **Jornal de Notícias**. Disponível em: <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=1789437&page=1>. Acesso em: 25.04.2011.

KOLTAI, Caterina. A tentação do bem: o caminho mais curto para o pior... **Ágora** (Rio J.), Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, junho 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982002000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 maio 2011.

LEWIS, Bernard. **Os árabes na história**. Lisboa: Estampo, 1982.

LIPSET. Seymour Martin. The social requisites of democracy revisited: 1993 presidential address. **American Sociological Review**. Vol. 59, fev. 1994. p. 1-22. Disponível em: <<http://www.asanet.org/images/asa/docs/pdf/1993%20Presidential%20Address%20%28Seymour%20Lipsett%29.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

MEYER, Sandro. Diplomacia é hipocrisia: entrevista com Muammar Kaddafi. **VEJA**. 24 set. 2003. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/especiais/35_anos/ent_khaddafi.html>. Acesso em: 25 abr. 2011.

MRE - Ministério das Relações Exteriores. **Dados sumários sobre a Líbia**. Maio 2005. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/deaf/daf_3/libia2.htm>. Acesso em: 29 abr. 2011.

MURILLO, Juan Carlos. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados. **Revista Internacional de Direitos Humanos: SUR**, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 121-137, jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28093>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

NORLAND, Rod. A City in Libya Takes Halting Steps to Democracy. *The New York Times*. 17 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/04/18/world/africa/18benghazi.html?pagewanted=1&r=1>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

ON THIS DAY: 1 september - 1969: Bloodless coup in Libya. **BBC**. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/september/1/newsid_3911000/3911587.st>. Acesso em: 15 maio 2011.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e Apátridas**. Genebra: 28 jul.1951. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030623152049/20030623154056/>. Acesso em: 20 jun.2011.

PENNA FILHO, Pio. Segurança seletiva no pós-Guerra Fria: uma análise da política e dos instrumentos de segurança das Nações Unidas para os países periféricos - o caso africano. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 47, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292004000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 abr. 2011.

QUATRO DÉCADAS de ditadura na Líbia. **Estadão**. 21 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/quatro-decadas-de-ditadura-na-libia,131869.htm>> Acesso em: 10 abr. 2011.

ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Julia Bertino. Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 18, n. 37, Out. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000300003&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 26 jun. 2011.

ROMANELLI, Thaís. Cerca de 2 mil imigrantes já morreram no Mediterrâneo em 2011. **OPERAMUNDI**. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticia/CERCA+DE+2+MIL+IMIGRANTES+JA+MORRERAM+NO+MEDITERRANEO+EM+2011_12966.shtm> Acesso em: 24 jun. 2011.

ROSSI, Clóvis. Revolta chega aos ricos, agora com violência. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/clovisrossi/878886-revolta-chega-aos-ricos-agora-com-violencia.shtml>> Acesso em: 20 abr. 2011.

SADER, Emir. **A crise da hegemonia ocidental no Oriente Médio**. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/blogMostrar.cfm?startRow=11&paginaAtual=2&paginaInicio=1&blog_id=1&categoria_id=&mes=02&ano=2011> Acesso em: 13 abr. 2011.

SCHELP, Diogo. Futuro Sombrio. **VEJA**. 02 mar. 2011. p. 75-80.

US DEPARTMENT of State. **Diplomacy in action: Background Note: Libya**, 2010. Disponível em: <<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/5425.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

ZIZEK, Slavoj. **Por que temer o espírito revolucionário árabe?** Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=17357> Acesso em: 18 abr. 2011.



TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: POR UMA REMODELAÇÃO ECOLÓGICA DOS TRIBUTOS

*Denise Lucena Cavalcante**

Resumo

O presente artigo defende a ideia de que não se deve criar uma conceitualização específica de tributo ambiental, considerando que já há uma definição do gênero no art. 3º, do Código Tributário Nacional. Não se trata de uma espécie nova, mas sim de uma nova motivação. Os tributos com fins ambientais, em regra, também não terão exceção à aplicabilidade dos princípios constitucionais tributários. Portanto, o que deve haver é uma remodelação ambiental do sistema tributário nacional.

Palavras-chave

Tributação ambiental. Sistema tributário ambiental.

Abstract

This paper advocates the idea that one should not create a specific conceptualization of environmental tax, whereas there is a definition of gender in art. 3, the Brazilian Tax Code. This is not a new species, but a new motivation. The taxes for environmental purposes, as a rule, will also not exception to the applicability of constitutional principles tributaries. So what should be is a remodeling of the environmental tax system.

Keywords

Environmental taxation. Environmental tax system.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A perspectiva contemporânea da tributação voltada à proteção do meio ambiente requer uma nova sistematização das diretrizes fisco-ambientais.

O caminho para ligar a tributação à sustentabilidade ambiental não deve ser simplesmente onerar as empresas através de novos tributos ambientais. Também não poderá o tributo ser caracterizado como uma sanção.

* Pós-Doutora em Tributação Ambiental pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutora pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro/UFC. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: deniluc@fortalnet.com.br.

Muito mais eficaz que criar novos tributos, num país já de elevadíssima carga tributária, é a adoção de incentivos fiscais para as empresas que investirem na proteção ao meio ambiente, é o que prevê o princípio do *protetor-recebedor*.

O momento é de permitir a inovação fiscal na adequação dos tributos às atuais exigências ambientais e esta deve ser necessariamente por meio de uma diretriz governamental. O Estado tem que assumir seu papel de sujeito ativo nesta fase de transição para novos modelos econômicos ditos verdes.

Defendemos que o Direito Tributário brasileiro deve ampliar seu foco para dar diretrizes à sustentabilidade ambiental. A sustentabilidade está diretamente relacionada com a boa governança focada no desenvolvimento econômico comprometido com o meio ambiente¹.

Não se trata simplesmente de reduzir a discussão ao tributo ecológico. Na verdade, sequer defende-se um conceito próprio de tributo ambiental, pois não se trata de uma espécie tributária distinta das que estão em curso. Ao contrário, a tributação ambiental não preconiza uma espécie tributária nova, mas, sim, uma reordenação do sistema tributário com foco na sustentabilidade ambiental.

Embora a crise ambiental seja universal, os países estão em diferentes no grau de evolução desta crise. Enquanto no âmbito da União Europeia, por exemplo, avançam as discussões e aperfeiçoamento da cobrança de tributos sobre a poluição, como o *carbon tax*, já buscando definir preços sobre as emissões do gás carbônico - CO₂, países como o Brasil e muitos outros da América Latina ainda lutam para inserir em sua cultura a reciclagem do lixo doméstico, utilizando a redução de tributos para fomentar a educação ambiental.

Deve ser utilizado o critério ambiental em todo o sistema tributário, não no sentido de criar novos tributos, o que comumente teria o implícito caráter punitivo, mas sim, que os tributos já existentes sejam também utilizados para a proteção ambiental, a exemplo do que já vem acontecendo hoje com o IPTU e IPVA.

Os incentivos fiscais têm sido no Brasil o melhor instrumento fiscal para fomentar a mudança de postura dos cidadãos e dos empresários. Como afirmado anteriormente, essa fase de concessão de incentivos é bem característica da tese do protetor-recebedor, que com o tempo chegar-se-á ao equilíbrio de já ter incorporado nas atividades empresariais a obrigatoriedade de boas práticas ambientais, passando a vigorar assim, o próximo estágio da sustentabilidade que será o de *não protetor-infrator*.

¹ Sobre essa questão ver: CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: Novos horizontes da tributação: um diálogo luso-brasileiro. **Cadernos IDEFF Internacional**, n. 2, Coimbra: Almedina, 2012, p. 95-208.

A tributação ambiental atua por meio dos diversos instrumentos econômicos, podendo produzir seus efeitos por intermédio dos tributos, incentivos e benefícios fiscais, isenções, obrigações acessórias, enfim, de todas os meios fiscais capazes de induzir condutas, restaurar danos ou redistribuir custos ambientais.

2. DA SUPERAÇÃO DA EXTRAFISCALIDADE COMO CARACTERÍSTICA INERENTE À TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

As funções da tributação ambiental são classificadas de acordo com a atividade a ser alcançada por meio de sua adoção, podendo ter: i) *função indutora* – induz a comportamentos ambientalmente adequados e/ou premia as condutas mais favoráveis (internalização das externalidades positivas); ii) *função restauradora* - restaura os danos ambientais já ocorridos; e iii) *função redistributiva* - redistribui os custos ambientais das atividades causadores de danos (internalização das externalidades negativas).

Com base nestas funções, podemos identificar vários tributos que passam a ter grande relevância na questão ambiental, comprovando que a tributação ambiental vai muito além do que foi pensado nos primeiros momentos, conforme veremos a seguir.

Com frequência, os tributos dito ambientais são caracterizados originalmente com a função extrafiscal², insistindo-se na clássica dicotomia entre função fiscal e extrafiscal³.

² Casalta Nabais: “É certo que os tributos ambientais, são, em geral, definidos pelas seguintes características ou notas típicas: 1) têm função extrafiscal; 2) tributam actividade mais poluente, atendendo ao princípio do poluidor-pagador; 3) presumem a existência de produto alternativo para o qual possa ser dirigida a procura antes orientada para o produto tributado; 4) as receitas encontram-se, por via de regra, consignadas à realidade da função ambiental; 5) devem ser estabelecidas no início da cadeia produtiva (upstream). Mas em rigor, são as três primeiras notas que, efetivamente caracterizam os verdadeiros tributos ambientais enquanto tributos de natureza extrafiscal.” (NABAIS, Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; DA SILVA, Suzana Tavares. (Coords.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 47.

³ A doutrina espanhola trata de “graus de parafiscalidade” dependendo da intensidade de sua influência na regulação a que se propõe: “*Se podrían, por tanto, reducir a tres las características básicas de la parafiscalidad, el carácter extrapresupuestario, al no incluirse en el presupuesto del Estado; la gestión, por estar encomendada a órganos diferentes de la Administración financiera; y la afectación, las exacciones parafiscales son ingresos que nacen afectados a un fin, esto es, que desde el momento de su recaudación pueden estar adscritos a determinadas finalidades específicas. Es, por tanto, perfectamente posible referirse a ‘grados de parafiscalidad’, dependiendo de la intensidad del alejamiento de su regulación jurídica con respecto al que sería régimen jurídico propio y normal del tributo de que se trate.*” (MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan Arrieta. **Régimen fiscal de las aguas**. Madrid: Civitas, 1991, p. 33-34.)

Em relação aos tributos com fins ambientais, contudo, está cada vez mais difícil isolar tais funções, considerando que todos os tributos podem ter ambas as atribuições.

Concordamos, então, com Heleno Taveira Torres⁴ quando ele acentua que *a ordenação de finalidades extrafiscais ao tributo já não é suficiente sequer para caracterizar diferenciações entre eles, devendo tal distinção ser abandonada.*

Melhor não fazer mais tal vinculação dos tributos⁵, considerando que muitos exemplos podem ser oferecidos, demonstrando que tributos de natureza originalmente fiscal podem também ter, em determinadas situações, função extrafiscal.

O que deve qualificar o tributo é a produção de seus efeitos na proteção ambiental e não simplesmente o seu fato gerador⁶, ou a terminologia que se dê ou, ainda, a sua finalidade no momento da sua concepção. Vemos, pois, que a extrafiscalidade, por si, não pode justificar a existência de um tributo ambiental⁷ como uma nova espécie, daí a preferência pela expressão *tributo com fins ambientais*, que alcança todos os tributos.

A discussão referente à extrafiscalidade dos tributos só é relevante para comprovar que estes vão muito além da mera função de arrecadar⁸. E,

⁴ “No plano do Estado Democrático de Direito, este caracteriza-se, adicionalmente, pela proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos e liberdades fundamentais, bem como pela própria afirmação dos valores em matéria tributária. Agora, a ordenação de finalidades extrafiscais ao tributo, diversamente do que se vivenciou em tempos passados, já não é suficiente sequer para caracterizar diferenciações entre tributos. Com isso, a distinção, tão em voga nos meados do século XX, entre tributos “fiscais” e “extrafiscais”, como que ontologicamente contivessem qualquer diferença específica que os pudessem distinguir entre si, deve ser abandonada. O tributo pode fazer parte de uma intervenção do Estado na economia, como ocorre com as chamadas “contribuições de intervenção no domínio econômico”, como pode integrar-se à programação das suas atividades e cumprimento de metas, a depender da espécie tributária, mas isso sem qualquer vinculação material com a ideia de “fins” do Estado ou equivalente e, ao mesmo tempo, sem que a destinação das receitas valha para modificar, de algum modo, a classificação das espécies tributárias.” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171-172.

⁵ Não podemos concordar com a afirmação de J. L. Peña Alonso, ao afirmar que: *“en los tributos medioambientales el carácter extrafiscal se convierte en el fundamento y razón última de su existencia. (...) En todo caso, entendemos que la compatibilidad de ambas funciones exige en este tipo de tributo una clara preferéncia de la función extrafiscal sobre la propiamente recaudatoria.”* (PEÑA ALONSO, J. L. La finalidad extrafiscal y la estructura de los tributos medioambientales. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis Maria; MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián. (Orgs.). **Tratado de tributación medioambiental**. V. I, Navarra: Thompson Aranzadi, 2008, p. 474-475.

⁶ Neste sentido, ver SOARES, Cláudia Alexandra Dias. **O imposto ecológico – contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente**. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Stvdia ivridica 58, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 290.

⁷ Aqui não fazemos diferença entre tributo ambiental, tributo verde, ecotributos, tributo ecológico etc.

⁸ Ao tratar desta questão, os autores remontam à antiga discussão sobre a ilegitimidade da tributação com fins extrafiscais, tema entendido superado nos dias atuais. Neste sentido, ver:

dentre as funções extrafiscais, a mais útil ao nosso estudo é a de auxiliar a transição da economia tradicional à sustentável.

É preciso ultrapassar, no entanto, essa discussão, que se torna vazia no contexto da tributação ambiental. A finalidade que se persegue aqui é a defesa do meio ambiente e é o que deve estar nos tributos com fins ambientais e não se restringir às funções arrecadatória ou não arrecadatória. Esta discussão pode até ter sido relevante no âmbito do Direito Tributário quando ressaltávamos o papel das contribuições sociais, mas não agora no âmbito do Direito Tributário Ambiental, que tem como princípios tanto os expressos no Sistema Tributário Nacional como os previstos no Direito Ambiental. Devem prevalecer os princípios das duas áreas na adequação à fiscalidade ambiental.

Para exemplificar esta afirmação, podemos observar o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) no Brasil, que tem função originariamente fiscal (arrecadatória), porém, quando foi definida em alguns estados a alíquota zero para os veículos elétricos (não poluentes), neste momento, instituiu-se também sua natureza extrafiscal, representando esta redução de alíquota um estímulo à diminuição da poluição causada pela emissão de gases oriundos dos veículos tradicionais. Portanto, a diferenciação de alíquotas em determinados impostos pode exercer importantes influências em prol do meio ambiente e, no exemplo dado, descaracteriza sua natureza fiscal, caso se aceite tal classificação.

Não podemos negar que esta redução de alíquota para o veículo não poluente não seja relevante para o meio ambiente. Neste caso, o IPVA se caracteriza como um exemplo de tributação em prol da proteção ambiental, embora o imposto originalmente não tenha sido instituído com esta finalidade. É importante manter esta posição, pois será muito útil na prática, quando se busca ampliar cada vez mais a utilização dos tributos com fins ambientais e, assim, mudar a postura do Poder Público, introduzindo no âmbito estatal práticas fiscais inovadoras e que permitam uma adequada integração entre a política fiscal e a política ambiental, aquela em prol desta.

De forma contrária, caso se entenda que a redução da alíquota supracitada é decisão exclusiva da política fiscal, sua supressão poderia se basear tão somente nas regras de mercado e não nas relevantes necessidades ambientais, o que iria contra o movimento contemporâneo do desenvolvimento econômico sustentável.

Portanto, não há mais que insistir na extrafiscalidade como característica originária para os tributos com fins ambientais, uma vez que, na prática, as funções se misturam e não mais possui relevância teórica a tentativa de

OLIVEIRA, Gustavo Goiabeira de; PÉRIILLIER, Eduardo Barros Miranda. A extrafiscalidade como instrumento de controle ambiental. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (Coord.). **Direito tributário ambiental**. 2. tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107-109.

isolá-las e defini-las como elemento caracterizador dos tributos. Quanto mais características de proteção ambiental forem identificadas nos tributos, melhor será para a eficácia da utilização destes como instrumentos de indução de comportamentos mais sustentáveis, não devendo descartar a função ambiental deles só porque não foram originalmente configurados com tal fim.

Então, há de ser superada a discussão sobre a prevalência da fiscalidade e extrafiscalidade⁹ do tributo com fins ambientais, a qual nada contribui para a tributação ambiental. Além do mais, na caracterização do tributo ambiental, o que é relevante é a sua conotação em prol do meio ambiente¹⁰ e não sua restrição única a princípios exclusivos do Direito Tributário.

Demais disso, é fato comprovado que os tributos com fins ambientais têm as duas funções¹¹. Tanto por meio da arrecadação de receitas para tal

⁹ Heleno Taveira Torres assim expõe: “O tributo ambiental, segundo alguns, seria aquele afetado pela *finalidade*, na sua latente extrafiscalidade, portanto. Essa é uma afirmação sobremodo duvidosa, haja vista a falência dessas teorias finalistas e do próprio conceito de extrafiscalidade. Nas palavras de Pedro Herrera, El adjetivo ‘ambiental’ aplicado a los tributos no es menos ambiguo que el concepto de ‘extrafiscalidad’. Donde radica el núcleo *ambiental*? En la *estructura* del impuesto, o en el destino de los fondos recaudados?” Essa é a dúvida que campeia nessa seara, pois, como garantia de segurança jurídica, deve-se ter a possibilidade de identificar onde termina o fiscal e onde começa o extrafiscal, de modo a evitar a ampliação indevida do quantitativo dos tributos e suas afetações à liberdade e ao patrimônio dos contribuintes. Faz necessário, pois, resguardar a sociedade de investidas legislativas do poder de tributar, a pretexto de medidas preservacionistas, para criar tributo que, ao fim e ao cabo, a mais não servem do que ampliar a carga tributária geral, desprovido de qualquer vínculo com a atividade estatal de proteção ao meio ambiente”. (TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TORRES, Heleno Taveira. (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100).

¹⁰ “La finalidad medioambiental del tributo se puede dar: (a) por ser la finalidad expresada por el legislador a la hora de la creación del tributo en cuestión, (b) por la afectación de los ingresos que genera a la defensa y mejora del medio ambiente o (c) por la estructura del tributo que evidencie que lo fundamental es conseguir que el comportamiento de los obligados tributarios frente al medio ambiente cambie, incentivando aquellos comportamientos que sean acordes con el mismo y/o disuadiendo de los contrarios.” (VILLARREAL, Alberto Muñoz. Principios rectores de los tributos medioambientales. In **Tributación ambiental y haciendas locales**. Director Fernando Serrano Antón/Thompson Reuters. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 105-106).

¹¹ Neste sentido, bem esclarece Claudia Soares: “Os tributos ambientais podem prosseguir uma finalidade recaudatória (*reine Umweltfinanzierungsabgaben*) – redistributiva – ou uma finalidade extrafiscal (*reine Lenkungssteuerern*) – incentivante. Ambas as modalidades permitem realizar uma internalização das externalidades e têm um efeito estimulante, ainda que em grau diverso. Mas enquanto os primeiros, mais freqüentes, visam recolher fundos a aplicar na despesa pública de natureza ambiental, operando, simultaneamente, uma redistribuição dos custos associados à defesa do equilíbrio ecológico por todos os sujeitos, em conformidade com a “quota-parte [de responsabilidade de cada um] nas despesas das medidas colectivas”, já que, apesar de todos serem poluidores, uns são mais do que outros; os segundos pretendem, em primeiro lugar, “incitar o poluidor a tomar por si próprio, pelo menor custo, as medidas necessárias para reduzir a poluição”, escolhendo vias alternativas de actuação, ainda que o façam sem deixar de colher receitas, isto é, re(dis)tribuindo os custos da poluição.” (SOARES, Cláudia Alexandra Dias. **O imposto ecológico – contributo para o estudo dos instrumentos**

fim, como por intermédio de medidas indutoras de comportamentos ambientalmente sustentáveis, com o aumento de alíquotas para inibir posturas ecologicamente agressivas, enfim, o que notamos hoje é a necessidade de adaptação de todo o sistema tributário para o fim da proteção ambiental e da restauração dos danos já causados, quando possível for.

Portanto, insistimos na concepção de que não é possível descartar a possibilidade de definir a finalidade ambiental aos tributos, simplesmente porque seu desenho original não foi projetado com tal intenção. Isto seria excesso de rigor teórico e que nada acrescentaria à causa maior, que é a defesa do equilíbrio ecológico.

3. REFLEXOS DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NOS TRIBUTOS JÁ EXISTENTES NO BRASIL

A concepção abrangente de que todos os tributos cujos efeitos reflitam na proteção ambiental encontra-se na esfera dos princípios da tributação ambiental determina que toda e qualquer alteração da política fiscal seja feita em conformidade com a política ambiental. Isto possibilita um constante ajuste do sistema tributário vigente com fulcro nos princípios ambientais contemporâneos. Assim, mesmo os tributos que não tenham na sua origem nenhuma relevância nesta área podem passar a ter. Nesse caso, os efeitos fisco-ambientais terão mais relevância do que o fim propriamente dito¹².

Registramos, por oportuno, a posição da OCDE, da Agência Internacional de Energia e da Comissão Europeia, que enfatizam a dificuldade de definir o que seja tributação ambiental, abordando genericamente todos os tributos que estejam relacionados com o meio ambiente e que incidam sobre bases consideradas de relevância ambiental, tais como: produtos energéticos, veículos a motor, resíduos, medidas ou estimativas de emissões poluentes, recursos naturais, nos seguintes termos¹³:

Definition of environmentally related taxation.

econômicos de defesa do ambiente. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, *Stydia ivridica* 58, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 290-292).

¹² Desta forma, não podemos concordar com afirmações que diferenciam **fins e efeitos**, considerando a presença cada vez mais intensa de instrumentos fiscais como indutores de comportamentos. Respeitamos, contudo, posição contrária que assim dispõe: “*A mi juicio, la base mínima de distinción ha de partir de la diferenciación entre fines extrafiscales y efectos extrafiscales. Si un tributo se orienta de forma primordial y específica a un fin distinto del recaudatorio cabe la posibilidad de que sea un tributo extrafiscal. Si, por el contrario, únicamente produce efectos extrafiscales, ya sea porque su finalidad principal es recaudar dinero o bien porque sólo alguno de los elementos que lo integran tiene trascendencia extrafiscal ese tributo no será realmente un tributo extrafiscal.*” (ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. **Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal.** Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 22).

¹³ OCDE. **Taxation, innovation and the environment: green growth strategy.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/25/48178034.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

The OECD, the International Energy Agency (IEA) and the European Commission have agreed to define environmentally related taxes as any compulsory, unrequited payment to general government levied on tax bases deemed to be of particular environmental relevance. The relevant tax bases include energy products, motor vehicles, waste, measured or estimated emissions, natural resources, etc. Taxes are unrequited in the sense that benefits provided by government to taxpayers are not normally in proportion to their payments. Required compulsory payments to the government that are levied more or less in proportion to services provided (e.g. the amount of wastes collected and treated) can be labelled as fees and charges. The term levy covers both taxes and fees/charges.

Concordamos, pois, com a afirmação de Tulio Rosembuj¹⁴ no sentido de que os tributos ambientais não comportam, em regra, nenhuma atipicidade e seus elementos essenciais não são diferentes dos que já conhecidos. A sua particularidade é a definição de seus objetivos no sentido de fomentar a busca pelo equilíbrio ecológico, como por exemplo, por meio do incentivo à utilização de energia limpa, preservação e conservação dos recursos naturais, como água, ar, solo e desestímulos à utilização e produção de produtos danosos ao meio ambiente etc.

Desta forma, não há que se criar uma conceituação específica de tributo ambiental¹⁵, considerando que já há um definição do gênero no art. 3º, do Código Tributário Nacional. Não se trata de uma espécie nova, mas sim de uma nova motivação. Os tributos com fins ambientais, em regra, também não terão exceção à aplicabilidade dos princípios constitucionais tributários¹⁶.

¹⁴ *“Aquellas figuras tributarias de naturaleza ambiental deben acompañar al conjunto del sistema tributario y, para ello, despojarse de cualquier remota que delate su pretendida atipicidad. En primer lugar, el tributo ambiental no puede definirse por su finalidad que, como dije, es similar a la de los demás, si bien acompañada por un fundamento político, social y económico que lo justifica jurídicamente. La finalidad extrafiscal es provisoria, simplemente una cuestión de tiempo, hasta que se institucionalice la consolidación de la (prevención) necesidad propuesta por el deterioro del bien ambiental, en forma permanente y sistemática: el **welfare ecológico** es una pieza clave en la sociedad del bienestar, tanto que de ello depende la supervivencia del propio ser humano o su entorno, donde el proceso de prevención persigue impedir la “no reproducción” del ambiente.”* (ROSEMBUJ, Tulio. **El impuesto ambiental**. Barcelona: Editorial el Fisco, 2009, p. 76).

¹⁵ Em sentido contrário, há quem defina características próprias para o tributo ambiental. Neste sentido ver: PIMENTA, Carlos Rocha Ramos e; LOPES, Cidália M. Mota. Os limites da tributação ambiental. Um estudo empírico do crédito fiscal à defesa e protecção ambiental em Portugal. In **Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal**, n. 25, jan./mar., 2006, p. 72. OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. Os impostos ambientais – alguns aspectos da sua temática. In **Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal**, n. 19/20 jul./set. e out./dez., 2004, p. 94. NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável – Estudos de direito fiscal**. Vol. III, Coimbra: Almedina, 2005, p. 191-192.

¹⁶ Eric de Moraes e Dantas explica: “Evidencia-se que o que se intenta realizar não é a desqualificação dos tributos com natureza ambiental, negando-lhe a natureza tributária; pelo contrário, o que se pretende realizar é, sob uma ótica de valorização dos ditames constitucionais relacio-

O que deve ser considerado é a motivação do tributo com fulcro no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, como muito bem explica Heleno Taveira Torres¹⁸, afirmando que no tributo ambiental deve estar presente o *motivo constitucional*, que é a preservação do meio ambiente, não se vinculando meramente à finalidade no sentido de determinar o destino da receita.

De igual modo, não há que se restringir o tributo com fins ambientais a uma só espécie de tributo. A questão da proteção ambiental pode ser fomentada por meio de qualquer espécie tributária, bem como por preços públicos e demais instrumentos da política fiscal, como demonstrada a experiência recente de países diversos.

Em relação a isto, a doutrina posiciona-se de formas diversas. Tanto no Brasil como em outros países, essa não é uma questão pacífica, contudo, nos estudos mais recentes, observa-se uma tendência de que todos os tributos possam atuar na proteção ambiental, posição que parece a mais adequada e assim indicada no estudo *Modelo de Código Tributário para América Latina*¹⁹:

En líneas generales, se propone integrar en el Código Tributario el concepto de tributo medioambiental, como centro de atribución de un régimen jurídico especial adecuado a las peculiaridades de las figuras que lo integran. No se trataría de definir una cuarta categoría tributaria situada junto a los impuestos, tasas y contribuciones especiales, sino de una modalidad especial de tributo que puede abarcar impuestos, tasas, contribuciones especiales u otras figuras de carácter híbrido que presentan unas características comunes en algunos aspectos de su régimen jurí-

nado *a priori*, uma justificação constitucional desses tributos de modo a que não percam a sua natureza tributária, buscando harmonizar possíveis tensões entre liberdades, propriedade e meio ambiente por uma releitura da capacidade contributiva aplicada ao fenômeno da finalidade extra(fiscal) dos tributos. O problema, portanto, não reside em retirar a natureza tributária dos impostos extrafiscais, mas em tornar explícito que mesmo os tributos extrafiscais possuem natureza tributária. Desta natureza tributária decorre o dever de obediência aos limites impostos à tributação, de modo que uma maior margem de atuação dos Poderes estatais não autoriza, ainda que para promover direitos fundamentais, relativizações apriorísticas excessivas d'outros direitos, igualmente fundamentais, do contribuinte". (DANTAS, Eric de Moraes. Impostos extrafiscais ambientais e as exigências de respeito à capacidade contributiva em busca da harmonização de direitos fundamentais. In: MATIAS, João Luis Nogueira; MELO, Alison José Maia; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. **Direitos fundamentais, fundamentação e eficácia**. Florianópolis: FUNJAB, 2011, p. 339-340).

¹⁷ "Art. 225. Todos têm o 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."

¹⁸ TORRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. In: PIRES, Manuel. **Extrafiscalidade**. Lisboa: Universidade Lusitana, 2011, p. 89.

¹⁹ HERRERA MOLINA, Pedro; BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel. Método y plan. In: GONZÁLEZ GARCIA, Gabriela. (Coord.). **Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina**. Universidad Complutense de Madrid, Doc. n. 18/03. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, ISSN 1578-02444, p. 6.

dico, con independencia de la categoría tributaria tradicional a la que pertenezcan, que resultaría irrelevante. Si se opta por esta solución, no bastaría con una definición legal de los tributos medioambientales; la norma debería precisar también en qué medida tales figuras quedan sometidas a un régimen jurídico especial (por ejemplo, la distribución de competencias o los criterios de cuantificación).

A definição acima é útil para corroborar o raciocínio de que todas as espécies tributárias podem ter funções de proteção ambiental. Já a ideia de definir expressamente um conceito de tributo ambiental a ser inserido no Código Tributário Nacional parece desnecessária, principalmente se vincular este conceito exclusivamente à hipótese de incidência aos fatos que repercutem no meio ambiente, nos termos apresentados a seguir²⁰:

Propostas. CTN. Artigo 5º. I. Tributos ambientais são aqueles impostos, taxas e contribuições que apresentam como hipótese de incidência fatos que repercutem negativamente no meio ambiente ou que provocam uma atuação pública de tutela ambiental.

Entendemos que a configuração dos tributos com fins ambientais pode se dar por meio de qualquer critério (material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo) previsto na *regra-matriz de incidência tributária*²¹ e, não, exclusivamente, através da hipótese de incidência, como disposto acima, no Modelo do Código Tributário para a América Latina.

Isso porque não se pode desprezar a importante função de proteção ambiental de vários impostos em curso, que não têm na sua hipótese de incidência (critério material) a previsão de fatos que repercutem no meio ambiente, entretanto, têm no critério quantitativo uma variação de alíquota que intervirá diretamente na proteção ambiental²², como a alíquota reduzida para os veículos elétricos brasileiros, no caso do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Não há como negar a relevância deste imposto para o fomento à diminuição dos gases de efeito estufa.

²⁰ FERREIRA, Luciana Angjeres. Capítulo tercero: Brasil. In: GONZÁLEZ GARCIA, Gabriela. (Coord.). **Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina**. Universidad Complutense de Madrid, Doc. n. 18/03. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, ISSN 1578-02444, p. 21.

²¹ Sobre a regra-matriz de incidência tributária ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294-366.

²² Neste sentido, afirma José Marcos Domingues de Oliveira: “Com criatividade, é possível adaptar e graduar os tributos conhecidos à finalidade preservacionista, em que o poluidor é levado a não poluir ou a reduzir a poluição para não ser tributado ou ter a sua carga tributária reduzida e o não-poluidor é isentado. (In: **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

Utilizando-nos do mesmo exemplo do IPVA brasileiro, criticamos a permanência, em alguns estados²³, da alíquota reduzida para os veículos antigos, por ser proposta antagônica à tributação ambiental, considerando que tais veículos são muito mais poluentes do que os novos. Seus usuários não poderiam ser premiados com uma alíquota reduzida. Estamos, pois, diante de uma questão também de política ambiental e não meramente de política fiscal.

Em Portugal, por exemplo, Casalta Nabais entende que os tributos mais aptos a atuar no setor de proteção do ambiente são os tributos unilaterais ou impostos e não os tributos bilaterais ou taxas²⁴. Claudia Soares também defende uma preferência pela utilização dos impostos, mas não exclui expressamente a utilização das taxas²⁵.

Na doutrina espanhola, Menéndez Moreno justifica e exemplifica casos de aplicabilidade de todas as espécies tributárias (impostos, taxas e contribuições) como compatíveis à proteção ambiental.²⁶ Juan Calvo Vergez expressa várias possibilidades da utilização de contribuições especiais como instrumentos de proteção ambiental²⁷. Da mesma forma, fazem Alberto Muñoz Villarreal²⁸ e Fernández Orte²⁹. Também relevante é a abordagem de

²³ Regulamento do IPVA-Ceará (Decreto n. 22.311, de 18 de dezembro de 1992): “Art. 4.º São isentos do pagamento do imposto: I – (...); VIII – os veículos de uso rodoviário com mais de 15 (quinze) anos de fabricação, contados a partir do primeiro mês do exercício seguinte ao do registro em órgão do trânsito.”

²⁴ “Assim e relativamente aos tributos, vamos sublinhar, de um lado, que os tributos mais aptos a actuar no sector de protecção do ambiente serão, com já referimos, os tributos unilaterais ou impostos e não os tributos bilaterais ou taxas, e, de outro lado, que os tributos ambientais se apresentam mais como falsos tributos ambientais do que como verdadeiros tributos ambientais. Que o tipo de tributo que opera em sede de protecção do meio ambiente tende a ser o imposto em vez da taxa resulta dos limites que se deparam à actuação do princípio verdadeiramente estruturante do direito do ambiente – o princípio do poluidor-pagador.” (NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. (Coords.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 44).

²⁵ “As taxas apresentam uma menor capacidade operativa no domínio da defesa ambiental do que os impostos, em virtude de estarem condicionadas pelo princípio da proporcionalidade.” (SOARES, Cláudia. In **O imposto ecológico – contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente**. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Stvdia ivridica 58, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 605).

²⁶ Los tributos como instrumentos de protección medioambiental: naturaleza jurídica y clasificación. (MENÉNDEZ MORENO, A. In **Tratado de tributación medioambiental**. Vol. I, Directores Fernando Becker; Luis Maria Cazorla; Julián Martínez-Simancas. Navarra: Thompson Aranzadi / Iberdrola, 2008, p. 381-413).

²⁷ CALVO VERGEZ, Juan. Las contribuciones especiales como instrumentos de protección ambiental. In **Tratado de tributación medioambiental**. Vol. I, Directores Fernando Becker; Luis Maria Cazorla; Julián Martínez-Simancas. Navarra: Thompson Aranzadi / Iberdrola, 2008, p. 415-457

²⁸ MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Principios rectores de los tributos medioambientales. In **Tributación ambiental y haciendas locales**. Director Fernando Serrano Antón/Thompson Reuters. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 105-114.

Tómas J. López-Guzmán Guzmán³⁰, que cita o estudo realizado pela Agencia Europeia do Meio Ambiente (1996) e apresenta a classificação dos tributos ecológicos como taxas de cobertura de custos; taxas de recuperação de custos; impostos com propósitos de incentivos com a função de mudar o comportamento dos produtores e consumidores e outros tributos ambientais com a finalidade de aumentar a arrecadação do Tesouro Público, dando o exemplo do imposto sobre a emissão de dióxido de carbono.

No Brasil também predominam diversas posições. Heleno Taveira Torres entende que não é possível a criação de impostos ambientais, admitindo somente o cabimento de taxas e, especialmente, das contribuições de intervenção no domínio econômico³¹. Ricardo Lobo Torres também considera *as taxas um dos melhores instrumentos para a proteção ambiental, complementada pela política financeira apoiada também nos preços públicos, nas contribuições econômicas e na extrafiscalidade dos impostos*³². No sentido de que todas as espécies tributárias podem ser utilizadas no âmbito da tributação ambiental, conforme aqui defendido, citamos os autores³³: Paulo Henrique do Amaral, Ricardo Saliba, José Marcos Domingues de Oliveira, Celso Fiorillo e Renata Marques Ferreira, dentre outros.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebemos nesse momento no Brasil é que todas as espécies tributárias podem e devem incluir em sua motivação o critério ambiental, passando esse princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁴, a integrar o rol dos princípios fundamentais do Direito Tributário, que numa visão sistêmica, pode ser

²⁹ FERNÁNDEZ ORTE, Jaime. **La tributación medioambiental – teoría y práctica**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 155-166.

³⁰ LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, Tomás J. **Fiscalidad ambiental: análisis y efectos distributivos**. (Ecorama n. 17). Granada: Comares, 2002, p. 114.

³¹ TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”. In **Direito tributário ambiental**. Org. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136.

³² TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no direito tributário ambiental. In **Direito tributário ambiental**. Org. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37.

³³ AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 167. SALIBA, Ricardo Berzosa. **Fundamentos do direito tributário ambiental**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 293. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95-98. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

³⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios: I – (...); 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.”

visto como um novo inciso (inciso VII), do art. 150, que trata das *limitações ao poder de tributar*, definindo assim a estrutura constitucional devida:

Das Limitações ao Poder de Tributar

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – (...);

VII – instituir tributo sem a devida observância da defesa do meio ambiente.

Dessa forma, o que deve haver é uma remodelação ecológica³⁵ do sistema tributário nacional, que passa a considerar o meio ambiente como diretriz necessária, inclusive, redirecionando ecologicamente os tributos que não tinham na sua origem tal preocupação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CALVO VERGEZ, Juan. Las contribuciones especiales como instrumentos de protección ambiental. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis Maria; MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (Dir.). **Tratado de tributación medioambiental**. V. I, Navarra: Thompson Aranzadi/Iberdrola, p. 415-457, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: Novos horizontes da tributação: um diálogo luso-brasileiro. **Cadernos IDEFF Internacional**, n. 2, Coimbra: Almedina, 2012, p. 95-208.

³⁵ Tipke e Lang utilizam esta expressão com propriedade: “Em princípio há duas vias, a remodelação ecológica de impostos existentes e a complementação do sistema tributário por novos impostos. Conforme a regra tributária de *Canard* ‘velhos tributos são bons tributos’ devem em primeiro lugar os tributos existentes ser adaptados em concordância com o princípio da capacidade contributiva. Assim não deve o consumo atual ser por mais tempo preferido e impostos, que com o princípio da capacidade contributiva não são justificáveis, podem como os impostos prediais ser ecologicamente rededicados. Novos impostos que devem estabelecer um preço ecologicamente justo, necessitam acima de tudo da harmonização internacional. Esforços nacionais isolados deformam a concorrência internacional tão gravosamente, que considerando o mercado de trabalho o princípio da carga ecológica não pode persistir.” (TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário**. Vol. I, tradução de *Steuerrecht*, por Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 446).

DANTAS, Eric de Moraes. Impostos extrafiscais ambientais e as exigências de respeito à capacidade contributiva em busca da harmonização de direitos fundamentais. In: MATIAS, João Luis Nogueira; MELO, Alisson José Maia; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. **Direitos fundamentais, fundamentação e eficácia**. Florianópolis: FUNJAB, 2011, p. 335-358.

FERNÁNDEZ ORTE, Jaime. **La tributación medioambiental: teoría y práctica**. Navarra: Editorial Aranzadi, p. 155-166, 2006.

FERREIRA, Luciana Angieres. Capítulo tercero: Brasil. In: GONZÁLEZ GARCIA, Gabriela. (Coord.). **Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina**. Universidad Complutense de Madrid, Doc. n. 18/03. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, p. 19-23.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

HERRERA MOLINA, Pedro; BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel. Método y plan. In: GONZÁLEZ GARCIA, Gabriela. (Coord.). **Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina**. Universidad Complutense de Madrid, Doc. n. 18/03. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, Tomás J. **Fiscalidad ambiental: análisis y efectos distributivos**. Ecorama n. 17. Granada: Comares, 2002.

MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan Arrieta. **Régimen fiscal de las aguas**. Madrid: Civitas, 1991.

MENÉNDEZ MORENO, A. Los tributos como instrumentos de protección medioambiental: naturaleza jurídica y clasificación. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis Maria; MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (Dirs.). **Tratado de tributación medioambiental**. V. I, Navarra: Thompson Aranzadi/Iberdrola, p. 381-413, 2008.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Principios rectores de los tributos medioambientales. In: SERRANO, Fernando (Dir.). **Tributación ambiental y haciendas locales**. Navarra: Aranzadi/ Thompson Reuters, 2011, p. 105-114.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares. (Coords.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 11-59.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SALIBA, Ricardo Berzosa. **Fundamentos do direito tributário ambiental**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SOARES, Cláudia. In: O imposto ecológico – contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente. **Boletim da Faculdade de**

Direito – Universidade de Coimbra, *Stvdia ivridica* 58, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário**. Tradução de *Steuerrecht*, por Luiz Dória Furquim, v. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96-156.

_____. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. In: PIRES, Manuel. **Extrafiscalidade**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2011, p. 85-115.

_____. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.



MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NOS ASSUNTOS POLÍTICOS^Δ

*Fabiana Marion Spengler**
*Josiane Rigon***

Resumo

O presente artigo consiste em um estudo sobre política pública e mediação comunitária na sociedade. O objetivo principal foi analisar o cidadão que participa ativamente nas decisões

^Δ Texto produzido a partir do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelo Edital FAPERGS n° 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011 e do projeto “*Multidoor courthouse system* – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES;

* Pós-Doutora pela Università degli Studi di Roma Tre/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, com bolsa CAPES; 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 Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; professora colaboradora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato e stricto sensu da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelo Edital FAPERGS n° 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011; pesquisadora do projeto “*Multidoor courthouse system* – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES; pesquisadora do projeto intitulado: “Direitos Humanos, Identidade e Mediação” financiado pelo Edital Universal 14/2011 e pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; coordenadora e mediadora judicial do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; advogada. E-mail: fabiana@unisc.br. Blog: <http://fabianamarionspengler.blogspot.com/>

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Possui pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisas: “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos” coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Theobaldo Spengler Neto. Advogada. E-mail: jo_rigon@hotmail.com.

políticas e sua função perante a comunidade. Enfim, verificar como essa participação influencia e beneficia o indivíduo politicamente, pois, a mediação comunitária enquanto política pública busca o bem estar social da comunidade. Ela deve ser efetivamente implementada e executada para que cumpra com seus objetivos.

Palavras-chave

Comunidade. Comunitária. Mediação. Participação. Política Pública.

Resumen

En este trabajo se presenta un estudio sobre las políticas públicas y la mediación comunitaria en la sociedad. El objetivo principal fue analizar el ciudadano que participa activamente en las decisiones políticas y su papel en la comunidad. Por último, comprobar cómo esta influye en la participación política individual y beneficioso, ya que la mediación política pública de la comunidad mientras se busca el bienestar de la comunidad. Ella debe ser efectivamente implementado y ejecutado para cumplir con sus objetivos.

Palabras clave

Comunidad. Comunidad. Mediación. Participación. Política Pública.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, podemos caracterizar a comunidade de várias formas. De início a temos como formação de grupos na sociedade, por exemplo, família, associações, organizações, igreja. Em contrapartida, temos laços fortes que nos unem através da crença, valores. O mercado, nessa mesma ideia, influencia diretamente na comunidade, criando vínculos de trabalho, de capital, etc.

Abordaremos a comunidade conceituada desde a filosofia grega, até os tempos atuais, nos quais serão trazidos o pensamento social do Ocidente. Uma maior ênfase será dada no estudo do pensamento de Amitae Etzioni quando aborda a comunidade e seu significado. Será demonstrado como é viver em comunidade, e as consequências que essa vivência, real e efetiva pode trazer para todos seus membros. Numa concepção de cidadão ativo, veremos de que a participação das decisões públicas podem influenciar na sociedade como um todo.

Nos tempos modernos, é através das políticas públicas que o cidadão participa do dinamismo estatal. Esse meio foi exigido através do direito constitucional como descrito ao longo do texto nos artigos da CF/88.

Propõe-se aqui, então, identificar a mediação comunitária como política pública e demonstrar sua efetividade nos assuntos políticos. Assim, podemos questionar se ela é mesmo um meio eficaz para alavancar a sociedade nos processos de gestão e legitimidade da vida pública.

Para fins de desenvolver tais objetivos a metodologia empregada teve como método de abordagem o dedutivo no qual se pretendeu partir da abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema – tais como políticas públicas, conflito, conciliação e mediação –

para então enfrentar o problema propriamente dito. Como método de procedimento utilizou-se o comparativo, uma vez que se pretende investigar as semelhanças e as diferenças entre o procedimento jurisdicional - e a jurisdição propriamente dita - e a mediação, bem como a evolução da última no decorrer do tempo. Aplicou-se como técnica de pesquisa a bibliográfica baseada em documentação indireta que servirá de base teórica para o desenvolvimento do estudo.

2. CONCEITO DE COMUNIDADE

Historicamente, a concepção de comunidade surgiu juntamente com a ideia de *polis*, na Grécia, pois esse era considerado o lugar em que o homem podia ser ele mesmo. A vida comunitária, em termos políticos, culturais, morais, econômicos e religiosos se dava através de encontros interpessoais, diálogo, celebrações¹.

Na Enciclopédia Saraiva do Direito², comunidade é:

A comunidade é uma sociedade localizada no espaço, cujos membros cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja utilitaristicamente (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos, reais), seja eticamente (tendo em vista valores humanos – familiares, sociais, jurídicos, religiosos etc.).

O autor Schmitd³ faz uma análise do tema da comunidade e enfatiza nove leituras sobre o pensamento comunitarista ocidental, os quais vão desde a filosofia grega até os dias atuais. São elas as nove matrizes brevemente explanadas, mas sem menos importância para o estudo: a tradição aristotélica, a tradição judaico-cristã, a tradição utópica, o liberalismo, o ideário socialista e anarquista, os estudos sociológicos sobre comunidade, o pensamento autoritário, o republicanismo, as teorias do capital social, e o comunitarismo responsivo. Esse último liderado por Amitae Etzioni e que aqui, cabe um pequeno aprofundamento de suas ideias e teorias.

Destacam-se cinco elementos centrais desenvolvidos na teoria de Etzioni: 1) *terceira via como caminho para a boa sociedade*, bem como o fortalecimento das comunidades. 2) *equilíbrio entre ordem social e autonomia individual, responsabilidades e direitos*. 3) *equilíbrio e complementaridade entre Estado, comunidade e mercado*. Essas esferas se complementam e assim, ao Estado é atribuída segurança pública, saúde pública, regulação do mercado e proteção ambiental. E,

¹ KALINA, Eduardo e KOVADLOFF, Santiago. **As cidades da cidade**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1978, p. 30-1.

² MIOTTO, Arminda Bergamini (Col.). **Enciclopédia Saraiva do Direito** – FRANÇA, R. Limongi (coord.), v. 16. (1-20). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 478.

³ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011, p. 302-307.

o mercado é o motor de produção de bens e serviços, trabalho, emprego e progresso econômico. Por fim, a comunidade como alternativa na prestação de uma série de serviços sociais, bem como para a difusão de valores morais compartilhados. 4) *a relevância da moral na transformação da sociedade*. 5) o *paradigma sociopolítico ou paradigma eu-nós* o qual sustenta que: duas fontes de valoração das pessoas, o prazer e a moralidade; a unidade de tomada de decisões é a coletividades social, destacando os valores e emoções no papel nas decisões; o mercado e a economia são um subsistema da sociedade, da política e da cultura são o mercado e a economia.⁴

Portanto, uma maior reflexão sobre o papel das comunidades na construção da boa sociedade no Brasil é baseada no pensamento comunitarista.⁵ Nesse contexto, Bauman diz sobre a comunidade que “as companhias ou a sociedade podem ser más; mas não a comunidade. Comunidade, sentimos, é sempre uma coisa boa”. Ele a chama de lugar “cálido”, confortável e acolhedor; um local de relaxamento. Nela, há confiança, entendimento e segurança por todos seus membros⁶. Nesse sentido, uma comunidade cívica possui como características a participação cívica, a igualdade política, a solidariedade, a confiança, a tolerância, e o associativismo/cooperação⁷.

Existem dois tipos de comunidades: o primeiro como organizações - que em si são as comunidades, por exemplo, pequenas associações cooperativas, profissionais em grupos de práticas, corpos docentes e etc. O segundo é uma profissão, uma afiliação que pode complementar ou concorrer com sua participação em uma organização à qual pertencem muitos administradores públicos⁸.

As pessoas que vivem em comunidade tendem a viver por mais tempo, com mais saúde e com mais prazer do que aquelas que são privadas desse convívio. Logo, devemos equilibrar os três elementos que muitas vezes parecem ser incompatíveis: o Estado, o mercado, e a Comunidade. Assim, teríamos a opção de seguir pela terceira via, e essa é o caminho, nos guiando

⁴ ETZIONI, A. El guardián de mi hermano: autobiografía y mensaje. Madrid, Astor Juvenil Palabra, 2006 e ETZIONI, A. La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, *apud* SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011, p. 307.

⁵ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011, p. 312.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 7-8.

⁷ PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália Moderna. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 101-103.

⁸ DELEON, Linda. Como agir de forma responsável em um mundo desordenado: ética individual e responsabilidade administrativa (p. 573-593) In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. (orgs.) **Administração pública: coletânea**. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília: ENAP, 2010, p. 581.

para a sociedade boa. Isto é, nem público nem privado e sim, uma direção alternativa⁹.

Como dito acima, os três setores interagem, como se fosse o tripé, isto é, a base da boa sociedade. E, nesse interim, a comunidade pode possuir forte influência em relação às políticas sociais. Enfim, tratar os indivíduos como fins e não como meios¹⁰.

Sobre as comunidades e suas obrigações, Dworkin¹¹ ressalta que as “pessoas não podem ser forçadas a se tornar, involuntariamente, membros “honorários” de uma comunidade à qual nem mesmo “basicamente” pertencem somente porque outros membros estão dispostos a trata-las como tais”. Cabe frisar os três modelos de comunidade que o autor conceitua: 1) tratam sua associação só como um acidente de fato da história e da geografia – assim, a comunidade associativa não é verdadeira. 2) chamado modelo “das regras”: aceitam o compromisso geral de obedecer a regras específicas e estabelecidas pela comunidade. 3) Modelo de princípio: em parte concorda com o segundo no que se refere a comunidade política e essa exige uma compreensão compartilhada. Porém, é mais abrangente.

As pessoas para serem membros devem aceitar que seus destinos estão ligados à forma de governança e essa é através de princípios comuns. “Os modelos de comunidade usados nesse argumento são ideais em vários sentidos. Não podemos supor que a maioria das pessoas de nossas próprias sociedades políticas aceite, por deliberação própria, as atitudes de qualquer uma delas”¹²

Com o fortalecimento da comunidade, podemos construir uma boa sociedade. Nesse sentido, devemos buscar um equilíbrio entre a autonomia individual e o bem comum, entre direitos individuais e responsabilidades sociais¹³.

Em suma, o homem constrói a sociedade, e, modernamente, tem sua autonomia reconhecida¹⁴. Diante de todas as definições, podemos concluir que viver em uma comunidade é se relacionar mais intensamente com seus

⁹ ETZIONI, Amitai. **La terceira via**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 26; 17-19.

¹⁰ ETZIONI, Amitai. *Ibidem*, 2001, p. 17.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999, p. 244-247.

¹² DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p. 258.

¹³ ETZIONI, Amitai. La terceira vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo. Traducción de José Ruiz San Román. Madrid: Trotta, 2001, *apud* PEROBELLI, Matheus P.; SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público privado: o comunitarismo e o público não estatal no Brasil. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 153.

¹⁴ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. Estado, sociedade e participação. Perspectivas socialistas, p. 91-93. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, nº128, out./dez., 1995, p. 92-93.

membros e fazer desse convívio uma alavanca para uma vida melhor. Mais adiante, serão tratados sobre os benefícios de se viver numa sociedade e como todos seus membros devem agir diante de situações políticas e sociais.

3. COMUNIDADE PARTICIPATIVA

Após breves considerações sobre o que é conceitualmente “comunidade”, podemos analisar como ela pode ser necessária para o bom andamento da vida social. Adentrando ao tema, importante ressaltar a influência do cidadão ativo nos atos da administração pública.

Nessa concepção, enfatizamos alguns artigos da CF/88.¹⁵ Dentre eles: art. 198, III o qual estabelece que a participação da comunidade é fundamental para a organização das políticas, ações e serviços públicos de saúde; art. 204, II que estatui sobre a organização da assistência social, devendo haver a participação da sociedade na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, por meio de organizações representativas; art. 216, parágrafo 1º estabelece sobre a promoção e proteção do patrimônio cultural brasi-

¹⁵ Perez coloca mais exemplos onde a participação da sociedade fica evidenciada na CF/88: “O art. 10, por exemplo, determinou ser assegurada participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Essa regra é completada pelo art. 194, VII, que, ao dispor sobre a organização do sistema estatal de previdência social, assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. Aliás, a participação da comunidade, no caso das atividades de seguridade sócia desenvolvidas pela Administração, é elemento da própria definição dessa função administrativa, conforme se percebe pela redação do *caput* do art. 194, que a define como *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade*. O art. 29, X, por sua vez, ao tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê expressamente a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, ou seja, direciona genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública dos Municípios. Outro exemplo encontra-se no art. 187, o qual estabelece que a atividade administrativa de planejamento agrícola será executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes. O art. 205 estatui que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; complementarmente, dispõe o art. 206, VI, que o serviço público de ensino contará com *gestão democrática*, na forma da lei. Ainda no terreno dos serviços de ensino, encontraremos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 60, estabelecendo que o Poder Público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental. O art. 225 impõe a conjugação de esforços do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente. O art. 227, § 1º, estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. O art. 37, § 3º, por sua vez, fruto da Emenda Constitucional n. 19/1998 (conhecida como emenda a reforma administrativa), introduziu no texto da Constituição uma norma geral sobre participação popular na Administração Pública” *apud* PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 164-5.

leiro, devendo estas serem organizadas pelo Poder Público em conjunto com a comunidade¹⁶.

Para termos uma efetiva democracia, temos que ter, solidamente, o enfrentamento do povo na participação popular em assuntos de interesses públicos. Assim, Santos¹⁷ acrescenta que é “na política dos movimentos de base, onde o alcance da democracia é ativamente buscado e expandido através dos seus combates políticos quotidianos, que a democracia participativa é concebida não apenas como desejável, mas como uma forma de organização e uma prática política necessária”.

A participação dos indivíduos nos movimentos sociais, ONGs e grupos de cidadãos, é necessária para uma cidadania mais ativa. Assim, inserindo-os no processo político através do sufrágio e da construção de novos direitos. Isso resulta numa integração efetiva do indivíduo¹⁸.

Referidos movimentos começam a apresentar respostas mais complexas às preocupações globais, superando determinismos de classe, econômico e tecnológico, insurrecionalismo político e apocalipticismo global. É o resultado, assim, de uma socialização global cada vez mais interdependente¹⁹.

Tal ideia converge com a noção de cidadania ativa, situação na qual o indivíduo é o protagonista das decisões políticas em seu meio. A mobilização e organização dos cidadãos a favor dos seus direitos civis, políticos e sociais se dá através de organizações, associações e movimentos de cidadãos. Esses acontecimentos envolvem questões públicas, e não somente privadas²⁰.

Ao termos uma sociedade participativa, estamos diante de um instrumento que controla o Estado político e socialmente, pois os cidadãos irão aqui orientar a ação pública. Assim, a participação no processo decisório tem papel fundamental, a qual contribui para melhorar a qualidade das decisões mediante o debate público²¹.

Giddens²² enfatiza sobre o assunto que:

¹⁶ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 164-5.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 110.

¹⁸ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 38.

¹⁹ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 7 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 114.

²⁰ PEROBELLI, Matheus P.; SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público privado: o comunitarismo e o público não estatal no Brasil. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 154-6.

²¹ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Op cit., 2002, p. 38-41.

²² GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 89-90.

Comunidade não implica a tentativa de recapturar formas perdidas de solidariedade local; diz respeito a meios práticos de fomentar a renovação social e material de bairros, pequenas cidades e áreas locais mais amplas. Não há fronteiras permanentes entre governo e sociedade civil. Dependendo do contexto, o governo precisa por vezes ser empurrado mais profundamente para a rena civil, por vezes recuar. Onde o governo se abstém de envolvimento direto, seus recursos podem continuar sendo necessários para apoiar atividades que grupos locais desenvolvem ou introduzem – sobretudo em áreas mais pobres. Contudo, é particularmente em comunidades mais pobres que o incentivo à iniciativa e ao envolvimento locais podem gerar o maior retorno.

Vieira²³ chama o “mundo da vida” quando a sociedade civil, em seu âmbito limitado, encontra amparo na dimensão do mundo sociológico ou na construção de associações conscientes na vida associativa. O local de disputa entre estado e mercado para preservar o espaço autônomo e democrático de organização é a esfera pública. Os atores são os que reagem, através de movimentos sociais, à reedificação e burocratização, propondo a defesa das formas de solidariedade ameaçadas pela racionalização sistêmica.

A democracia participativa, em suma, é a política paralela de intervenção social, a qual cria e mantém novos sistemas de governo, ou seja, em suas tomadas de decisões pelas populações em matérias que atingem seu cotidiano. Tal sistema funciona através de participação e controle direto daqueles que são afetados por esses governos. Assim, teria um quase total monopólio de poder, detido pelo Estado contemporâneo, se dispersando por diferentes entidades governadas. Tendo, então, o macrogoverno do Estado, representado democraticamente por eleitos do povo, que, em um nível, supervisionam o sistema de microgoverno e, em outro nível, fornecem resposta e prestem contas a esses mesmos microgovernos²⁴.

Perez²⁵ diz que:

Para nós a participação serve justamente para romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração, aproximando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, fator essencial para a Administração e para sua legitimidade, tanto em função da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes a executar, como em razão da eficiência dessa atuação conjunta.

²³ VIEIRA, Lizst. Op cit., 2004, p. 46 e 57.

²⁴ SANTOS. Boaventura. Op cit., 2003, p. 127-8.

²⁵ PEREZ, Marcos Augusto. Op cit., 2006, p. 169.

Assim, participação pública tem tanta força que defensores dessa solução afirmam que ela pode empoderar as pessoas para que tomem suas próprias decisões e não dependam da formulação de política paternalista do governo²⁶. Por conseguinte, é preciso haver participação popular pelos governantes atuando nos centros de controle e de decisão, exercendo o poder político dos agentes sociais. Revalidando assim a democracia, bem como reduzindo a exclusão a qual objetiva a inclusão social, independente dos limites físicos do Estado.

Podemos destacar que a inclusão e a participação são fundamentais para a responsabilidade administrativa. Nesse sentido, deve ser firmemente fundamentada em respeito, benevolência e justiça a fim de ganhar a confiança pública e de apoiar a legitimidade administrativa²⁷.

Novo modelo de Estado implica reconhecer que há necessidade de uma nova relação entre sociedade civil e Estado “fundada no reconhecimento efetivo dos direitos civis fundamentais de participação política da cidadania e na criação de mecanismos e instrumentos viabilizadores desta participação, bem como no fato de que este Estado perdeu a detenção da centralidade do poder político, porque participa agora de um novo pacto social”²⁸.

Referente à atuação jurídica, Siqueira Júnior²⁹ diz que é a “cidadania constitui-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e tem como consequência a democratização do acesso à justiça e a participação popular no processo decisório governamental”. E, quanto à atuação política que é a que nos interessa, refere que:

Cidadania, como afirmamos, designa a participação do indivíduo nos negócios do Estado. Cidadão é aquele que participa da dinâmica estatal. No Estado Democrático e Social de Direito essa atuação é exercida não apenas pelo voto, mas os cidadãos participam da tomada das decisões acerca dos temas de interesse público. No Estado contemporâneo, esse interesse se realiza pelas políticas públicas.

A participação efetiva nos destinos e nas políticas públicas do Estado é de fundamental importância para cidadania plena, que não se limita ao voto,

²⁶ BRYNER, Gary C. Organizações Públicas e Políticas Públicas. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. (orgs.) **Administração pública**: coletânea. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília: ENAP, 2010, p. 325.

²⁷ DELEON, Linda. Op cit., p. 591.

²⁸ LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 55-6.

²⁹ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e políticas públicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v.9, n.18, p.199-223, jul./dez., 2006, p. 212-216.

e se exterioriza através dela. Essa participação popular tem por finalidade assegurar a legitimidade política das ações governamentais³⁰.

São diversos instrumentos políticos os quais asseguram o pleno exercício da cidadania. Primeiramente começamos pelo princípio da publicidade que está explícito no art. 37 e no art. 5.º, XXXIII da CF/88³¹. É o princípio nuclear da cidadania, pois é o antecedente lógico da participação. A participação é despertada pelo conhecimento das atividades do Estado. Como segundo instrumento, temos a audiência pública que é o instrumento de participação direta do povo nos negócios do Estado, servindo de apoio ao processo decisório governamental, e tem como objeto expor o conteúdo de determinada política pública, ouvindo os interessados e com isto legitimar e influenciar a decisão administrativa. O sistema jurídico prevê este instrumento como forma de legitimar os atos administrativos³².

Terceiro, é a participação em conselhos de políticas públicas, os quais são órgãos colegiados de caráter consultivo e deliberativo. O cidadão participa efetivamente da construção das políticas públicas, sendo assim, uma forma de exercício da cidadania. Outra forma de participação é pela sociedade civil organizada, a qual significa o anseio social e influencia as políticas públicas em prol do bem comum de determinada sociedade. Com a criação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei 9.790/99) e das Organizações Sociais (Lei 9 637/98), essas entidades da sociedade civil estão autorizadas a celebrar com o Poder Público os denominados Termos de Parceria e Contratos de Gestão. A finalidade normativa é construir a participação efetiva do terceiro setor na formulação e implementação de políticas públicas³³.

Enfatizamos aqui mais uma forma de participação popular, através da cidadania no processo legislativo que pode ser direta³⁴ na qual o povo, sem representantes, elege as normas jurídicas; indireta³⁵, na qual as normas são

³⁰ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Ibidem*, p. 216.

³¹ Art. 5.º, XXXIII, CF/88: "Todos têm direito a receber dos órgãos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

³² SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Op cit.*, 2006, p. 217-218.

³³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Op cit.*, 2006, p. 218-219.

³⁴ "No Brasil, o art. 44 da CF/88 alude que: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal." O art. 48 do mesmo diploma legal, por sua vez, dita que: "Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União." Assim, podemos concluir que no atual sistema jurídico o processo legislativo é da competência do Congresso Nacional, com a participação do Presidente da República" apud SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Op cit.*, 2006, p. 219.

³⁵ "O art. 1.º, parágrafo único, da CF/88, estabelece que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." A de-

elaboradas por representantes eleitos pelo povo. “Outrossim, o processo direto pode prever formas de participação popular, sendo que as normas são elaboradas por representantes eleitos pelo povo, sendo posteriormente submetidas à apreciação popular para aprovação, por intermédio do que se denomina de referendo popular”. Como regra, o Brasil, sendo Estado Democrático, adotou a forma indireta, porém prevê a possibilidade da democracia direta³⁶.

Podemos dizer então que a participação efetiva do povo nos assuntos do Estado é exigência da construção de Estado Democrático e Social de Direito retratado pela Constituição Federal de 1988. “A cidadania transforma o indivíduo em elemento integrante da sociedade política, credenciando o sujeito a exercer direitos em face do Estado. A cidadania é o ápice dos direitos fundamentais.” As políticas públicas é o meio pelo qual se realizam a ação ativa do Estado, exigida pelos direitos constitucionais³⁷.

A participação³⁸ do cidadão na formulação, na implementação e no controle e avaliação das políticas públicas é para os governos subnacionais uma preocupação central. Em relação a isto, podemos dizer que o vínculo de parceria existente entre política e resultados, deve haver uma responsabilização ainda que a cada um dos participantes possa caber papéis diferenciados³⁹.

Conforme verificamos, as experiências societais estão introduzindo inovações na cultura política e no modo de gerir o interesse público, mas ainda demandam reflexão sobre os seguintes pontos:- o equilíbrio e as interações entre o executivo, o legislativo e os cidadãos; - o impacto das novas experiências na qualidade de vida dos cidadãos e na redução das desigualdades; - o modo como se altera a cultura política, se estimula a participação social e se criam novos formatos institucionais e administrativos; - a interferência da falta de vontade política e dos entraves burocráticos na partilha de poder; - os caminhos para viabilizar a capacitação técnica e política dos funcionários públicos e dos cidadãos; - a elaboração de uma nova proposta para a organização administrativa do aparelho do Estado; - a necessidade de sistematizar experiências alternativas de gestão que contemplem os aspectos

mocracia direta é exercida pelo plebiscito, referendo e a iniciativa popular” (SIQUEIRA JR., 2006, p. 219).

³⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Op cit., 2006, p. 219.

³⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Op cit., 2006, p. 221.

³⁸ “Diversos programas de habitação e desenvolvimento urbano incluem também a participação popular no processo decisório. O Projeto São Pedro - Desenvolvimento Urbano Integrado e Preservação do Manguezal, programa do Município de Vitória, mencionado anteriormente, constitui um exemplo”, *apud* FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v.35, n 1, p. 119-145, jan-fev, 2001, p. 339.

³⁹ FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan-fev, 2001, p. 337-8.

técnicos e políticos; - a busca de um equilíbrio entre as dimensões econômico-financeira, institucional-administrativa e sociopolítica; - as referências teóricas e metodológicas que poderiam ajudar a melhor compreender os processos políticos e administrativos estudados, como é caso, por exemplo, do neo-institucionalismo e da teoria das redes interorganizacionais⁴⁰.

O controle social da Administração pública fomenta uma sociedade ativa. Essa participação materializa suas diretrizes através da cooperação - Estado e Sociedade, tornando o Estado mais permeável à conquista de direito, por exemplo, as audiências públicas, processo de consulta popular... Alguns requisitos instrumentais referem que: haja exigência de publicidade dos atos da Administração; o dever da Administração Pública em prestar informações à cidadania; o direito do cidadão em obter certidões do Poder Público; o direito de petição, garantido a qualquer pessoa, independente de ser ou não cidadão, alcançando aos três poderes do Estado.

Considerando as vantagens de um sistema de democracia participativa, bem como a plausível proposta do comunitarismo, no qual há equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado, contamos com a participação comunitária. Esta com finalidade de estabelecer uma nova e dinâmica política, no intuito de aumentar expectativa de melhoria de vida do cidadão, que vive em comunidade.

4. MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NOS ASSUNTOS POLÍTICOS

Modernamente, podemos ter a mediação comunitária como políticas públicas envolvendo os assuntos políticos, bem como criando novos processos de gestão. Como visto acima, a participação social é muito importante na comunidade uma vez que esta necessita encontrar formas pacíficas de resolver os problemas sociais.

Sobre as políticas públicas em si, estas podem ter diferentes suportes legais, como refere Bucci⁴¹: “expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo”.

Spengler diz que a mediação “pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade

⁴⁰ PAULA, Ana P. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, vol. 45, n. 1, 2005, p. 47.

⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 11.

de interior”⁴². A técnica de resolução de conflitos da mediação está sendo usada fortemente não só como fortalecedor da participação social do cidadão no acesso à justiça, mas também como política pública. Cada vez mais está sendo comprovada sua eficiência no tratamento de conflitos, o que gera maiores destaques no Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário e do CNJ brasileiros, bem como pela criação da Resolução 125, de 29.11.2010 do CNJ a qual versa sobre a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos”⁴³.

Diante da concepção na qual foi feita a Resolução, podemos dizer que é atribuído “ao Poder Judiciário a função de garantir o acesso à justiça, como prestador de serviço público essencial à sociedade, indispensável à cidadania, necessário à solidificação da democracia e imprescindível ao Estado de Direito”⁴⁴.

Uma forma de intervenção nas relações sociais é a implementação de políticas públicas. Assim, os interesses e expectativas dos integrantes dessas relações condicionam-nas a isso. Nesse contexto, podemos defini-las “como a busca explícita e racional de um objetivo graças à alocação adequada de meios que, mediante uma utilização razoável, devem produzir consequências positivas”. A mediação como política pública tem por objetivo o tratamento de maneira adequada os conflitos sociais pelos membros da própria sociedade. E, para que seja implementada precisa da alocação de meios (recursos humanos, treinamento adequado e estrutura) por parte da administração pública⁴⁵.

Diante disso, a participação social concretiza a cidadania global, gerando impacto nas decisões que podem afetar seu bem-estar na comunidade que vivem. As políticas públicas são a fonte para tudo isso. Como efeito, há um aumento na relação entre sociedade civil e Estado. Logo, a mediação, que tem por objetivo a comunicação, vem ajudar os conflitantes a participarem da construção da decisão tomada, bem como responsabilizarem-se a ponto de participarem, *a posteriori*, mais ativamente⁴⁶.

⁴² SPENGLER, Fabiana Marion. A Instituição do Consenso na complexidade Social Contemporânea: A Mediação Como Prática Comunicativa no Tratamento de Conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p. 320.

⁴³ MORAIS, José Luis Bolzan de. e SPENGLER, Fabiana Marion e. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/ 2010), Resolução 125/ 2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 167.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, p. 43.

⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. e SPENGLER, Fabiana Marion e. Op cit., 2012, p. 167-168.

⁴⁶ GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação Enquanto Política Pública de Restauração da Cidadania. COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Huga Thamir (orgs.). **Direito e Políticas Públicas VI**. Curitiba: Multideia Editora, 2011, p. 47-56.

Como se vê, é possível utilizar a mediação de conflitos não apenas para decidir conflitos próprios, mas também como forma de participar das decisões políticas de interesse público, gerando construção de uma gestão pública baseada no diálogo entre Estado e sociedade. Assim, a sociedade civil terá papel vital de construção de um espaço público democrático⁴⁷.

Ademais, a mediação como política pública, é a fonte de estímulo do indivíduo em cumprir sua função de cidadão ativo na vida pública. Então, evidencia-se aqui que é parte fundamental para a mudança de sua comunidade e até da humanidade, uma vez que tem poder para construir suas decisões. O autor Braga Neto diz que “Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça”⁴⁸.

Nesse sentido, a mediação enquanto política pública não serve somente para desafogar o judiciário fazendo com que diminua a quantidade de demandas, prevenindo novos conflitos, e sim é uma forma de tratamento de conflitos qualitativo. Por conseguinte, haverá maior “participação dos conflitantes na busca de um resultado que satisfaça seus interesses, preservando o relacionamento prévio e os laços por ventura existentes entre eles”⁴⁹.

Podemos compreender a política pública como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos⁵⁰. Quanto ao conceito de política pública, Schmidt⁵¹ entende que:

O conceito política pública remete para a esfera do público e seus problemas. Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da polis. O público distingue-se do privado, do particular, do indivíduo e de sua intimidade. Por outro lado, o público distingue-se do estatal: o público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não-estatal. O Estado está voltado (deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instancias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de públicas não-estatais.

Primeiramente, devemos identificar o objeto o qual trataremos nas políticas públicas⁵². Mais especificamente, Costaldello⁵³:

⁴⁷ ROSA, Kellen Martins da. **Acesso à Justiça e mediação**: realização da cidadania. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, 2003, p. 88.

⁴⁸ BRAGA NETO, Adolfo. **Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos**. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02.

⁴⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion e. Op. cit., 2012, p. 169.

⁵⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., 2006, p. 39.

⁵¹ SCHMIDT, João P. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, R.G.; REIS, J.R. (orgs.) **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2311.

O planejamento não está a apontar, tão somente, aos propósitos colimados pela atuação do administrador público, mas pressupõe o exame cuidadoso e completo do objeto que constituirá as políticas públicas e dos meios para sua materialização. Nele devem ser consideradas as reais necessidades das quais a sociedade carece – cujo atendimento e processo executório deve se fazer a curto, a médio e a longo prazo -, os valores por ela manifestados, a par do atendimento dos ditames constitucionais, detentores ou não de percentuais, mas de cumprimento obrigatório.

Existem cinco fases que as políticas públicas se submetem desde a certificação de sua necessidade até a efetiva sua execução, as quais não serão tratadas minuciosamente por não serem objetos desse trabalho. A primeira fase é a percepção e definição de problemas; a segunda é a inserção na agenda política; a terceira é a formulação; a quarta é a implementação e a quinta é a avaliação. Ademais, não é suficiente que se pare por aqui para efetivo cumprimento das políticas públicas. Deve haver uma prática regular e continuada de aferição da efetivação das políticas públicas, dos resultados obtidos, do seu custo e da sua aceitação pelos cidadãos⁵⁴.

Como estratégia, a política pública pode incorporar “elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo”⁵⁵. Diante dessas observações, constata-se que a participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas é de fundamental influência⁵⁶.

Desse modo, as políticas públicas, sob a perspectiva ideológica, no plano da concepção, hão de sustentar-se sobre o pilar da participação política, que se estrutura nuclearmente na revitalização e dinamização do legislativo e na projeção de novas formas de compartilhamento da sociedade e, no plano do resultado, sobre o comando da superação da crise da distribuição. Nesse sentido, as políticas públicas devem ser instrumentos de transferência de riqueza entre os cidadãos, operando, de modo mais equânime, a distribuição de bens, serviços, oportunidades e rendas⁵⁷.

⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., 2006, p. 11.

⁵³ COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C**, Belo Horizonte, v. 10, n. 40, p. 13-31, abr. /jun. 2010, p. 17.

⁵⁴ SCHMIDT, João P. Op. cit., 2008, p. 2316-2319.

⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., 2006, p. 19.

⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. Op. cit., 2006, p. 170.

⁵⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. Concepção, financiamento e execução de políticas públicas no estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 39, n. 2, p. 141-192, abr. 2001, p. 158.

As políticas públicas em seu sentido conceitual, dizem respeito às questões coletivas, da *polis*. São programas de ação governamental que resulta de um processo visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, tendo em vista a realização de objetivos relevantes na esfera social e determinados politicamente. Referente à gestão pública, esta é a explicitação do viés coletivo enquanto políticas de implementação, bem como o exercício do poder político e da lei. Diferencia-se da privada quando da estrutura, habilidade e instituições, apesar de todos os setores atenderem a diferentes setores da sociedade. São distinções difusas quando analisadas a responsabilidade, função e atividade de ambas.

Assim, um dos meios para a efetivação dos direitos sociais pelo estado é através das referidas políticas públicas, que podem ser definidas como “um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”. Contudo, o Estado poderá prestar serviços públicos de educação, saúde, lazer, previdência social, e outras, “bem como exercer papel de coordenação e fiscalização dos agentes políticos e privados utilizando as normas constitucionais e infraconstitucionais como norte a ser seguido” O administrador, desta forma, está vinculado às normas constitucionais e à legislação infraconstitucional para a implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, e não haverá discricionariedade para o cumprimento ou não dos ditames constitucionais e legais⁵⁸.

Quando se fala em mediação comunitária, obrigatoriamente estamos falando de um terceiro independente (mediador comunitário) na resolução do conflito. Ele é um membro da comunidade e tem como objetivo levar aos demais moradores o sentimento de inclusão social. Sua aceitabilidade está condicionada a algumas verificações de suas características, bem como seu relacionamento com os conflitantes⁵⁹.

Para facilitar essa comunicação é que foi criado o mediador, que é um terceiro que mora na comunidade e vive diariamente os conflitos ali surgidos. Ele deve ter a aceitação das partes envolvidas. O autor Moore⁶⁰, diz que a aceitabilidade faz parte da definição de mediação, pois os disputantes devem ‘aceitar’ que uma terceira parte entre na disputa e os ajude a chegar a um resultado. Assim, as partes aprovam a presença do mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões.

⁵⁸ LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Lex Editora S.A. V. 22, p. 9-21. Março de 2010, p. 15-16.

⁵⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação Comunitária Enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 176.

⁶⁰ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

Assim, nos dizeres do Prof. Kazuo Watanabe⁶¹:

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado parcial.

Cahali⁶² lembra que por muitos anos recorrer ao judiciário era a saída para a solução de um litígio, chamado de “cultura do litígio”. Esse pensamento vem sendo mudado através da implantação das políticas públicas, influenciando diretamente na sociedade.

Muito bem expressa Spengler⁶³ em relação a mediação comunitária, no que segue:

A mediação comunitária difere das práticas tradicionais de tratamento dos conflitos justamente porque o seu local de trabalho é a comunidade – sendo a sua base de operações o pluralismo de valores – composta de sistemas de vida diversos e alternativos. Sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços comunitários destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

Como bem lembra Cahali⁶⁴, “a participação dos interessados no resultado é direta, com poderes para a tomada de decisões, após passar pela conscientização do conflito e das opções para pacificação.”

Em vista disso, podemos dizer que a mediação comunitária “pretende desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz”⁶⁵. Diante disso, extraímos duas funções:

⁶¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690 apud CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, p. 42.

⁶² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, p. 45.

⁶³ SPENGLER, Fabiana Marion. Op. cit., 2011, p. 175.

⁶⁴ CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2011, p. 36.

⁶⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003 apud SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação Comunitária Enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 135.

uma como espaço de reflexão e busca de alternativas na resolução de conflitos - na família, na escola, no local de trabalho e de lazer, etc. outra seria a de ensinar aos indivíduos pensarem em conjunto (nós) e não em separado (eu-tu)⁶⁶.

Portanto, a prática da mediação comunitária é de extrema relevância para o bom andamento da sociedade, uma vez que pode mudar da mentalidade de que o único acesso à justiça é a ação judicial para a mentalidade da mediação, na qual supera as demandas qualitativa e quantitativamente e faz com que pensemos na cultura da pacificação, ou seja, termos como objetivo a pacificação social. Fortalecendo assim os laços entre Estado e sociedade civil.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho, atendo-se aos livros e artigos publicados, propôs-se o tema das políticas públicas. Especificamente sobre a mediação comunitária enquanto políticas públicas.

Considerando-se todo o exposto, percebe-se que a prática dessa resolução de conflitos pode ser muito válida para a construção de uma sociedade mais solidária e participativa, pois essa participação traz muitos benefícios, entre eles, a comunicação entre seus membros, bem como a confiança gerada nas decisões as quais foram influenciadas pelos mesmos.

Como bem coloca Etzioni, a comunidade se estabelece através de laços afetivos e de cultura moral compartilhada. Diante disso, ela deve ser fortalecida e o Estado-comunidade-mercado deve estar em equilíbrio. Isto é, direcionar a nova ordem jurídica para uma via alternativa, que não seja a pública e nem a privada. Por isso, quando tratamos de políticas públicas, precisamos superar a dicotomia público/privado, e, Estado, comunidade e mercado andarem juntos.

Ademais, a mediação é um meio alternativo de resolução de resolução de conflitos, que almeja não somente descongestionar o judiciário, e sim dar legitimidade para nas decisões públicas. Isso através de políticas públicas as quais contribuem para fortalecer laços entre a comunidade e entre a sociedade civil e o Estado.

O caso apresentado em tela serve para demonstrar que a mediação comunitária não significa somente a tonicidade da participação social no acesso à justiça, mas sim, também, como políticas públicas. Tendo em vista que nasce na comunidade, a mediação pode contribuir com tratamento de conflitos de forma qualitativa, pois os sujeitos dessa relação estão inseridos

⁶⁶ SPENGLER, Fabiana Mario. Op. cit., 2011, p. 181.

no contexto real da vida comum, bem como onde o conflito nasceu – em tempo e espaço.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

BRYNER, Gary C. Organizações Públicas e Políticas Públicas. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. (orgs.) **Administração pública**: coletânea. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília: ENAP, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas**: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico. São Paulo : Saraiva, 2006.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**: A&C, Belo Horizonte , v. 10, n. 40, p. 13-31, abr. /jun., 2010.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Estado, sociedade e participação. Perspectivas socialistas. P. 91-93. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n° 128, out./dez., 1995.

DELEON, Linda. Como agir de forma responsável em um mundo desordenado: ética individual e responsabilidade administrativa (p. 573-593) In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. (orgs.) **Administração pública**: coletânea. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília: ENAP, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ETZIONI, Amitai. **La terceira via**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. El guardián de mi hermano: autobiografía y mensaje. Madrid, Astor Juvenil Palabra, 2006, *apud* SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez., 2011.

_____. La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Barcelona, Paidós Ibérica, 1999. , *apud* SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez., 2011.

_____. La tercera vía hacia una buena sociedade. Propuestas desde el comunitarismo. Traducción de José Ruiz San Román. Madrid: Trotta, 2001, *apud* PEROBELLI, Matheus P.; SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público privado: o comunitarismo e o público não estatal no Brasil. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v.35, n 1, p. 119-145, jan-fev., 2001.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação Enquanto Política Pública de Restauração da Cidadania. COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Huga Thamir (orgs.). **Direito e Políticas Públicas VI**. Curitiba: Multideia Editora, 2011.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999.

KALINA, Eduardo e KOVADLOFF, Santiago. **As ciladas da cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1978.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Ano 1, n. 1, abr./jun., Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Lex Editora S.A. V. 22, p. 9-21. março de 2010.

MIOTTO, Arminda Bergamini (Col.). **Enciclopédia Saraiva do Direito** – FRANÇA, R. Limongi (coord.), v. 16. (1-20) São Paulo: Saraiva, 1977.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/ 2010), Resolução 125/ 2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PAULA, Ana P. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. São Paulo, **Revista de Administração de Empresas**, vol. 45, n. 1, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**, São Paulo : Saraiva, 2006.

PEROBELLI, Matheus P.; SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público privado: o comunitarismo e o público não estatal no Brasil. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

PIRES, Maria Coeli Simões. Concepção, financiamento e execução de políticas públicas no estado democrático de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 39,n. 2, p. 141-192, abr., 2001.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália Moderna**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

ROSA, Kellen Martins da. **Acesso à Justiça e mediação: realização da cidadania**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Santa Cruz do Sul, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003 apud SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação Comunitária Enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. *Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez., 2011.

_____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, R.G.; REIS, J.R. (orgs.) **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e políticas públicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v.9, n.18, p.199-223, jul./dez., 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Instituição do Consenso na complexidade Social Contemporânea: A Mediação Como Prática Comunicativa no Tratamento de Conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

_____. A Mediação Comunitária Enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 7 ed. Rio de Janeiro. Record, 2004.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. P. 684-690 *apud* CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.



ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AVALIAÇÃO E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

*Fernando Basto Ferraz**
*Tiago José Soares Felipe***

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo esclarecer alguns pontos relativos à diferença entre a Avaliação de Impacto Ambiental e o Estudo de Impacto Ambiental, conforme preconiza a legislação vigente. Nos termos da lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, referidos institutos jurídicos são instrumentos para a consolidação da Política a que se alude. Tendo em vista o relevo que o direito ambiental vem ganhando progressivamente, bem como a importância de se terem sedimentados os conceitos jurídicos ambientais, principalmente no que pertine ao licenciamento ambiental, mister se faz um estudo abalizado sobre o tema, com o intuito de contribuir para o crescimento doutrinário do direito ambiental. A pesquisa apresentou-se bibliográfica e documental, pura quanto à tipologia, qualitativa quanto à abordagem, descritiva e exploratória quanto aos objetivos. Ocorre que, na doutrina e nos tribunais, muitas vezes os dois termos são utilizados como sinônimos, quando na verdade não o são. Dessa forma, muitas decisões são prolatadas consignando o conceito equivocado. Estudo de Impacto Ambiental é um dos elementos do processo de avaliação de impacto ambiental. Trata-se de execução, por equipe multidisciplinar, das tarefas técnicas e científicas destinadas a analisar, sistematicamente, as consequências da implantação de um projeto no meio ambiente, por meio de métodos de Avaliação de Impacto Ambiental e técnicas de previsão dos impactos ambientais. Já Avaliação de Impacto Ambiental é um instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos capaz de assegurar, desde o início do programa, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados. Portanto, não há que se confundir o estudo prévio de impacto para fins de licenciamento, com a avaliação de Impacto Ambiental porque, quando falamos no primeiro, estamos referindo-nos a um estudo pontual, muitas vezes único, utilizado para fins de obtenção de uma licença ambiental. Neste caso, o estudo é prévio e contempla as probabilidades dos impactos. Já no caso do segundo, ocorre uma avaliação constante dos impactos. É um processo muito mais dinâmico, não mais importante, contínuo e de maior precisão e

* Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP; Professor Associado IV, 40h/DE, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC; Professor do Curso de Pós-graduação em Direito a nível de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Ceará – UFC.

** Advogado. Especialista em Direito Ambiental – UNIFOR. Mestrando em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará – UFC.

aferição, e que se registra constantemente, sendo importantíssimo na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave

Avaliação de Impacto Ambiental; Estudo de Impacto Ambiental; Lei 6.938/81; Resolução CONAMA nº 237/97; Licenciamento Ambiental. Estudos Ambientais.

Abstract

This paper aims to clarify some points concerning the difference between the Environmental Impact Assessment and Environmental Impact Study as recommended by current legislation. Under the law 6938/81, which established the National Environmental Policy referred to legal institutions are instruments for the consolidation of the aforementioned policy. Given the importance that environmental law has been gaining steadily, and the importance of taking sedimented environmental legal concepts, especially in respect to environmental licensing is required if an authoritative study on the subject, in order to contribute to doctrinal growth of environmental law. The research was presented literature and documents, as the pure type, as the qualitative approach as descriptive and exploratory goals. It turns out that the doctrine, and courts, often the two terms are used interchangeably, when in fact they are not. Thus, many decisions are handed down putting down the wrong concept. Environmental Impact Assessment is one of the elements of the environmental impact assessment. It is running, by a multi-disciplinary team of scientific and technical tasks to examine systematically the consequences of implementing a project on the environment through the EIA methods and techniques for forecasting environmental impacts. Already Environmental Impact Study is an environmental policy instrument, consisting of a set of procedures able to ensure from the beginning of the program, which will make a systematic examination of the environmental impacts of a proposed action (project, program, plan or policy) and its alternatives, and the results are presented to the public and those responsible for decision making, and they consider. Therefore, we should not confuse the prior impact assessment for licensing purposes, the evaluation of environmental impact. This is because when we first we are referring to a study spot, often only used for the purpose of obtaining an environmental permit. In this case, the study is preliminary and reflects the likelihood of impacts. In the case of the second, we have an ongoing assessment of the impacts. It is a much more dynamic, not more important, and still greater precision and measurement.

Keywords

Environmental Impact Assessment; Environmental Impact Study; Law 6938/81; CONAMA Resolution No. 237/97; Environmental Licensing; Environmental Studies.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo esclarecer, mediante exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência, o conceito e as diferenças entre o estudo prévio para fins de licenciamento ambiental e a avaliação de impacto ambiental. Muita divergência tem-se verificado tanto na doutrina, quanto em julgados recentes, quando por vezes as expressões são utilizadas como sinônimas, quando na verdade não o são.

Tendo em vista o relevo que o direito ambiental ganha progressivamente, bem como a importância de se terem sedimentados os conceitos jurídicos ambientais, principalmente no que pertine ao licenciamento ambiental, imprescindível sejam realizados estudos sobre o tema, com o intuito de contribuir para o crescimento doutrinário do direito ambiental.

Primeiramente, far-se-á uma análise da lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), Lei 6.938/81, especialmente quanto à criação por ela dos instrumentos de efetividade da Política a que se alude. Dentre esses institutos, destacam-se a avaliação de impacto ambiental e o estudo de impacto ambiental, fazendo uma abordagem acerca do licenciamento ambiental.

Em seguida, passa-se a analisar a natureza jurídica da licença ambiental, sendo incontestável que a doutrina há muito diverge, havendo alguns autores afirmado que a natureza é de autorização, na medida em que é ato meramente formal, pois desde que o interessado preencha os requisitos, deverá a administração pública expedir a licença. Há também uma corrente da doutrina que entende que a natureza jurídica na verdade é de licença mesmo.

No terceiro ponto, analisa-se inicialmente a validade das licenças ambientais, notadamente no que diz respeito ao que preconiza o art. 19 da Resolução 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), bem como à caracterização do que seja avaliação de impacto ambiental. Em seguida, analisam-se os estudos ambientais que foram previstos na Constituição Federal de 1988, fazendo uma correlação com as previsões das atividades licenciáveis de acordo com a Resolução CONAMA 237/97, verificando, por fim, o objeto principal do artigo, qual seja a análise das diferenças entre o estudo prévio para fins de licenciamento ambiental da avaliação de impacto ambiental, observando, assim, todas as suas nuances e peculiaridades.

1. LEI 6.938/81 E OS INSTITUTOS DE AVALIAÇÃO DO IMPACTO AMBIENTAL

A Lei Federal nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, prevendo expressamente, em seu artigo 9º, os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, consignando dentre eles a avaliação de impacto ambiental e o licenciamento ambiental.

O licenciamento ambiental previsto pela Lei 6938/81 é definido pela Resolução CONAMA 237/97, em seu art. 1º, I, como sendo o

[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos, e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva e potencialmente poluidoras ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso.

De acordo com a Resolução a que se aludiu, o licenciamento ambiental é composto pelas seguintes licenças: licença prévia, licença de instalação e

licença de operação. A licença prévia é a concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas fases seguintes de sua implementação. A licença de instalação autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; a licença de operação autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Fundamental manter-se em mente é que o licenciamento ambiental, no que pertine à proteção dos recursos naturais disponíveis, representa verdadeiro controle do Estado no desempenho da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo o momento oportuno em que os particulares comunicam e submetem ao Poder Público o desenvolvimento de atividades que pretendam e exerçam impacto sobre o meio ambiente.

2. NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA

Ocorre na doutrina nacional uma divergência muito grande em relação à natureza jurídica da licença ambiental. José Afonso da Silva entende que a licença tem caráter de autorização, tendo em vista que, “se o titular do direito a ser exercido comprova o cumprimento dos requisitos para seu efetivo exercício, não pode ser recusada, porque do preenchimento dos requisitos nasce o direito à licença”.

Esse também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que analisou já a questão quando da avaliação da Lei 6938/81, pronunciando-se assim (1996, p. 201):

O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o §1.º de seu art. 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação.

Outros já entendem que a licença constitui natureza jurídica de licença mesmo, como é o caso de Toshio Mukai e Paulo Sirvinskas.

A despeito das duas correntes, entendemos ser mais coerente o entendimento de Édís Milaré (2004, p. 485 e 486): ele defende a tese da correção no termo “licença” no caso ambiental, e responde à questão da discricionariedade dessa forma:

A resposta a tão intrigante questionamento só pode ser satisfatoriamente encaminhada se nos convenceremos de que, na realidade, não há atos inteiramente vinculados ou inteiramente discricionários, mas uma situação de preponderância, de maior ou menor liberdade deliberativa do seu agente.

No caso do licenciamento ambiental, sem negar à Administração a faculdade de juízos de valor sobre a compatibilidade do empreendimento ou atividade a planos e programas de governo, sobre suas vantagens e desvantagens para o meio considerado etc., importa enfatizar que o matiz que sobressai, aquele que lhe dá colorido especial, é o da subordinação da manifestação administrativa ao requerimento do interessado, uma vez atendidos, é claro, os pressupostos legais relacionados à defesa do meio ambiente e ao cumprimento da função social da propriedade. Vale dizer, fundamentalmente a capacidade decisória da Administração resume-se ao reconhecimento formal de que os requisitos ambientais para o exercício da propriedade estão preenchidos.

Não há se falar, portanto em equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença, já que disse exatamente o que queria (*lex tantum dixit quam voluit*). O equívoco está em se pretender identificar na licença ambiental, regida pelos princípios informadores do Direito do Ambiente, os mesmo traços que caracterizam a licença tradicional, modelada segundo cânon do Direito Administrativo, nem sempre compatíveis. O parentesco próximo não induz, portanto, considerá-las irmãs gêmeas.

A despeito dessa celeuma doutrinária, o importante é se conservar em mente que o licenciamento ambiental é um complexo de várias etapas que formam um procedimento administrativo. Este deve ser elaborado de acordo com os princípios do devido processo legal; da moralidade ambiental; legalidade ambiental; publicidade; finalidade ambiental; supremacia do interesse difuso sobre o privado; indisponibilidade do interesse público.

3. DA VALIDADE DAS LICENÇAS E DA AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS AMBIENTAIS

À licença ambiental reserva-se uma estabilidade meramente temporal. Sendo assim, se o empreendedor obedecer a todas as condicionantes constantes nas licenças recebidas, o Poder Público garante-lhe que, durante o prazo de vigência dela, nada mais será exigido a título de proteção ambiental. Havendo, porém, violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; ou superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar, suspender ou cancelar uma licença expedida.

Vejam os que diz o art. 19 da Resolução CONAMA 237:

Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I - violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.

II - omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.

III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Cancelar significa em fazer cessar obras ou atividades consideradas ilegais ou contrárias ao interesse público, uma vez que não pode haver direito à ilegalidade.

Importante destacar que, ao que vimos, podemos perceber que a licença ambiental não está condicionada apenas ao estudo indicado, mas também à avaliação contínua dos impactos ambientais. Significa dizer que, mesmo após a sua expedição, ela pode ser modificada e, até, cancelada. Quanto melhor forem analisados os impactos ambientais de forma sistemática, maiores as chances de que a proteção ambiental seja efetivada.

Em sede judicial, documenta-se um importante posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região sobre o tema. Veja-se:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIZAÇÃO DE DESMATAMENTO - RENOVAÇÃO - INDEFERIMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR.

1. Vencido o prazo de autorização de desmatamento, não possui o beneficiário direito adquirido à renovação, ainda mais que, podendo a Administração revogar ou anular o ato, com maior razão poderá deixar de renovar o prazo de validade, por motivo de conveniência e oportunidade, sem que gere malferimento a direito do interessado.

2. No caso, os dois motivos estão mais do que caracterizados, à vista de ação civil pública movida pelo MPF, visando a impedir a derrubada da Mata Atlântica, cujo pedido de liminar é específico no sentido de que fossem paralisados os projetos de manejo florestal no Município de Uma, não sendo concedida a medida porque os planos estava extintos e não foram renovados.

3. Direito inexistente.

4. Apelação a que se nega provimento.

5. Sentença mantida.

Assim, verifica-se que a licença ambiental tem prazo de validade, pode ser renovada e revisada, o que caracteriza que ela pode ser cancelada se a empresa ou a atividade licenciada estiver causando danos ambientais ou prejuízos à saúde humana, ou ainda, se ela estiver em desacordo com as normas ambientais. Significa dizer que, mesmo a licença usufruindo prazo de validade, a administração não é obrigada a respeitá-lo nos casos em que a obra ou a atividade passe a causar danos ao meio ambiente.

Ademais, no tocante a sua renovação, segundo Edis Milaré (2000, p. 135), a licença “está, porém, sujeita a revisão, podendo ser suspensa e mesmo cancelada, em caso de interesse público ou ilegalidade superveniente ou, ainda, quando houver descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de licenciamento ambiental.” É importante frisar que no caso de ser validamente revogada não resultará nenhum direito à indenização ao seu titular”.

Ainda segundo o autor, “realmente, nada impede que possa a Administração Pública, mediante decisão motivada, fazer cessar obras ou atividades consideradas ilegais ou contrárias ao interesse público, já que não pode haver direito à ilegalidade”.

3.1. Estudos ambientais

Sobre o licenciamento ambiental e os respectivos estudos pertinentes, faz-se oportuno tecer alguns esclarecimentos. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) prescreve, em seu art. 225, § 1º, IV, que:

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

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

Como visto, o constituinte quis garantir que a instalação de determinadas atividades seja precedida de estudos que analisem os impactos gerados por essa atividade no meio ambiente. No que tange à previsão legal do

licenciamento ambiental, tem-se a Lei Federal nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. A referida lei prescreve, no *caput* de seu art. 10, que:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA –, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA –, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

No que diz respeito às normas e aos critérios para o licenciamento ambiental, a Lei nº 6.938/1981 estabeleceu, em seu art. 8º, que:

Art. 8º. Compete ao CONAMA:

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

Como observado, em virtude das peculiaridades técnicas relativas aos estudos integrantes do licenciamento ambiental, coube ao CONAMA estabelecer as normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Nessa sistemática, o CONAMA já editou diversas Resoluções, estabelecendo critérios e normas pertinentes ao licenciamento ambiental, visando a atender às particularidades técnicas das diversas atividades licenciáveis.

Destarte, o CONAMA edita resoluções de modo a conferir aos vários tipos de empreendimentos os critérios e estudos necessários à análise dos respectivos impactos. O CONAMA, por suas resoluções, estabelece, com base em critérios técnicos, as espécies de estudos de impacto ambiental a serem exigidos para determinada atividade.

Nessa exegese, verifica-se que a CF/88, ao exigir estudo prévio de impacto ambiental, prevê o gênero, cujas espécies são definidas pelo CONAMA, conforme estipula o art. 8º da Lei Federal nº 6.938/1981. Vale dizer: visou o legislador constituinte a assegurar que, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, fossem efetuados estudos prévios, sendo o Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e o Relatório Ambiental Simplificado (RAS), por exemplo, espécies deste gênero. Interpretar que o estudo prévio previsto no art. 225, § 1º, IV, da CF/88 é sempre, e somente, o EIA/RIMA, implica a negação da vigência do próprio art. 8º da Lei 6.938/1981.

Sobre a relevância das particularidades técnicas para escolha dos estudos ambientais, assim ensina Édís Milaré (2004. p. 469):

Em decorrência, tal experiência foi aproveitada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, com vistas a regulamentar e conferir maior agilidade ao procedimento de AIA, do que resultou, como vimos, na edição da Resolução 237, de 19.12.1997, que, considerando as mais diversas designações, elencou, exemplificadamente, como espécies de estudos ambientais o Plano e Projeto de Controle Ambiental, o Relatório Ambiental, o Relatório Ambiental Preliminar, o Diagnóstico Ambiental, o Plano de Manejo, o Plano de Recuperação de Área Degradada e a Análise Preliminar de Risco.

Assim, estas outras modalidades de AIA, ou estudos ambientais, no linguajar da Resolução 237/97, se perfilam ao lado daquele a que se convencionou chamar de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório – EIA/RIMA.

Significa isso que a modalidade de avaliação de impacto ambiental a ser executada dependerá da significância do impacto potencial do empreendimento. Cumpre destacar que tal premissa não implica a desnecessidade de realização de estudos e diagnósticos ambientais para a instalação das obras ou atividades potencialmente poluidoras.

Alicerçando que o tipo de estudo ambiental é definido conforme a significância do impacto ambiental do empreendimento, reza o parágrafo único do art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/97, *in verbis*:

Art. 3º. A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual se dará publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

O licenciamento ambiental é, antes de tudo, uma análise técnica dos impactos ambientais gerados por determinado empreendimento, por isso os critérios e normas para licenciamento são definidos pelo CONAMA, o qual detém composição técnica apta a definir os tipos de estudos necessários a cada tipo de empreendimento. É justamente devido às peculiaridades do licenciamento ambiental que o legislador, sabiamente, conferiu a um órgão

com estrutura técnica definir as normas e critérios do licenciamento ambiental.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 3º da Resolução CONAMA nº 237/97 ratifica a validade dos procedimentos porque, como órgão ambiental competente, verificou não existir significativa degradação ambiental e exigiu os estudos ambientais que julgou pertinentes em conceito previsto no artigo 1º, inciso III, da mesma Resolução:

Art. 1º. Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

[...]

III – Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Como exemplos de estudos ambientais, destaquem-se, além do o Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), o Relatório Ambiental Simplificado (RAS), o Estudo de Viabilidade Ambiental (EVA), o Estudo Ambiental Simplificado (EAS). Todos esses estudos são espécies do gênero estudo ambiental. De acordo com a obra, o seu grau de impacto, e o porte do empreendimento, o órgão competente para o licenciamento ambiental definirá através do seu corpo técnico qual o estudo que melhor se adéqua.

Ainda de acordo com a Resolução CONAMA 237/97 a que se alude, o estudo ambiental deverá ser elaborado por uma equipe multidisciplinar. A sua importância reside no fato de que, através dele, poder-se-á obter um diagnóstico ambiental completo da área objeto da obra ou empreendimento, a fim de que possam ser adotadas as medidas ambientais cabíveis para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além desses estudos ambientais previstos no artigo citado, a Política Nacional do Meio Ambiente também instituiu eficazes instrumentos de gestão ambiental como o zoneamento ambiental; o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; a avaliação de impactos ambientais; a educação ambiental; a criação de Unidades de Conservação; o licenciamento ambiental propriamente dito, prévio, à construção, instalação ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades que fazem uso de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

3.2. Avaliação de Impacto Ambiental x Estudo de Impacto Ambiental

Inicialmente, cabe aqui distinguir estudo ambiental prévio para fins de licenciamento ambiental e o instrumento Avaliação de Impactos Ambientais (AIA), previsto no art. 9º, III, da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), *in verbis*:

Art 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

[...]

III - a avaliação de impactos ambientais;

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

A Avaliação de Impactos Ambientais (AIA) constitui um importante marco na história da legislação ambiental no Brasil, sendo o seu passo mais importante e decisivo até então. Caracteriza-se como um instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos capazes de assegurar, desde o início do programa, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados.

Segundo Sadler (1996, p. 113):

Mesmo em locais onde não está prevista na legislação ou em procedimentos administrativos, a AIA tem sido aplicada por força de exigências de organismos internacionais como o Banco Mundial que, desde 1989, adota uma política de avaliação ambiental. Esta política dos organismos internacionais foi responsável pela realização de numerosos estudos ambientais em países em desenvolvimento, induzindo-os à adoção dos procedimentos de AIA em seus sistemas de proteção do meio ambiente. A avaliação de impacto ambiental, como instrumento de decisão na aprovação de projetos, atividades e mesmo políticas, leis, planos e programas, encontra-se hoje disseminada amplamente em todo o mundo, seja inserida no sistema de proteção do meio ambiente de muitos países (mais de uma centena), na forma de leis ou procedimentos administrativos, seja pela atuação de organismos internacionais, dos quais dependem muito dos grandes projetos de infra-estrutura dos países em desenvolvimento. Considerados os procedimentos de âmbito estadual (ou provincial) é estimado em cerca de 200, o número total de jurisdições em todo o mundo que adotam o processo de AIA.

Entende-se, dessa forma, a Avaliação de Impacto Ambiental como um processo sistemático que examina as consequências ambientais de ações humanas, servindo para identificar, prever, avaliar e mitigar os efeitos relevan-

tes de ordem biofísica, social ou outros de projetos ou atividades antes que decisões importantes sejam tomadas.

Já o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é um dos elementos do processo de avaliação de impacto ambiental. Trata-se de execução, por equipe multidisciplinar, das tarefas técnicas e científicas destinadas a analisar, sistematicamente, as consequências da implantação de um projeto no meio ambiente, por meio de métodos de AIA e técnicas de previsão dos impactos ambientais. O Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), por sua vez, é o documento que apresenta os resultados dos estudos técnicos e científicos de avaliação de impacto ambiental, constituindo-se como documento do processo de avaliação de impacto ambiental, devendo esclarecer todos os elementos da proposta, de forma que possa ser divulgado e apreciado.

Nessa ótica, o estudo inicial do licenciamento ambiental e a avaliação de impactos ambientais são institutos distintos, embora se complementem. Os estudos ambientais são modalidade, espécie, de avaliação de impacto ambiental. Embora todo estudo ambiental inicial, tal como o EIA/RIMA, seja uma espécie de avaliação de impacto ambiental, nem toda avaliação de impacto ambiental resume-se a um estudo ambiental.

A avaliação dos impactos ambientais de determinando empreendimento não se encerra com o estudo ambiental exigido no início do licenciamento. A avaliação de impactos ambientais é um processo contínuo, tanto que determinadas atividades submetem-se ao chamado monitoramento ambiental, caso, por exemplo, de atividades emissoras de efluentes. A própria validade temporária de uma licença ambiental, a qual tem que ser constantemente renovada, é prova de que a avaliação de impactos ambientais é um instrumento dinâmico, constante.

Se a avaliação de impactos ambientais não fosse um processo contínuo, ou seja, se a avaliação de todos os impactos, desde os factíveis até os inimagináveis, tivesse que ser encerrada no estudo inicial do processo de licenciamento ambiental, não seria necessário exigir a renovação de licenças ambientais. As licenças seriam simplesmente emitidas com validade indefinida e a atuação dos órgãos ambientais se resumiria a fiscalizar o cumprimento das condicionantes da licença, estipuladas conforme os impactos previstos no primeiro, e único, estudo ambiental. Diferentemente de outras licenças administrativas, a licença ambiental sofre constante renovação justamente por conta do caráter dinâmico inerente à avaliação de impactos ambientais. Sedimentando a importância quanto à distinção destes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, assim discorre Milaré (2004, p. 429) citando Antônio Inagê de Assis Oliveira (Artigo: Avaliação de Impacto Ambiental x Estudo de Impacto Ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, n. 17, 2000, p. 141).

Nunca é demais insistir neste ponto, pois, existe uma certa tendência entre os ambientalistas, inclusive autoridades, de confundir o instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente 'Avaliação de Impactos Ambientais' (AIA) com uma ferramenta do licenciamento ambiental denominada Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que vem prejudicando bastante que se extraia do instrumental representado pelas técnicas e metodologia de AIA todas as úteis conseqüências possíveis.

Nada impede que sejam solicitados, por exemplo, estudos complementares visando a aferir impactos ambientais não estimados no estudo inicial do licenciamento ambiental. A avaliação dos impactos ambientais não tem o condão de anular ou invalidar estudo anterior e, sim, complementá-lo, razão pela qual mesmo a realização de estudo complementar não seria motivo para anulação de licenças concedidas. Trata-se de instrumentos complementares, tanto que a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente apresenta a previsão legal dos dois instrumentos.

Quanto à possibilidade técnica de detalhamento e especificidade dos impactos ambientais no âmbito do estudo ambiental inicial, merece realce a lição de Luis Enrique Sánchez, a seguir transcrita (2006. p. 285):

As dificuldades de prever impactos e as incertezas de previsão são inerentes ao processo de AIA. Daí a importância das medidas de gestão ambiental e da fase de acompanhamento do processo, capazes de detectar impactos não previstos e alertar para a necessidade de medidas corretivas. Por outro lado, as previsões, mesmo incertas, contribuem para a definição dos programas de gestão.

Nesse prisma, é compreensível que uma avaliação técnica realizada após os estudos iniciais (EIA/RIMA, EVA e PCMAs), vale dizer, já na fase de implantação do empreendimento, apresente maiores detalhes quanto aos impactos ambientais do que um estudo realizado antes da implantação, oportunidade em que se podia apenas estimar, em tese, os impactos ambientais do empreendimento que ainda viria a surgir.

Sedimentando essa explicação, tem-se o exposto em trecho da Instrução Técnica nº 297/08 – 4ª CCR/MPF, *in verbis*:

O EIA trabalha com situações hipotéticas de impacto e risco ambientais, segundo uma avaliação do quadro ambiental existente e da estimativa de modificações provocadas pela futura inserção do empreendimento. Assim, o EIA é uma ferramenta de construção de cenários técnicos e científicos; é um exercício de devir, de futuro. Mas não se pode esquecer que o EIA integra um processo muito mais amplo que é a avaliação de impacto ambiental, que não se encerra com a emissão da licença ambiental prévia.

[...]

Durante a elaboração de um EIA, as informações ainda apresentam um elevado nível de generalidade que amplia consideravelmente o nível de incerteza sobre as mudanças ambientais previstas.

Isso não implica, contudo, que o EIA/RIMA e os demais estudos iniciais citados sejam instrumentos inócuos, necessariamente falhos; ao contrário, que deve ser ponderada a dinamicidade de um licenciamento ambiental para a plena compreensão da análise ambiental de determinado empreendimento.

Determinados impactos, convém esclarecer, somente são melhor identificados ao longo do processo de implantação e operação do empreendimento. Por essa razão, o licenciamento é segmentado em três etapas (prévia, instalação e operação) e tais licenças têm validade temporária. Na medida em que ocorrem as renovações das licenças, vão detalhando-se os impactos e adotando-se medidas corretivas que se fizerem necessárias.

Isso não implica negação ao princípio ambiental da precaução, mas, sim, que tal princípio deve ser devidamente compreendido. Nesse sentido, segue lição de Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 56):

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.

Para deixar mais clara a diferença entre os dois institutos, permitimos exibir os dados de um caso concreto.

Tome-se, como exemplo concreto, o que foi desenvolvido no Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP), Ceará, tendo em vista o Masterplan para a instalação de diversos tipos de indústrias, tais como siderúrgica, termelétrica, petroquímica.

Nesse panorama do CIPP, cumpre destacar que não foi desconsiderada a conclusão da perícia ambiental relativa à necessidade de analisar os efeitos cumulativos e sinérgicos no CIPP, notadamente quanto à distribuição e à localização dos empreendimentos individuais conforme a capacidade de suporte ambiental da área. Para tanto, foi elaborada uma Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), submetida à apreciação do Conselho Estadual do Meio Ambiente (COEMA), em 23 de novembro de 2006, e aprovada de acordo com a Resolução COEMA nº 35 (DOE 04/12/2006).

Sobre o instrumento denominado Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), assim discorre o manual elaborado pela Secretaria de Qualidade Am-

biental nos Assentamentos Humanos do Ministério do Meio Ambiente (MMA/SQA) (2002, p. 13):

A contribuição para um processo de sustentabilidade, a geração de um contexto de decisão mais amplo e integrado com a proteção ambiental e a melhor capacidade de avaliação de impactos cumulativos constituem os benefícios mais notáveis da AAE, em sua capacidade de instrumento de política ambiental. Além do mais, a AAE traz o benefício de facilitar a avaliação individual dos projetos implantados como resultado dos planos e programas que lhes deram origem.

Há conflitos em termos do uso dos recursos e da proteção ambiental, surgidos nas diferentes etapas de formulação de políticas públicas e planejamento, deve-se responder e solucioná-los por meio de um processo sequencial de entendimento e avaliação das consequências ambientais de sua implementação. Foi nesse contexto que se desenvolveu a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE). Segundo o manual do MMA/SQA a que se aludiu, a AAE é, reconhecidamente, o instrumento de política ambiental adequado para promover a articulação das várias dimensões de uma dada política, um plano ou um programa de desenvolvimento, permitir que se explicitem com clareza seus objetivos e as questões ambientais relacionadas à sua implementação, orientar os agentes envolvidos no processo e indicar os caminhos para sua viabilização econômica, social e ambiental, facilitando ainda a avaliação de impactos cumulativos porventura resultantes das diversas ações a serem desenvolvidas.

Na citada Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), aprovada pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente (COEMA), foi realizado o Zoneamento Ambiental da área, analisando a distribuição das obras e atividades em conformidade com os atributos ambientais do local.

Some-se a isso que os licenciamentos individuais dos empreendimentos situados no Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP), por meio de seus diagnósticos, consideram os seus impactos cumulativos com os empreendimentos já existentes. Cumpre lembrar que todas as licenças ambientais, inclusive as individuais, têm prazo de validade temporário, de modo que, quando do pedido de renovação dessas licenças, são novamente analisados os efeitos cumulativos e sinérgicos de tais empreendimentos.

Ademais, a licença ambiental deve ser analisada conforme suas condicionantes. Nos licenciamentos individuais do caso concreto do Complexo Industrial e Portuário de Pecém consta a seguinte condicionante: "O empreendimento estará sujeito a eventuais adequações decorrentes de proposições contidas no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) específico a ser elaborado para o Complexo Industrial e Portuário do Pecém;". A própria condicionante da licença é prova cabal de que os licenciamentos ambientais individuais não

desconsideram os impactos cumulativos com os demais empreendimentos. Além disso, reforça a dinamicidade da Avaliação de Impacto Ambiental anteriormente evidenciada e que, portanto, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) do Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP) não suspende ou inviabiliza o licenciamento individual e, sim, o complementa.

Diante dos fatos e circunstâncias ora apresentados, percebemos claramente que pode haver um procedimento de avaliação de impacto ambiental, sem que haja sequer um procedimento de licenciamento ambiental em andamento. A Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), no caso, versou sobre uma avaliação geral, genérica, em acordo com a política pública, e que inclusive efetuou um zoneamento ambiental, possibilitando que os licenciamentos individuais já fossem instruídos com aquelas “orientações” relativas a avaliação de impacto ambiental.

CONCLUSÃO

Da análise dos institutos do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), bem como da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), preconizados pelo art. 9º da Lei 6.983/81, concluímos que são institutos distintos, embora possam complementar-se, e geralmente o fazem.

Podemos concluir, assim, que tão, ou mais, importante que a concessão da licença é a respectiva renovação. Ora, se o Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) são reconhecidamente dotados de algumas imprecisões justificáveis (tendo em vista o momento anterior à implantação do projeto), e se Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) continua sendo realizada ao longo do desenvolvimento do projeto, obrigatoriamente deve haver uma atenção redobrada nas renovações das licenças ambientais. Isso equivale a repetir que a renovação da licença não pode ser mera formalidade, com vista apenas a verificar o cumprimento das condicionantes previstas nas licenças ambientais. Deve servir, principalmente, para rever as avaliações de impacto anteriores. Tal procedimento, contudo, esbarra, dentre outros, em alguns gargalos, tais como deterioração dos órgãos ambientais, corpo técnico insuficiente, ingerência política.

Vimos ainda que pode haver avaliação de impacto ambiental fora do processo de licenciamento, como ocorreu no caso da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) do Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP), que se apresenta como mais uma modalidade de avaliação de impactos ambientais (AIA), neste caso voltado para a apreciação de impactos ambientais decorrentes de políticas e planos de desenvolvimento.

Em suma, a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) apresenta-se como um processo constante, dinâmico e complexo que, muitas vezes, prescinde da existência de licenciamentos ambientais, enquanto o estudo prévio para fins de licenciamento (EIA) é um procedimento mais pontual quando, quase como regra, os impactos ambientais são verificados apenas em duas ocasiões: quando da emissão da primeira licença ou quando da sua renovação ou renovações.

A ideia é que o gestor ambiental trabalhe com os dois instrumentos de modo que melhor possa analisar os impactos ambientais e gerir tanto o empreendimento quanto o meio ambiente. É importante asseverar que os dois institutos podem existir sozinhos, contudo geralmente vêm conjugados, complementando-se. Não pode haver, contudo, a utilização dos termos como sinônimos, haja vista que, como provado, de maneira alguma o são.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7. ed., 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997**. Brasília, DF.

_____. _____. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos. **Avaliação ambiental estratégica**. Brasília: MMA/SQA, 2002, p. 13.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AMS 96.01.49809-5/BA**. Rel. Juiz Lindoval Marques de Brito, Primeira Turma. DJ 07/12/1998, p. 141.

FARIAS, Talden. Da Licença Ambiental e sua Natureza Jurídica. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, jan./fev./mar. 2007. Disponível: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.aps>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Édís. **Direito do Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. **4ª Câmara realiza Encontro Temático**. Disponível em: <<http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/informes/4a-camara-realiza-encontro-tematico/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. Avaliação de Impacto Ambiental x Estudo de Impacto Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 17, 2000.

SADLER B. (Org.). **Environmental Assessment in a Changing World: Evaluating Practice to Improve Performance**. Ottawa, Canada: Canadian Environmental Assessment Agency/International Association for Impact Assessment, 1996.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara, AR de Ação Civil Pública 178.554-1, Des. Leite Cintra, j. 12.05.1993. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 01, jan./mar. 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.



O CONCEITO DE GOVERNANÇA GLOBAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ESTUDO DA EFETIVIDADE DA NORMA JURÍDICA: REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS

*Gabriela Garcia Batista Lima**

Resumo

O presente artigo trata de algumas reflexões epistemológicas de relações internacionais para contemplar a “crise” epistemológica do direito internacional ambiental. Demonstra-se como a construção de um possível conceito de governança global do desenvolvimento sustentável, pode auxiliar no estudo da efetividade da norma em um contexto globalizado. Para tanto, primeiro busca-se esclarecer acerca do conceito de governança global do desenvolvimento sustentável, para em seguida, demonstrar como pode ajudar no estudo da norma jurídica e sua relação com elementos de teoria do direito, como regimes jurídicos e efetividade.

Palavras-chave

Governança global. Direito. Efetividade.

Abstract

This article addresses some epistemological reflections of international relations to contemplate the "crisis" epistemological of international environmental law. It is shown how to construct a concept of global governance for sustainable development can assist in the study of the effectiveness of the Law in a globalized context. To do so, first it seeks to clarify the concept of global governance for sustainable development, to then demonstrate how you can help in the study of the rule of law and its relationship with elements of legal theory, such as legitimacy and effectiveness.

Keywords

Global Governance. Law. Effectiveness.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

* Pesquisadora do Centro Universitário de Brasília. Doutoranda em Direito, bolsista CAPES para doutorado em sistema de cotutela, no Centro Universitário de Brasília com a Université Aix Marseille III, França. Previsão para término 2013. Mestre e Bacharel em Direito. Especialista em Direito Internacional Ambiental. Professora de Direito ambiental. E-mail: gblima@gmail.com

O estudo da efetividade jurídica do direito internacional ambiental permeia o campo de estudo das relações internacionais. Tal interação ocorre na medida em que o estudo da norma pode tratar de relações de poderes, análise de estruturas normativas, modo de interação dos atores envolvidos, etc., que são questões presentes no estudo das relações internacionais. Todavia, direito e relações internacionais são campos distintos de conhecimentos, são, por exemplo, cadeias acadêmicas distintas, com objetos, conceitos e estudos próprios de cada campo. Uma distinção também ocorre do ponto de vista epistemológico, seus âmbitos de estudo normalmente têm distintos modos de enquadrar a análise de seus objetos de pesquisa.

Por outro lado, direito e relações internacionais se entrelaçam, principalmente considerando os efeitos da globalização na formação e na efetividade do direito, entre eles, os efeitos de pluralidade de atores na formação e realização de normas jurídicas, assim como na pluralidade de objetos que passam a ser tutelados juridicamente. Tal interação tem sido absorvida pela teoria do direito, por vezes colocando em crise alguns pilares como o próprio conceito de direito e de fontes jurídicas, que são tradicionalmente associados à atuação do Estado. Tal crise se faz nos âmbitos tradicionalmente estatais de atuação, na medida em que o elemento “estatal” dos conceitos de direito e de fontes jurídicas tem sofrido certa pressão pela pluralidade de atores e de questões a serem absorvidas pelo direito em um mundo globalizado¹.

Nesse sentido, em que medida a insuficiência do Estado é assimilada no estudo da efetividade da proteção jurídica ambiental, já que este é um âmbito estatal por excelência? Precisamente, como enquadrar o estudo da proteção jurídica ambiental em um momento em que o direito nacional e o internacional interagem em um campo pluralista e globalizado, com atuação pública, privada, nacional e transnacional? Quais ferramentas de estudo nos permitem analisar as normas jurídicas nesse âmbito pluralista? E ainda, como trabalhar, nesse contexto pluralista, a melhoria da efetividade jurídica ambiental, ou seja, o alcance de objetivos ecológicos, econômicos e sociais?

Tais indagações repercutem no modo de analisar o direito em um campo globalizado. Refletem também no entendimento da importância da interação entre os campos do direito e de relações internacionais, pois é possível utilizar ferramentas de análise das relações internacionais para o estudo do direito. O presente artigo trata especificamente do conceito de governan-

¹ Embora não seja o foco da pesquisa, vale destacar que, sobre o tema da crise do direito, Erik Jayme apresenta como resposta a essa crise, a construção de uma nova teoria do direito, que chama de pluralismo jurídico transnacional. JAYME, Erik. **Le droit international privé du nouveau millénaire**: la protection de la personne humaine face à la globalisation. Conférence prononcée le 24 juillet 2000, p. 18. Recueil dès Cours de L'Académie de Droit International de la Haye, 2000. O paralelo dessa perspectiva com a presente pesquisa se dá na medida em que se visa analisar sobre repercussões dessa insuficiência do direito atual em relação à efetividade jurídica de temas ambientais e sociais.

ça global do desenvolvimento sustentável, vista aqui pelo modelo institucional. A compreensão de tal instrumento de análise permite uma compreensão de como melhorar a efetividade do direito em tempos de globalização.

Trata-se de uma perspectiva sistêmica luhmanniana² e com o auxílio dos ensinamentos do direito reflexivo de Teubner³, para tratar normas jurídicas na relação entre direito e relações internacionais. Ou seja, se busca analisar a norma pela interação das linguagens dos respectivos campos, percebendo instrumentos de análise autônomos de cada campo, mas que podem auxiliar na compreensão um do outro.

A importância da interação dos instrumentos de análise de relações internacionais e direito consiste em uma melhor compreensão do contexto pluralista na busca pela efetividade do direito. Nesse raciocínio, primeiro busca-se esclarecer acerca do conceito de governança global do desenvolvimento sustentável, para em seguida, demonstrar como pode ajudar no estudo da norma jurídica e sua relação com elementos de teoria do direito, como, por exemplo, regimes jurídicos e efetividade.

2. GOVERNANÇA GLOBAL: UM CONCEITO DE ANÁLISE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Em um primeiro entendimento, governança global, de um modo geral, vislumbra-se como paradigma diverso do anterior que continha composições tradicionais das relações internacionais. Uma abordagem nesse sentido corresponde a um contexto que implica no reconhecimento de uma pluralidade de níveis de atuação e de atores e toma como premissa a busca por cooperação, haja vista um contexto de globalização e interdependência. Tratamos aqui, especificamente da abordagem institucionalista, que pode ser vislumbrada pela perspectiva da “governança global”⁴. Antes de entrar nessa abordagem é importante se esclarecer, ainda que brevemente, aspectos conceituais de governança e o modo tradicional de análise das relações internacionais, para se deixar claro como o próprio conceito de governança pode ter

² Mesmo que o presente estudo não seja puramente « Luhmanniano », o seu conceito de sistema serve como base para uma perspectiva sistêmica da interação entre os diferentes campos de conhecimento, aqui focados no direito e nas relações internacionais. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: Lineamientos para una teoría general.** trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 09.

³ O direito em uma abordagem reflexiva leva em consideração as interações sistêmicas dos campos de conhecimento de onde as normas surgem. Tais interações têm repercussões internas, externas e no próprio procedimento de interação. TEUBNER, Gunther. **Droit et réflexivité. L’auto-référence en droit et dans l’organisation.** Traduit de l’allemand par Nathalie Boucquey avec la collaboration de Gaby Maier. L.G.D.J – Bruylant, 1996, p. 163.

⁴ ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial.** Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 256.

diferentes entendimentos, e que dentre eles é que tratamos do modelo institucionalista.

No que se refere à relação entre governança e o modo tradicional de análise das relações internacionais, a governança se apresenta como uma perspectiva diferente daquela tradicional. Como paradigma diverso daquele tradicional, explica Barros-Platiau⁵ que, ao se abordar sobre governança global, as relações de poder tendem a ser afastadas, na consideração da crise do multilateralismo jurídico, político e econômico, efeito desta fragmentação do poder e das fontes reguladoras globais.

De forma diversa, pela sistemática tradicional a composição política do âmbito internacional seria definida a partir do equilíbrio de poder entre os Estados, cujas premissas restringem-se a considerações a respeito do potencial militar, da iniciativa diplomática e do poder econômico⁶. As relações internacionais eram entendidas pela sua condução entre governos, em que o principal dever de cada governo se restringiria ao de preservar os interesses do povo que representa face aos interesses rivais.

A política internacional se limitava a descrever relações de Estados soberanos, em um cenário anárquico, cujas principais ilustrações eram o diplomata e o soldado⁷. As relações internacionais sempre foram uma prática sobre equilíbrio, que estabelece suas próprias exigências, reunindo vários fatores explicativos da convivência comunitária que se incrementam através dos subsídios da tecnologia, economia e reflexos sócio-políticos, como forma de coexistência⁸.

Assim, enquanto estudos tradicionais acerca das relações internacionais são delineados em termos de equilíbrio do poder, política entre as Estados e dá pouca ou nenhuma atenção para atores não estatais, entidades privadas e etc. O termo governança global pode dar igual atenção para essas diferentes esferas. Estuda-se, pois, no processo de coordenação política dos interesses e a consideração da influência de fatos específicos nas resoluções de disputas.

⁵ Tal ressalva é aqui delineada para abordagens de governança em geral. Entretanto, mister explicar que a autora aponta tal observação ao descrever sobre a governança enquanto o fenômeno da institucionalização dos objetivos comuns. BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental**. Série Grandes Eventos – Meio Ambiente, 2001, p. 01-11.

⁶ WIGHT, Martin. **A política do poder**. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 167.

⁷ ARON, Raymond. **Paz e guerra entre as nações**. Tradução Sérgio Bath. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 52.

⁸ STRENGER, Irineu. **Relações Internacionais**. São Paulo: LTr, 1998, p. 14-15.

Outra questão importante consiste em esclarecer algumas diferentes abordagens possíveis para governança. Ressalta-se que partimos aqui de algumas composições vislumbradas na segunda metade século XX. Trata-se das possíveis diferenças entre “governança corporativa”, “governança”, “boa governança” e “governança global”.

“Governança corporativa” diz respeito à visão empresarial de governança. Visa princípios éticos e procedimentos na condução dos negócios, noção largamente empregada para tratar do desempenho da empresa e gestão empresarial⁹. Tendo em vista que esse não é o nosso foco no presente estudo, não iremos aprofundar nessa linhagem.

Fora da linhagem empresarial, governança pode se voltar para âmbitos de inserção distintos: uma mais restrita, que normalmente é apontada apenas como “governança” ou “boa governança”, que envolve princípios e estruturas voltadas para guiar a ação estatal, embora possa também abordar a ação não-estatal¹⁰. E uma mais ampla, normalmente vislumbrada como “governança global”, que compreende influências na tomada de decisão, diferentes centros de autoridade que definem a implementação das ações em determinado contexto.

Thomas Weiss¹¹ explica que, no início dos anos 80, “governança” e especialmente “boa governança” permeou o discurso do desenvolvimento, principalmente para o nível nacional. Esse conceito está ligado à transparência, participação, promoção dos direitos humanos e baixo índice de corrupção. Nesse sentido, “governança” e “boa governança” são ligadas a valores e um modo específico de comportamento.

Por exemplo, o Banco Mundial, no discurso do desenvolvimento no final do século XX, trouxe o termo “governança” e “boa governança” como à capacidade governativa, que não seria avaliada apenas pelos resultados das políticas governamentais, mas também pela forma do governo exercer o seu poder¹². Nesse sentido, o termo “governança” é utilizado pelo Banco para se voltar para a ação nacional estatal, a fim de que esta tenha uma boa interação internacional. E ainda hoje, sua definição é, enquanto forma ou procedi-

⁹ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

¹⁰ YOUNG, Oran R. Teoria de regimes e a busca de governança global. In VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs). **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: UNITAR, UniCEUB e UnB, 2009, p. 371-398; p. 372.

¹¹ WEISS, Thomas G. **Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges**. *Third World Quarterly*, vol. 21, n. 5, oct. 2000, p-795-814. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0143-6597%28200010%2921%3A5%3C795%3AGGGAGG%3E2.0.CO%3B2-O>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

¹² GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança**. CONPEDI, Manaus, Anais, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

mento, uma que aborda o exercício da autoridade, controle, administração e poder de governo. Recentemente revisou sua abordagem do termo para não deixar de lado aspectos complementares de governança do setor privado¹³. E “boa governança” corresponde à substância de que deve esta forma alcançar o desenvolvimento sustentável, em suas três dimensões¹⁴.

Sobre “governança global”, Matthew Paterson¹⁵ estuda três diferentes modos de análise. O primeiro modo, inserindo-se na teoria dos regimes internacionais, envolve práticas que operam no sistema interestatal, ora o complementando, ora o suplementando. Sobre esse modelo, já defendido por autores como Oran Young, explica que governança global é primariamente um fenômeno interestatal. Considerações acerca da interferência das questões de legitimidade relacionadas à participação dos atores não estatais e repercussão de novos assuntos e demandas são para delinear uma questão da efetividade do sistema como um todo. E nominar como global (em oposição à internacional) é para explicar as redes de conexões delineadas pela formação de regimes internacionais. Nesse sentido, o termo “global” também se distingue pelo menos dois significados distintos: ou o último grau de atividade, ao lado da nacional e local, ou a suma de todas as atividades¹⁶.

Como um segundo modo de análise, Paterson ressalta governança global apresentada por Rosenau, em que as práticas das governanças são para tentar conduzir os efeitos da globalização e, também, de forma ampla, integra relações transnacionais, considerando que os seus efeitos não se limitam a território ou nacionalidade. Como terceira abrangência, descreveu existir outra concepção que enfatiza a natureza transnacional da governança de forma mais consolidada, admitindo uma ordem fora das relações entre os Estados, e o reconhecimento de uma sociedade civil transnacional que pode ou não ter a participação estatal.

Para a presente análise, o conceito de governança fica de acordo com essa terceira abordagem de governança, específica para tratar do estudo das normas diante dos efeitos de globalização e dos objetivos de desenvolvimento sustentável presente nas normas. Nesse sentido, governança global significa abranger em uma análise os níveis nacionais e internacionais que influenciam na efetividade da norma jurídica, tendo em vista os desafios do de-

¹³ KAUFMANN, Daniel. **Rethinking governance**. Empirical Lessons challenge orthodoxy. The World Bank. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/rethink_gov_stanford.pdf> Acesso em: 01 fev 2012.

¹⁴ BANCO MUNDIAL. **What is our approach to governance?** Disponível em: <<http://go.worldbank.org/MKOG258V0>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

¹⁵ PATERSON, Matthew. **Interpreting trends in global environmental governance**. International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944), v. 75, n. 4., Oct., 1999, p. 793-802. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=00205850%28199910%2975%3A4%3C793%3AITIGEG%3E2.0.CO%3B2-V>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

¹⁶ DINGWERTH, Klaus; PATTERBERG, Philipp. **Global governance as a perspective on world politics**. Global Governance n. 12, 2006, p. 185-203.

envolvimento sustentável. Considera-se não apenas as estruturas normativas públicas, mas também privadas, e atores não estatais. Significa enquadrar os diversos arranjos normativos em torno dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Governança global pela clivagem institucionalista corresponde, então a aspectos que ensejam para o desejo de um mínimo de previsibilidade em um contexto de globalização e interdependência, que estimulou cooperações internacionais. Globalização e interdependência são assuntos interligados quando se trata da produção e efetivação de normas jurídicas.

A interdependência, de modo geral, é pressuposto de formação de regras em comum ao contextualizar que as consequências das atuações, na cena internacional, alcançam a todos, tornando-se necessária mesurar a ação coletiva. Governança global e interdependência estão relacionados, uma vez que as racionalizações esquematizadas em modelos de governança respondem o contexto de interdependência envolvido. Os envolvidos ponderam riscos que escolhem passar, e sistematizam regras para condução das atividades. A criação de elementos que visem a cooperação reflète a necessidade de se racionalizar as consequências destas interdependências¹⁷.

Globalização aqui se contextualiza pela velocidade de formação de relações jurídicas, pluralidade de atores, pelo aumento nas formas de normas e regimes internacionais, além do número de assuntos que agora são globais, mas antes eram apenas regionais ou locais. Compreende a expansão do direito internacional, que ensina para a descentralização das fontes e da legitimidade de atores na sua dinâmica¹⁸. Um efeito da globalização é a politização, pois, qualquer argumento com base na globalização (seja econômica, ambiental, dos mercados, etc.) aponta as suas consequências políticas postas em andamento: instituições sócio-industriais, as premissas do Estado do bem-estar social etc.¹⁹

Em outras palavras, consiste na institucionalização e sistematização dos riscos discutidos. Ulrich Bech²⁰ explica que tais racionalizações são ponderações dos atores tentar o máximo grau de previsão das consequências de suas decisões, que refletem no campo político e jurídico. Nesse sentido, contextualiza-se o cenário político global, com sua consequente elaboração de

¹⁷ YOUNG, Oran R. A eficácia das instituições internacionais: alguns casos difíceis e algumas variáveis críticas. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 239-253.

¹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 167, p.135-170, jul./set. 2005.

¹⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14.

²⁰ BECK, Ulrich. **World risk society**. Polity Press: Cambridge, 2000, p. 06-03.

normas jurídicas e sistematização dos riscos, politizando estratégias escolhidas para se evitar o perigo nas várias facetas da interdependência, que é a marca de uma relação com o risco²¹.

A compreensão da interdependência permite um esclarecimento maior acerca das relações envolvidas. Contextualizam, pois, capacidades de atuação dos atores, diante da natureza do modelo de governança discutido, e com isso, sinalizam para a eficácia e efetividade jurídica das institucionalizações e modelos de governança em geral.

Seguindo esse raciocínio, a cooperação como base legitimadora para a instituição de acordos e normas internacionais corresponde tanto uma resposta aos efeitos de interdependência das diversas dimensões da globalização, quanto um aspecto de oportunidade de manutenção do poder nas relações internacionais, em relação aos efeitos da atuação de outras entidades que não os Estados, também aspecto da globalização²². A interdependência como fundamento de modelos de governança corresponde assim, a um dos aspectos basilares, inseridas ainda no contexto dos efeitos da globalização.

Assim, a relação entre governança e globalização pode ser explicada em relação aos efeitos de interdependência. Os âmbitos de interdependência globalizados ensejaram uma necessidade cooperação, o que levou para a conseqüente normatização e formação de instituições e regimes jurídicos, contexto em que se insere a própria institucionalização do desenvolvimento sustentável.

3. A GOVERNANÇA GLOBAL COMO INSTITUCIONALIZAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

Tendo em vista um contexto de globalização e interdependência entre os envolvidos, podemos vislumbrar esse cenário pelo conceito de governança global como institucionalização das ações coletivas em torno de determinado assunto. Além disso, ressalta-se que, do ponto de vista jurídico, abordar tais considerações remete para interações entre diferentes esferas normativas. Significa apresentar composições de eficácia e formas de efetividade, e por isso a relação entre governança e regimes internacionais e com a concretização dos objetivos juridicamente normatizados. Veremos tais aspectos paulatinamente.

²¹ HERMITTE, Marie-Angèle. A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos. In VARELLA, Marcelo Dias. **Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco.** Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo dos Riscos. Brasília: UniCEUB, UNITAR, 2006, p. 11-56; p. 11.

²² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 08-09.

3.1. Governança global como institucionalização

Primeiro retratando-se a respeito de governança global veiculada por Rosenau²³, essa se caracteriza como composição que inclui sistemas de regras em diferentes níveis da atividade humana, que foram se constituindo para conduzir a cooperação global face aos objetivos comuns. Essas normas englobam tanto campo nacional quanto internacional, assim como o exercício do controle possui uma repercussão transnacional.

Tal definição possui quatro elementos essenciais que são: sistema de regras, níveis da atividade, definição de objetivos e repercussão transnacional. Quanto ao sistema de regras, se têm como relevantes aspectos de controle e distribuições de poder, capacidade dos atores, que são questões que se inserem na natureza do regime e descrição do sistema de regras, delineando-se sua legitimidade e eficácia. Nesse sentido, sobre a estrutura normativa, importa saber como o controle é exercido, quem são os envolvidos, como as normas são aplicadas, como é a interação entre esses atores, como o comportamento é afetado e como este reflete na efetividade das regras²⁴.

A respeito da delimitação dos níveis da atividade e de quais objetivos, responde-se a uma demanda de racionalização e ponderação dos riscos para orientação das ações que, conforme já ressaltado, dizem respeito aos diversos âmbitos de globalização e interdependência. E a noção de repercussão transnacional, por sua vez, é ressaltada em uma abordagem generalizada do termo, para explicar que as consequências não se limitam a fronteiras e que podem atrelar-se também ao fato de que não foram necessariamente ensinadas por atores estatais face ao sistema de regras vislumbrado²⁵.

Tais considerações dizem respeito à institucionalização dos objetivos comuns, ou seja, a formação do plano da eficácia, com a politização dos objetivos frente à ponderação dos riscos, distribuindo normas de conduta entre os envolvidos, assim como as formas que devem ser realizadas. É nesse sentido que as organizações internacionais e regimes diversos são vislumbrados como instituições de governança, uma vez que consistem nos instrumentos de definições de sistema de regras, direitos e deveres face questões globais de interdependência.

²³ ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 15-16.

²⁴ DINGWERTH, Klaus; PATTBURG, Philipp. **Global governance as a perspective on world politics**. *Global Governance*, n. 12, 2006, p. 185-203.

²⁵ ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 16.; e também: DINGWERTH, Klaus; PATTBURG, Philipp. **Global governance as a perspective on world politics**. *Global Governance*, n. 12, 2006, p. 185-203.

Assim, tem-se que a característica da institucionalização dos objetivos constitui-se na construção de mecanismos de eficácia a fim de se implementar uma ordem, legitimada por ter sido delineada racionalmente entre os envolvidos, e por isso a sua relação com os regimes internacionais. Faz-se mister um melhor esclarecimento sobre essa interação, conforme segue a baixo, uma vez que viabiliza a posterior análise do da efetividade do desenvolvimento sustentável no comércio.

3.2. Governança global e os regimes internacionais

Governança global e regimes internacionais embora com aspectos em comum, não se confundem. Relembrando-se o conceito precursor de Krasner²⁶, os regimes internacionais se estruturam nos princípios, normas, regras e decisões, reflexos da convergência de interesses dos seus atores. São específicos no que se refere à matéria e ao modo de tratá-la, adquirindo uma verdadeira autonomia, uma sistêmica própria, descentralizando também o processo de efetivar a norma²⁷.

Rosenau²⁸ afirma serem os regimes internacionais, formas de governança. Explica que, como a governança, os regimes abrangem atores governamentais e não governamentais. Ambos concordam sobre a necessidade de cooperação para os interesses compartilhados, que justifica a aceitação de princípios, normas, regras e procedimentos, e cuja efetividade não está necessariamente vinculada a uma autoridade central. Todavia, os regimes internacionais se referem a atividades específicas, com uma estrutura em que é possível, com maior precisão, definir os envolvidos, normalmente especificados pelo próprio regime, assim como define também o modo de efetividade de suas normas.

É possível afirmar que os comprometimentos internacionais, ligados à natureza do regime limitam a ação estatal envolvida, nas suas políticas internas²⁹. São estruturas afetadas pelo comportamento desses atores e por uma série de outros fatores contextuais. Os regimes podem afetar o comportamento intensificando a preocupação com um problema, melhorando o ambi-

²⁶ KRASNER, Stephen D. **Structural conflict**: The third world against global liberalism. University of California Press, p. 04.

²⁷ KRASNER, Stephen D. **Structural conflict**: The third world against global liberalism. University of California Press, p. 04.

²⁸ ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 21.

²⁹ BOYLE, Alan. Relationship between International environmental law and other branches of International Law. In: BONDANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford University Press, 2007, p. 125-246; p. 126.

ente contratual entre os participantes ou capacitando-os para lidar com a questão. Pode se examinar o impacto dos regimes como provedores de autoridade, legitimidade e como mecanismos de efetividade³⁰.

Keohane³¹ retrata que outra função dos regimes é procurar estruturar um equilíbrio nessas relações, ou seja, para tentar corrigir assimetrias causadas pela política mundial e condição dos atores envolvidos. Nesse sentido, tem-se também que o papel dos regimes jurídicos como provedores de governança na possibilidade de conjugar os diferentes objetivos e impedir que a ação individual conduza à diminuição do bem-estar social³².

É nessa interação que os regimes jurídicos internacionais são vistos como instrumentos de promoção e concretização de determinada governança global, ao sistematizar o modo de realização de determinada atividade, ligando os âmbitos nacionais e internacionais de forma legítima, na visão dos envolvidos. Estudar a natureza do regime permite vislumbrar as bases da legitimidade para as ações coletivas, assim como permite uma compreensão de como se dá a sua efetividade. E com vista a esse contexto, vislumbra-se a seguir o cerne entre governança global e o direito.

3.3. As bases da governança global: a legitimidade do direito internacional

Busca-se aqui esclarecer a importância de uma noção de legitimidade e governança global. Essa incorpora tanto uma medida empírica de legitimidade, de aceitação da regra por uma comunidade; quanto um argumento normativo, que se refere à legitimidade ou não daquele argumento de autoridade da norma³³.

Em ambos os sentidos, a governança global apresenta as bases de justificação de um conjunto de ações por esta comunidade. No caso da governança global do desenvolvimento sustentável, essa aceitação é o pressuposto que relaciona a necessidade do direito em se apoiar em valores que abrangem os três pilares do desenvolvimento sustentável, como elementos justificadores das ações coletivas.

³⁰ YOUNG, Oran R. Teoria de Regimes e a busca de Governança Global. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs). **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: UNITAR, UniCEUB e UnB, 2009, p. 371-398, p. 377.

³¹ KEOHANE, Robert O. **The demand for international regimes**. *International Organization*, vol. 36, No. 2, International Regimes (Spring, 1982), p. 325-355. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0020-8183%28198221%2936%3A2%3C325%3ATDFIR%3E2.0.CO%3B2-J>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

³² YOUNG, Oran R. Teoria de Regimes e a busca de Governança Global. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs). **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: UNITAR, UniCEUB e UnB, 2009, p. 371-398; p. 377.

³³ BERNSTEIN, Steven. Legitimacy in Global Environmental Governance. *Journal of International Law & International Relations*, v. 1 (1-2), p. 139-166.

A legitimação das ações é em vista de serem as normas reguladoras oriundas do consenso e os mecanismos de implementação permitirem a argumentação. Nesse sentido, efetividade é proporcional ao grau de estabilização das expectativas associadas³⁴. Essa interação enfatiza o debate, argumentação e fundamentação das decisões, para possibilitar a manifestação de dimensões morais, políticas e de fidelidades no âmbito da normatização e implementação da norma³⁵.

E o modelo de governança é útil para identificar essas diferentes vozes, tipos de autoridade e formas de interferências nos diferentes assuntos, ao mesmo tempo em que apresenta institucionalizações dos temas em comuns. A legitimidade relaciona-se com a governança global na medida em que as normas jurídicas são reflexos do consenso entre as partes, em uma institucionalização ou sistematização de regras que se formou como eficaz para englobar os diferentes interesses envolvidos.

Vale dizer, a governança global apresenta mecanismos de eficácia e efetividades úteis para análise da adequação e cumprimento da norma jurídica e da satisfação do resultado almejado. Nesse sentido, é importante compreender a relação entre efetividade e governança global, entendendo-se como ponte entre os dois, o âmbito da eficácia da norma internacional, uma vez que a capacidade dos elementos de um modelo de governança interagir os diferentes interessados e questões relacionadas colabora para a maximização da efetividade da norma.

3.4. Governança global e efetividade do direito

A pertinência da análise no âmbito da governança global para o estudo da efetividade do direito internacional se vislumbra por permitir trabalhar com aspectos que vão para além do âmbito jurídico da norma.

Vale lembrar que, para a construção da realidade jurídica efetiva, exige-se uma integração dos problemas axiológicos, históricos, econômicos e sociais, essenciais para a adequação do direito à realidade³⁶. Contudo, mesmo

³⁴ Significa preencher, ou pelo menos responder em maior intensidade à tensão entre fato e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele. Importante explicar que existem diferenças significativas na teoria do agir comunicativo de Habermas e uma abordagem sobre governança global, que não cabe aqui a extensão. O paralelo com Habermas é apenas para definir a posição da racionalidade no debate, uma vez que o consenso, na governança global, legitima as bases institucionais. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução: Flávio Beno Seibenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128.

³⁵ Nesse sentido, delinea-se que Habermas ressalta para a relevância de uma autoridade moral dos direitos subjetivos, como pretensão de legitimidade, para além da legalização democrática. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução: Flávio Beno Seibenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 121.

³⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 08-14.

estando apta para a produção de seus efeitos, sendo essa aptidão caracterizada na sua congruência técnica e formal, bem como sua congruência valorativa e de adequação com a realidade³⁷, não significa que eles realmente ocorrerão; eis o plano da efetividade.

Efetividade jurídica é o grau de incidência de obediência à norma: remonta saber se está ou não sendo fielmente e constantemente seguida. É o passo para além do mundo jurídico, sendo a realização do direito no desempenho concreto de sua função social. Retrata Luis Roberto Barroso³⁸ para a diferença técnica entre eficácia e efetividade da norma, sendo a primeira a aptidão para produzir seus efeitos, e a segunda, é a análise da real produção desses efeitos.

Varella exemplifica como indicativos de efetividade para o grau de eficácia de uma norma os seguintes aspectos: a definição clara dos objetivos a serem alcançados, graduação dos níveis de obrigações conforme as diferentes capacidades nacionais, existência de organizações internacionais responsável pelo monitoramento e aprimoramento dos avanços produzidos, existência de sanções para os casos de não-cumprimento e mecanismos de soluções de controvérsias com poder de sanção para as suas decisões. Quanto à eficácia política da norma internacional, destacam-se a legitimidade do tema para os diferentes atores, a concordância e participação dos Estados mais importantes, a viabilidade dos procedimentos e objetivos almejados, o interesse econômico positivo dos atores envolvidos e a sensibilização da população sobre o tema.³⁹

Oran Young⁴⁰ delimita outras variáveis: a efetividade da norma dependerá, em alguma medida, da transparência no monitoramento das condutas, do grau de resistência dos mecanismos em face de turbulências externas e internas, do rigor das regras reconhecidas que governam as mudanças nas suas normas substantivas, da capacidade dos governos em implementar suas normas, das assimetrias atreladas à distribuição do poder e grau maior ou menor de interdependência, e da permanência da legitimidade das idéias de ordem intelectual que a sustentam.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 47-48.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. Editora Saraiva, 2003, p. 247.

³⁹ VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basiléia no Brasil. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **A efetividade do direito internacional ambiental**. Brasília: Ed. UNICEUB, UNITAR e Unb, 2009, p. 29-50; p. 34-35.

⁴⁰ YOUNG, Oran R. A eficácia das instituições internacionais: alguns casos difíceis e algumas variáveis críticas. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 239-253.

Ademais, o direito internacional apresenta uma peculiaridade a mais com relação à efetividade: por vezes se refere à adoção de normas que inicialmente não buscam solucionar o problema, mas dar um primeiro passo para o convencimento dos principais atores se comprometerem a tratar de aquele tema. Ressalta Varella⁴¹ que, trata-se de uma medida política, mais do que jurídica. Assim, pode ocorrer que a norma seja cumprida, mas não resolve o problema. Dessa forma, é possível vislumbrar a efetividade jurídica pelo seu cumprimento e maximizado esse, quando é também efetiva em razão do resultado que se almejava.

Relacionando-se esse ponto de vista com a perspectiva dos regimes internacionais, a efetividade de um regime pode tomar duas perspectivas: focalizando a natureza do problema e focalizando a capacidade de resolver o problema. Com relação à natureza do problema, a ideia básica é que algumas dificuldades são intelectual e politicamente menos complicadas e mais benignas que outras, portanto, mais fácil de resolver; com respeito à capacidade de resolução, a efetividade pode tomar um sentido diferente, uma vez que alguns problemas são resolvidos mais rápidos porque existem capacidades institucionais e políticas mais fortes por trás.

O desafio intelectual e tecnológico é identificar o problema e as medidas de efetividade, e desafio político é mobilizar atores relevantes em propósito de ações coletivas para buscar uma solução efetiva⁴². Pela perspectiva da efetividade jurídica de questões ambientais, e, em consequência, do desenvolvimento sustentável, esse ponto de vista é importante como ponto de avaliação da eficácia das instituições da governança global. Analisar, pois, para além do cumprimento da norma é buscar elevar ao máximo a concretização de questões ambientais e sociais, junto com valores econômicos, enquanto pilares da sustentabilidade.

Além disso, a efetividade jurídica pode também ser relacionada com governança global pela sua abrangência de pluralidade de atores, assuntos, valores, e de formas das normas jurídicas, regimes e assimetrias de poder, inerentes às relações internacionais. Na atuação do Estado em face de um modelo de governança, a efetividade corresponde à realização das normas, compatibilizando os compromissos internacionais com as necessidades nacionais e repercussões diversas, que depende da sua capacidade em gerir esta interação.

⁴¹ VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basileia no Brasil. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **A efetividade do direito internacional ambiental**. Brasília: Ed. UNICEUB, UNITAR e Unb, 2009, p. 29-50; p. 34-35.

⁴² ANDRESEN, Steinar; SKJAERSETH. Science and technology from agenda setting to implementation. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The OXFORD handbook of international environmental law**. OXFORD University Press Inc., New York, 2007, p. 182-204; p. 185.

Alinha-se, nesse panorama, a relação entre a efetividade jurídica, regimes internacionais e governança global, que permitem identificar a legitimidade, eficácia e possibilitar a efetividade das ações coletivas. Tem-se a utilidade da governança global, do seu caráter de institucionalização e do estudo dos regimes internacionais para a identificação de critérios da análise da efetividade do direito, enquanto seu instrumento. Uma vez compreendida esta questão, é possível adentrar no modelo da governança global do desenvolvimento sustentável, raciocínio que se segue.

4. A GOVERNANÇA GLOBAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UM CONCEITO IMPORTANTE PARA A ANÁLISE DA EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO FRENTE AOS EFEITOS DE GLOBALIZAÇÃO

As instituições da governança global do desenvolvimento sustentável inserem-se como mecanismos de eficácia e efetividade, que visam lidar com os desafios dos efeitos da globalização e interdependência. Pelo norte ensinado na noção de desenvolvimento sustentável, sua concepção se relaciona com a análise da sua efetividade no âmbito de pesquisa escolhido, qual seja, o comércio.

A governança global do desenvolvimento sustentável torna-se um possível instrumento de análise da eficácia e efetividade de normas jurídicas porque ressalta para a importância central do papel de instituições formais e informais, ou seja, das organizações internacionais, dos grupos científicos transnacionais, sociedade civil e o setor privado na implementação do desenvolvimento sustentável. Sustentabilidade envolve questões técnicas, tecnológicas, de transferência de tecnologia, de ação governamental, de incentivos ao comportamento privado, etc.

Consiste em reconhecer toda uma esfera de atuação que um estudo fechado na norma jurídica não alcança. Mas se ampliarmos o estudo da norma para elementos outros que a rodeiam, como a influência dos atores, instituições, regimes públicos e privados, podemos enriquecer a análise e chegar em respostas mais próximas da realidade, no que diz respeito à busca da efetividade da norma jurídica.

Tecnologia, mudança de comportamento são elementos não-jurídicos chaves para a efetividade da norma jurídica. No que tange o aspecto técnico e tecnológico, vale lembrar que inovações tecnológicas para são a chave para a melhora dos problemas ambientais, a ciência adverte o que fazer, enquanto a tecnologia determina a limitação e oportunidades para os problemas alvos⁴³.

⁴³ ANDRESEN, Steinar; SKJAERSETH. Science and technology from agenda setting to implementation. In BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The OXFORD handbook of**

Os conhecimentos tecnológicos são o conteúdo que formulam e limitam os riscos a serem apresentados pelas normas jurídicas. A mudança do comportamento consiste justamente em evitar a reincidência de um problema ambiental, objetivo também presente nas normas ambientais. A governança global é um conceito que permite abranger o estudo de todos esses elementos, com o reconhecimento da formação do direito de forma reflexiva⁴⁴, na interação entre esses diferentes atores, ligados à tecnologia, à formação de riscos, técnicas, obrigações, objetivos, etc.

A inserção de mecanismos que permitam a formulação dos riscos e a sua consideração são questões de legitimidade e eficácia e, conseqüentemente, de efetividade, e por isso a importância da interação com as comunidades epistêmicas, que são responsáveis pelo estudo dos riscos e de sua formulação. O resultado é o que Haas⁴⁵ chama de *usable knowledge*, que consiste na informação apurada sobre determinada questão, que foi politicamente formada.

E, nesse sentido, a importância das comunidades epistêmicas se dá na medida em que desenvolvem e fazem circular no contexto político e jurídico, valores, interesses e preferências, assim como permitem identificar participantes legítimos no processo de formação da política, e influenciam na forma e conteúdo, constituindo como os conflitos de interesse serão resolvidos⁴⁶.

Os valores ambientais e sociais, enquanto protegidos pela governança, podem ser caracterizados de maneira geral, pela não-rivalidade e não-exclusividade, haja vista sua violação não estar restrita a algum ator, território, ou questão. Busca-se maior equidade e mecanismos de cooperação, com nivelamento de responsabilidades e pela sua concepção de provisões coletivas, intenta-se compreender as necessidades da população, requerendo-se sua participação. De modo generalizado, tais valores entram na lógica dos bens públicos globais junto com os desafios de paz e segurança, manutenção

international environmental law. OXFORD University Press Inc., New York, 2007, p. 182-204, p. 184.

⁴⁴ TEUBNER, Gunther. **Droit et réflexivité.** L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Traduit de l'allemand par Nathalie Boucquey avec la collaboration de Gaby Maier. L.G.D.J – Bruylant, 1996, p. 163.

⁴⁵ HAAS, Peter M. Promoting knowledge based international governance for sustainable development. In THOYER, Sophie; MARTIMORT-ASSO, Benoît (eds.). **Participation for sustainability in trade.** England: ASHGATE Publishing Limited, 2007, p. XXIV-XXVII, p. XXV.

⁴⁶ Segundo o autor, as comunidades epistêmicas são redes, em geral, transnacionais, de conhecimento baseado em especialista com uma demanda de autoridade ao exigir a inserção deste conhecimento nas políticas de sua especialização. HAAS, Peter. Epistemic Communities. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The OXFORD handbook of international environmental law.** OXFORD University Press Inc., New York, 2007, p. 791-806, p. 799.

da saúde, estabilidade financeira, compartilhamento de conhecimento e a abertura do mercado⁴⁷.

Essencialmente, fortalecer essa esfera institucional do desenvolvimento sustentável significa aprimorar sua governança na medida em que torna o sistema melhor capacitado para lidar com as vulnerabilidades inerentes às atividades envolvidas no campo do desenvolvimento. Implica ainda em avaliar se desenvolvimento sustentável é prioridade nos âmbitos de tomada de decisão. Em outras palavras, como as decisões abordam e integram os três pilares do desenvolvimento. Esse aspecto se relaciona com a capacidade de interação dos diferentes âmbitos, e realização dos interesses coexistentes. A interação entre os diferentes setores, governo e sociedade permitem, não apenas uma adequação do modelo de governança ao contexto local, mas, junto com uma legislação eficiente, a real efetividade dos seus termos.

Ressaltando-se uma perspectiva integradora do local, ao regional, ao nacional, ao internacional, e finalmente ao global, é possível dizer que o desenvolvimento abrange tanto o crescimento econômico de um país, quanto a expansão das liberdades de seus cidadãos, como o acesso à saúde, educação etc., que então correspondem tanto ao fim, quanto aos instrumentos do desenvolvimento. Nesse sentido, Amartya Sen⁴⁸ preceitua que “as pessoas tem de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento”.

Segundo Ignacy Sachs⁴⁹, o desenvolvimento sustentável aposta na capacidade natural da região, valorizando os seus recursos específicos para a satisfação das necessidades fundamentais da população em matéria de alimentação, habitação, saúde e educação, etc e fortalecendo o que aquela comunidade tem de fraquezas. Ou seja, não é meramente aplicar um modelo de desenvolvimento, mas buscar uma adequação com as características e condições de determinada localidade, a fim de maximizar a eficiência das atividades para o desenvolvimento. Tal entendimento integra-se com uma perspectiva de governança global do desenvolvimento sustentável, observando-se as normas jurídicas como um dos instrumentos possíveis para tais objetivos.

E eficiência da norma, então, envolve não apenas o crescimento econômico com o suprimento das necessidades locais, mas também a possibilidade de continuidade da atividade para aquela região. Do raciocínio delinea-

⁴⁷ THOYER, Sophie. Global public good and governance of sustainable development. In: THOYER, Sophie; MARTIMORT-ASSO, Benoît (eds.). **Participation for sustainability in trade**. England: ASHGATE Publishing Limited, 2007, p.43-60, p. 43.

⁴⁸ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Comanhia das Letras, 2000, p. 71.

⁴⁹ SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir**. São Paulo: Vértice, 1986, p. 15-16.

ado acima, um ponto importante que ambos Sachs e Sen acrescentam é a forma como este princípio pode ser realizado. Enfatizam a interação entre a sociedade e os programas de desenvolvimento do governo, assim como oportunidades fora do âmbito estatal. Nesse sentido, por um lado, a relação desta perspectiva com o direito internacional é que este apresenta uma série de disposições, em diferentes regimes, que orientam como devem ser as atividades, sob o argumento da sustentabilidade e, por outro lado, a capacitação nacional dos países é parte do sucesso da efetividade destas disposições jurídicas internacionais.

Em que pese a coerência dos pensamentos acima descritos, desenvolvimento sustentável, enquanto valor jurídico, não tem sua aplicação unificada nos ordenamentos, nem do direito internacional. Nesse sentido, a sua concepção toma forma de acordo com o seu uso⁵⁰, esse que, por sua vez, depende tanto da estrutura normativa e suas condições de legitimidade e eficácia, quanto da clareza do texto e dos critérios legitimados de interpretação e também do envolvimento de outros elementos não necessariamente jurídicos, mas de cunho político, como a repercussão da decisão para as relações políticas. Eis outro aspecto da importância do conceito de governança global do desenvolvimento sustentável para o estudo do direito, já que permite englobar aspectos não jurídicos que afetam a efetividade da norma jurídica.

A construção da governança é, assim diretamente relacionada com a efetividade jurídica do desenvolvimento sustentável, pois envolve definir como os três parâmetros que o integram. Importa assim, o modo como valores ecológicos, sociais e econômicos são dispostos na governança global, para delinear sua efetividade, ou seja, o seu o grau de realização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do ponto de vista epistemológico, o conceito de governança global do desenvolvimento sustentável pode auxiliar de diferentes maneiras na “crise” epistemológica do estudo da efetividade da norma jurídica ambiental. Supera-se tal crise na medida em que é possível vislumbrar diferentes elementos jurídicos e não-jurídicos presentes em uma estrutura normativa, em um regime jurídico.

Em que medida a insuficiência do Estado é assimilada no estudo da efetividade da proteção jurídica ambiental? Enquadrando-se a análise da norma jurídica considerando-se o entendimento de uma governança global do desenvolvimento sustentável, percebe-se que o Estado não é o único res-

⁵⁰ ABREU, Luiz Eduardo. **A Troca das palavras e a troca das coisas**. Política e Linguagem no Congresso Nacional. MANA, v. 11 (2), 2005, p. 349.

ponsável pela efetividade do direito, ainda que seja um importante ator para tanto.

Nesse sentido, atores não-estatais, atores responsáveis pela busca de tecnologia, atores responsáveis pela transferência de tecnológica são também responsáveis pelo alcance de desenvolvimento sustentável, pois essas são condições para tanto! Institucionalizar o desenvolvimento sustentável é reconhecer a interdependência entre esses diferentes fatores e criar instituições para permitir a relação entre eles em prol dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Como enquadrar o estudo da proteção jurídica ambiental um campo pluralista e globalizado? Quais ferramentas de estudo nos permitem analisar as normas jurídicas nesse âmbito pluralista? Como trabalhar a melhoria da efetividade jurídica ambiental, ou seja, o alcance de objetivos ecológicos, econômicos e sociais? A insuficiência do Estado consiste no seu limite de atuação frente aos efeitos de pluralidade e de interdependência da globalização, que afetam a produção desses elementos que são condição de eficácia do desenvolvimento sustentável, como, por exemplo, tecnologia e sua transferência, formulação dos riscos ecológicos, mudança de comportamento dos atores econômicos, etc.

A governança global do desenvolvimento sustentável chama atenção para uma perspectiva global do problema, e não apenas para um único fator do problema, seja a norma, ou o Estado, ou o problema ambiental. Governança global significa enquadrar um problema ambiental de forma global, com todos os arranjos normativos e atores que estão em torno desse problema.

De um modo geral, restou compreendido que governança global do desenvolvimento sustentável enseja a sistematização dos âmbitos econômicos, sociais e ecológicos; e que, do ponto de vista internacional, organizações e regimes são formados, apresentando-se como mecanismos para sua eficácia, o que reflete na efetividade da norma. Nesse sentido, a governança global do desenvolvimento sustentável, aqui considerada pela perspectiva institucional é um conceito que pode auxiliar no estudo da norma jurídica, englobando diferentes aspectos que afetam sua efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Luiz Eduardo. **A Troca das palavras e a troca das coisas**. Política e Linguagem no Congresso Nacional. MANA, 11 (2), p. 329-356, 2005.
- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004.

ANDRESEN, Steinar; SKJAERSETH. Science and technology from agenda setting to implementation. In BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The OXFORD handbook of international environmental law**. OXFORD University Press Inc., New York, 2007, p. 182-204.

ARON, Raymond. **Paz e guerra entre as nações**. Tradução Sérgio Bath. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

BANCO MUNDIAL. **What is our approach to governance?** Disponível em: <<http://go.worldbank.org/MKOGR258V0>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos** de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. Editora Saraiva, 2003.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental**. Série Grandes Eventos – Meio Ambiente, 2001, p. 01-11.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **World risk society**. Polity Press: Cambridge, 2000,

BERNSTEIN, Steven. **Legitimacy in Global Environmental Governance**. Journal of International Law & International Relations, vol 1 (1-2) p. 139-166.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 47-48.

BOYLE, Alan. Relationship between International environmental law and other branches of International Law. In: BONDANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford University Press, 2007, p. 125-246.

DINGWERTH, Klaus; PATTERBERG, Philipp. **Global governance as a perspective on world politics**. Global Governance n. 12, 2006, p. 185–203.

GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança**. CONPEDI, Manaus, Anais, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

HAAS, Peter M. Promoting knowledge based international governance for sustainable development. In THOYER, Sophie; MARTIMORT-ASSO, Benoît (eds.). **Participation for sustainability in trade**. England: ASHGATE Publishing Limited, 2007, p. XXIV-XXVII.

_____. Epistemic Communities. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen. **The OXFORD handbook of international environmental law**. OXFORD University Press Inc., New York, 2007, p. 791-806.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução: Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERMITTE, Marie-Angèle. A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos. In VARELLA, Marcelo Dias. **Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco**. Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo dos Riscos. Brasília: UniCEUB, UNITAR, 2006, p. 11-56.

JAYME, Erik. **Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation**. Conférence prononcée le 24 juillet 2000.

KAUFMANN, Daniel. **Rethinking governance**. Empirical Lessons challenge orthodoxy. The World Bank. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/rethink_gov_stanford.pdf> Acesso em: 01 fev 2012.

KEOHANE, Robert O. **The demand for international regimes**. **International Organization**, v. 36, n. 2, International Regimes (Spring, 1982), p. 325-355. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0020-8183%28198221%2936%3A2%3C325%3ATDFIR%3E2.0.CO%3B2-J>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: Lineamientos para uma teoría general**. trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona : Anthropos, 1998.

PATERSON, Matthew. **Interpreting trends in global environmental governance**. **International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)**, v. 75, n. 4., Oct., 1999, p. 793-802. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=00205850%28199910%2975%3A4%3C793%3AITIGEG%3E2.0.CO%3B2-V>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir**. São Paulo: Vértice, 1986.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Comanhia das Letras, 2000.

STRENGER, Irineu. **Relações Internacionais**. São Paulo: LTr Editora LTDA, 1998.

TEUBNER, Gunther. **Droit et réflexivité**. L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Traduit de l'allemand par Nathalie Boucquey avec la collaboration de Gaby Maier. L.G.D.J – Bruylant, 1999.

THOYER, Sophie. Global public good and governance of sustainable development. In: THOYER, Sophie; MARTIMORT-ASSO, Benoît (eds.). **Participation for sustainability in trade**. England: ASHGATE Publishing Limited, 2007, p.43-60.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 167, p.135-170, jul./set. 2005.

_____. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basiléia no Brasil. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **A efetividade do direito internacional ambiental**. Brasília: UNICEUB, UNITAR e Unb, 2009, p. 29-50.

WEISS, Thomas G. **Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges**. Third World Quarterly, vol. 21, n. 5, oct. 2000, p-795-814. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0143-6597%28200010%2921%3A5%3C795%3AGGGAGG%3E2.0.CO%3B2-O>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

WIGHT, Martin. **A política do poder**. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

YOUNG, Oran R. Teoria de regimes e a busca de governança global. In VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs.). **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: UNITAR, UniCEUB e UnB, 2009, p. 371-398.

_____. A eficácia das instituições internacionais: alguns casos difíceis e algumas variáveis críticas. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.



DIREITOS HUMANOS E COMÉRCIO INTERNACIONAL: A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE PONTES POR MEIO DA SEGURANÇA ALIMENTAR E OS NOVOS DESAFIOS DA OMC

*Gustavo Oliveira Vieira**
*Maria Cristina Gomes da Silva D'Ornellas***

Resumo

O presente artigo tem por objeto a compreensão dos diálogos possíveis entre campos fragmentados do Direito Internacional, numa abordagem dialética, em que os direitos humanos e o comércio internacional ocupam polos conflitantes. Para tanto, toma-se por base um dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio traçados no marco da ONU, mais pontualmente na questão do desenvolvimento, a segurança alimentar, que é tanto um direito humano universal constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, quanto tematizado nas rodadas de negociações da Organização Mundial do Comércio. Por fim, considera-se que a OMC pode cumprir um papel inclusivo, ainda que limitado, na convergência entre direitos humanos e comércio internacional.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Objetivos do Milênio. Segurança Alimentar. Comércio Internacional.

Abstract

This article focuses on understanding the possible dialogues between fragmented fields of international law, in a dialectic approach, wherein human rights and international trade occupy conflicting poles. Therefore, it becomes the basis for one of the Millennium Development Goals outlined in the framework of the UN, more punctually at the issue of development, food security, which is both a universal human right contained in the Universal Declaration of Human Rights and the Covenant Civil and Political Rights of 1966, as thematized rounds of negotiations in the World Trade Organization. Finally, it is considered that the WTO can play a role inclusive, albeit limited, in the convergence between human rights and international trade.

* Professor de Direito Internacional da UFPel. É mestre em Direito pela UNISC e doutorando pela UNISINOS, com período de sanduíche na University of Manitoba, Canadá.

** Professora de Direito Empresarial no UNIRITTER e professora da disciplina de Comércio Internacional e Direitos Humanos, no curso de Metrado em Direito do UNIRITTER, em Canoas/Porto Alegre, RS. É mestre em Integração Latino-Americana pela UFSM, Mestre em European and International Trade Law pela Universiteit van Amsterdam e doutora em Direito pela UFRGS.

Keywords

Human Rights. Millennium Development Goals. Food Security. International Trade.

1. INTRODUÇÃO

A mundialização, ou *as mundializações* – no plural, se considerarmos as distintas perspectivas desde baixo (ascendente, *from below*) e de cima para baixo ou descendente –, apresentam tanto avanços importantes para a civilização humana na conformação de uma sociedade efetivamente global, quanto traz(em) também ameaças e enormes desafios. São reptos alocados, sobretudo no que tange à avassaladora força da potência econômica sobre todos os demais aspectos implicados, como a política, a cultura e o direito. A colonização da racionalidade instrumental do mercado sobre os demais setores assume um caráter precisamente definido na expressão de Richard Falk como globalização *predatória*,¹ mas entendendo, outrossim, que essa não é a única forma de se ler o fenômeno.

Nesse sentido, os desafios contemporâneos que se impõe ao Direito Internacional apontam uma progressiva interação com a faticidade pós-nacional. Ousar compreender o Direito Internacional entre fatos e normas – para lembrar a teoria do direito habermasiana² – demanda uma evocação das teorias de relações internacionais, para que o desvendar de seus conteúdos ocorra com vistas a sua aplicação. Nessa linha, o Direito Internacional sempre esteve em diálogo com a ótica idealista na classificação dos politólogos internacionalistas, sobretudo quando se alia o Direito às ideias de Paz, Direitos Humanos e Democracia. De outro lado, a pragmaticidade dos realistas entende direito apenas como uma mera, e inextrincável, manifestação da política.

O interior do Direito Internacional também exhibe dialéticas substanciais entre seus diversos campos e polos de produção normativa, que operam de maneira praticamente fragmentada e até mesmo dissonantes, como é o caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Comércio. Para perspectivar a coerência na construção do Direito Internacional buscar-se-á no presente artigo pautar a problemática atual e polêmica da segurança alimentar, que envolve, na seara dos Direitos Humanos, direito à alimentação e à vida, em face dos interesses propugnados pelo comércio internacional sob-regime da Organização Mundial do Comércio (OMC) – polos muitas vezes conflitantes.

¹ FALK, Richard. **A Globalização Predatória: uma crítica**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Faticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Tomo I.

Utilizar-se-á a atuação de duas organizações internacionais, ONU e OMC, no partilhamento comum de metas relativas aos Objetivos do Milênio para encetar o problema deste artigo. No que tange ao aspecto econômico da mundialização, a OMC é um dos atores em franca ascendência no campo da política internacional para todos os demais atores, sejam Estados, organizações internacionais ou sociedade civil. Tal relevância ocorre em vista à força regulamentar internacional alcançada, à importância do seu sistema de solução de controvérsias e ao impacto pragmático que representa sobre a economia das nações sob a expectativa de inserção na economia global. Dessa forma, torna-se imprescindível que se façam esforços para promover a integração, e espaços de convergência, entre o papel desempenhado pela OMC e os interesses comuns à humanidade, que delimitamos, para os fins de análise proposta no presente trabalho, pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU.

Em um primeiro momento apresentar-se-ão os desafios traçados pelos Objetivos do Milênio, aos poucos delimitando a questão ao desenvolvimento e as expectativas em torno da OMC para, a seguir, focar o assunto da segurança alimentar como caso em análise proposto.

2. UMA PARCERIA GLOBAL PARA O DESENVOLVIMENTO: OMC E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO DA ONU

Em um esforço ainda sem precedentes para alcançar uma condição melhor de vida para a humanidade, a Cúpula do Milênio, realizada em setembro de 2000 pela ONU, promovida com a participação de representantes oficiais de 189 Estados para debater as principais questões que preocupavam o mundo, resultou na adoção da Declaração do Milênio, em que ficaram registrados os Objetivos do Milênio – também chamados de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (*Millennium Development Goals*). Depois de muita discussão, estabeleceram-se objetivos prioritários para serem alcançados cada um dos objetivos, desdobrados em duas ou mais metas, a serem atingidas por todos os países, até o ano 2015. Hoje, estas metas foram adotadas por 192 Estados.

Os objetivos, apesar de ambiciosos, são considerados viáveis pela primeira vez, tendo em conta a imensidade de recursos planetários disponíveis. Na lista dos 8 Objetivos (de Desenvolvimento) do Milênio estão sumariamente enunciados sob os temas:

1. Erradicar a pobreza extrema e a fome – para a metade a pobreza extrema do que havia em 1990 nos indicadores sobre a fome e a renda;³
2. Alcançar a universalidade do ensino primário fundamental;
3. Promover a igualdade de gênero e capacitar as mulheres;
4. Reduzir a mortalidade infantil;
5. Melhorar a saúde materna;
6. Combater a AIDS, a malária e outras doenças;
7. Assegurar a sustentabilidade ambiental;
8. Promover uma parceria mundial para o desenvolvimento.

Em um relatório elaborado pela própria ONU coloca-se a questão de como será o mundo em 2015 se os Objetivos forem alcançados. A resposta é inspiradora: Mais de 500 milhões de pessoas serão removidas da extrema pobreza. Mais de 300 milhões não sofrerão mais de fome. Haverá também um progresso profundo na saúde infantil. Ao invés de morrerem antes dos cinco anos, 30 milhões de crianças viverão. Bem como as vidas de mais de 2 milhões de mães.⁴

Evidente que não é a primeira vez que a ONU tenta unir a comunidade internacional em torno de metas concretas, porém, os “ODM parecem ter sido mais influentes que a maioria das outras tentativas de fixação internacional de metas no domínio do desenvolvimento, pelo menos em nível do discurso internacional”.⁵ Ainda há outras novidades em relação às metas anteriores, segundo, pela forma como estas metas foram definidas, ao colocar o desenvolvimento humano no centro das preocupações, não definem ape-

³ “The target of reducing extreme poverty by half has been reached five years ahead of the 2015 deadline, as has the target of having the proportion of people who lack dependable access to improved sources of drinking water. Conditions for more than 200 million people living in slums have been ameliorated—double the 2020 target. Primary school enrolment of girls equalled that of boys, and we have seen accelerating progress in reducing child and maternal mortality. (...) Achieving the MDGs by 2015 is challenging but possible. Much depends on the fulfilment of MDG-8—the global partnership for development”. KI-MOON, Ban. Foreword. In: UNITED NATIONS. **The Millennium Development Goals Report 2012**. New York: United Nations, 2012, p. 3. O relatório destaca a redução da pobreza em todas as regiões, com alcance das metas, maior paridade na educação primária entre meninos e meninas, entre outros.

⁴ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Projeto do Milênio das Nações Unidas 2005**. Investindo no Desenvolvimento: Um plano prático para atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Visão Geral. Nova Iorque: ONU, 2005, p. 1.

⁵ MANNING, Richard. **O Impacto e o Desenho dos ODM**. Disponível em: <<http://mercadoetico.terra.com.br/arquivo/o-impacto-e-desenho-dos-odm/>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

nas aspirações, mas metas concretas, estabelecendo papéis aos países ricos e pobres.⁶

Metas dessa amplitude e profundidade não podem ser conquistadas sem uma abrangente parceria global que faça convergir diversos atores sociais, econômicos e políticos. O envolvimento da OMC é uma demonstração da convicção compartilhada da ONU sobre a necessidade de abordagens multilaterais para resolver os problemas globais – assim como um reforço sobre o papel independente da própria ONU no sistema internacional.⁷ Os ODM foram estabelecidos para si, mas também para os Estados, para o Banco Mundial, para o Fundo Monetário Internacional, para as organizações de ajuda bilaterais, e para as organizações não governamentais, da qual, obviamente, a OMC não poderia ficar de fora.

Nesse sentido, o objetivo que mais afeta à OMC é o oitavo – sobre a construção de uma parceria global para o desenvolvimento. A despeito da compreensão de que a atuação da OMC é relevante para os demais objetivos, como erradicação da pobreza e a fome, o fato é que os ODM não podem ser visto isoladamente, pois estão todos interconectados. Há uma interdependência direta ou indireta entre os objetivos, pelo qual o avanço de um favorece os demais, recíproca e sinergicamente.

Assim como as demais metas são pormenorizadas, o objetivo oitavo é desdobrado em seis metas:

8a: desenvolver um sistema financeiro e de comércio não discriminatório regulado, aberto e previsível;

8b: favorecer necessidades especiais aos países menos desenvolvidos;

8c: endereçar necessidades especiais aos países litorâneos em desenvolvimento e aos países que são pequenas ilhas em desenvolvimento;

⁶ Segundo Sakiko Fukuda-Parr, “What is new about the Millennium Development Goals (MDGs)? First, an unprecedented assembly of the world’s heads of state generated them when they met in September 2000. Second, the goals put human development—poverty and people and their lives—at the center of the global development agenda for the new millennium, a shift away from growth as the central objective of development. Third, MDGs are not just aspirations but provide a framework for accountability; they do not simply state ideals but go on to define concrete goals that can be monitored. Fourth, they address not only development outcomes but also inputs from rich countries, thus forming a compact that holds both rich and poor governments accountable for opening markets, giving more aid and debt relief, and transferring technology”. FUKUDA-PARR, Sakiko. Millennium Development Goals: Why They Matter. *Global Governance* 10, N. 4 (2004), p. 395.

⁷ Para Jacques Fomernand e Dennis Dijkzeul, “despite the lack of consensus among member states, the 2000 Millennium Summit may constitute the beginning of a new phase in the UN’s long quest for coordination”. FOMERAND, Jacques; DIJKEZEUL, Dennis. Coordinating Economic and Social Affairs. In: WEISS, Thomas; DAWS, Sam (ed.). *The Oxford Handbook on the United Nations*. Nova Iorque: Oxford, 2008, p. 574.

8d: acordar amplamente sobre os problemas gerados pelas dívidas dos países em desenvolvimento;

8e: em cooperação com as companhias farmacêuticas, prover acesso às drogas essenciais disponíveis aos países em desenvolvimento;

8f: em cooperação com o setor privado, fazer com que os benefícios das novas tecnologias sejam acessíveis, especialmente informação e comunicação.

Com isso em mente, passaremos a tratar de alguns conflitos e contradições estratégicas em que se chocam os direitos humanos e os direitos relacionados ao comércio internacional sob pano de fundo dos ODM que invocam atuação da OMC – a ser ilustrado com o tema da indústria farmacêutica.

3. DIRETO À ALIMENTAÇÃO E SEGURANÇA ALIMENTAR EM ÂMBITO INTERNACIONAL

No marco dos direitos humanos,⁸ a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que na visão de Bobbio representa a consciência histórica da humanidade, síntese do passado e aspiração para o futuro,⁹ foi o primeiro documento a reconhecer o direito à alimentação em âmbito internacional. Tal representação ocorre a partir da determinação de que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação”.¹⁰ Posteriormente, a Organização das Nações Unidas (ONU) destacou a importância do direito à alimentação, em seu Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Assim, o artigo 11 do PIDESC trouxe duas normas distintas, porém relacionadas – o direito das pessoas à alimentação adequada e o direito destas estarem livres da fome:¹¹

Artigo 11

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as

⁸ Segundo Bolzan de Moraes, “[r]esumidamente, poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos, básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo ao agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises de Estado e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27-28.

¹⁰ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <www.unhcr.ch/udhr/lang/por.html>. Acesso em: 01 ago. 2012.

¹¹ NARULA, Smita. The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 44, 2006, p. 12. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951582>. Acesso em: 12 ago. 2012.

suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos:

a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais;

b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares.

Levando em conta certo consenso normativo que se relaciona ao direito à alimentação e aos direitos humanos, é possível perceber que um dos elementos mais importantes em ambas as ideias é a definição de segurança alimentar. O conceito de segurança alimentar tem a sua origem no período que seguiu o final da Primeira Guerra Mundial, quando a preocupação dos Estados estava voltada a questões concernentes ao plano militar e, por conseguinte, ao risco de um país ser dominado por outro, nas situações em que não detivesse efetivo controle sobre o seu fornecimento de alimentos.¹² Por esta razão, nesse primeiro momento, a ideia de segurança alimentar encontrava o seu objetivo tanto na formação de estoques estratégicos de alimentos, quanto na busca de autossuficiência alimentar.

Em decorrência da crise de escassez de alimentos de 1972-1974, o conceito voltou à tona em âmbito internacional, através da 1ª Conferência Mundial de Segurança Alimentar, promovida pela FAO, em 1974.¹³ Considerando que este foi um período em que “os estoques de alimentos estavam bastante escassos, com quebras de safras em importantes países produtores”, o tema

¹² MALUF, Renato S., MARQUES, Susana Bleil e MENEZES, Francisco. **Caderno ‘Segurança Alimentar’**. Disponível em: <http://ag20.cnpia.embrapa.br/Repositorio/seguranca+alimentar_000gvxlxe0q02wx7ha0g934vgwlj72d2.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2012.

¹³ “The term first originated in the mid-1970s, when the World Food Conference (1974) defined food security in terms of food supply - assuring the availability and price stability of basic foodstuffs at the international and national level: ‘Availability at all times of adequate world food supplies of basic foodstuffs to sustain a steady expansion of food consumption and to offset fluctuations in production and prices.’” FAO. **Food Security Policy Brief**, Issue 2, June 2006.

da segurança alimentar permaneceu associado à capacidade de produção agrícola.¹⁴ De certa forma, tal situação veio corroborar com intensificação do que se convencionou chamar de revolução verde. Marcada pela inserção de tecnologia na área agrícola, o processo produtivo apregoado pela revolução verde incentivou a utilização de fertilizantes químicos e agrotóxicos, incorporação da biotecnologia, irrigação e máquinas. Os seus benefícios poderiam ser apontados, na medida em que possibilitou um aumento de produtividade agrícola, sem a necessidade de uma significativa ampliação de áreas cultivadas. Porém, este aumento de produtividade agrícola que pretendia acabar com quaisquer temores relacionados ao desabastecimento mundial de alimentos, além de não alcançar tal objetivo, veio associado a elevados custos. O intenso uso de fertilizantes químicos e agrotóxicos, por exemplo, gerou a contaminação de recursos hídricos, degradação do solo, além de sérios problemas de saúde.¹⁵

O conceito de segurança alimentar somente foi revisado pela FAO, em 1983. Foi a percepção de que a segurança alimentar deveria abranger dois níveis e/ou perspectivas – segurança alimentar em nível nacional (regional) e segurança alimentar em nível individual (familiar) – que contribuiu para a evolução do conceito. Sob a primeira perspectiva, a segurança alimentar seria atingida quando um Estado contasse com uma quantidade suficiente de alimentos para atender a sua população. Tal autossuficiência poderia ser atingida através da sua própria capacidade produtiva, importação de mantimentos, ou mesmo, ajuda alimentar. A segurança alimentar em nível individual, no entanto, somente seria atingida quando todos os indivíduos de um Estado tivessem, efetivamente, acesso à alimentação adequada.

Uma contribuição crucial para que houvesse essa troca de enfoque, foi a *Theory of Famine*, desenvolvida e apresentada por Amartya Sen entre as décadas de 1970 e 1980.¹⁶ Através do estudo de diferentes situações de fome, ele demonstrou que, mesmo sem qualquer declínio da disponibilidade de alimentos, a população de um país poderia sofrer por não contar com os meios necessários para obtê-los, provando que o lema de que “fome se acaba com agricultura forte” não corresponde necessariamente à realidade.

No ano de 1992, em Conferência Internacional de Nutrição em Roma, que se incorporaram estes novos aspectos. Na Declaração Mundial de Nutrição, em seu primeiro ponto, as nações reunidas se manifestam sobre o problema sobre esta nova ótica, expondo: “Reconhecemos que, globalmente, há

¹⁴ MALUF; MARQUES; MENEZES. Op. cit.

¹⁵ JOSEPH, Sara. **Blame it on the WTO?** A human rights Critique. New York: Oxford, 2011, p. 203.

¹⁶ SEN, Amartya. Famines. **World Development**, vol. 8, 1980, pp. 613-621.

comida suficiente para todos e que o acesso desigual é o principal problema”.¹⁷

Além disso, em meados da década de 90 o tema Segurança Humana é proposto na publicação anual do Relatório sobre o Desenvolvimento Humano das Nações Unidas, de 1994. Após uma severa crítica sobre os padrões de mensuração do desenvolvimento, que levavam em consideração o Produto Interno Bruto, propuseram um conceito de desenvolvimento humano focado no desenvolvimento das capacidades humanas em confronto com a superação da pobreza, analfabetismo, discriminação, restrições políticas das liberdades, violência, igualdade de gênero, mortalidade infantil, entre outros pontos aos poucos incluídos nestes critérios. Esse mesmo grupo que traz a tona o conceito de desenvolvimento humano, também apresenta uma redefinição no âmbito da segurança, como segurança humana, operando a ampliação horizontal e vertical do conceito de segurança. Para eles a segurança humana deveria abranger as seguintes áreas: (1) *segurança econômica* por meio da estabilidade econômica; (2) *segurança alimentar*, para permitir acesso físico e econômico à alimentação; (3) *segurança ambiental* para proteger as pessoas dos desastres naturais no curto, médio e longo prazo; (4) *segurança sanitária*, para garantir a proteção mínima contra doenças e estilos de vida não saudáveis; (5) *segurança pessoal* como proteção contra violência física; (6) *segurança comunitária* para proteger contra a perda das relações tradicionais e valores étnicos; (7) *segurança política* como meio para garantir que pessoas em sociedade tenham liberdades políticas e individuais.¹⁸

Em meio a tantas discussões, então, em 1996 o *World Food Summit* adotou por consenso os documentos intitulados *Rome Declaration on World Food Security* e *World Food Summit Plan*. Conforme o apresentado por tal reunião de cúpula ocorrida no âmbito da FAO, segurança alimentar existe quando “todas as pessoas, em todos os momentos, têm acesso físico e econômico a alimentos suficientes, seguros e nutritivos para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares para uma vida ativa e saudável”. Dessa forma, o encontro tratou da elaboração de um plano de ação para evitar o agravamento da fome no mundo e melhorar a qualidade de vida da população mundial até o ano de 2015. Isso se fez necessário, porque a fome e a subnutrição permaneciam desenfreadas em várias partes do mundo, sobretudo, em países em desenvolvimento – situados na América Latina, África e Ásia¹⁹ – que mesmo em alguns casos, não enfrentam muitas dificuldades com

¹⁷ FAO. **World Declaration and Plan of Action for Nutrition, International Conference on Nutrition**. Rome, 1992. Disponível em: <<http://whqlibdoc.who.int/hq/1992/a34303.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

¹⁸ ACHARYA, Amitav. Human Security. In: BAYLIS, John; SMITH, S.; OWENS, Patricia. **The globalization of World Politics**. 4. Ed. New York: Oxford, 2008, p. 493.

¹⁹ Bem mais que a metade dos famintos do mundo – cerca de 578 milhões de pessoas – vivem na Ásia e na região do Pacífico. A África responde por pouco mais de um quarto da população

aspectos relacionados à infraestrutura para produção agrícola, mas com a má distribuição e falta de acesso aos alimentos produzidos.²⁰ Assim, diante de tal constatação, foram elaboradas metas cuja execução traçava o desafio de melhorar o acesso aos alimentos inserido no contexto da erradicação da pobreza, da promoção e do fortalecimento dos sistemas jurídico. Além disso, a proteção do direito à alimentação de todas as pessoas deveria estar atrelada a melhoramentos nas áreas da saúde, educação, alfabetização e ensinamentos de outros conhecimentos técnicos na área da agricultura, pesca e pecuária, assim como no desenvolvimento econômico e social do setor rural entre outros deveres.²¹

Foi o Comentário Geral n. 12 do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - o mecanismo de supervisão do PIDESC – elaborado em 1999, no entanto, que se tornou especialmente significativo. O objetivo do comentário foi esclarecer e ampliar o significado do PIDESC – Artigo 11. Assim, o comentário define que “o direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para a sua obtenção”. Sob a perspectiva de Helfer e Austin, tal artigo foi muito importante se comparado a outros tratados internacionais. No entanto, mesmo prevendo um tratamento extensivo ao direito humano à alimentação, este não foi capaz de resolver “muitas questões importantes sobre o significado e o alcance de tal direito”.²²

No ano de 2002, a partir da observação de que as metas então fixadas no ano de 1996 não seriam cumpridas em tempo estipulado, 2015, novamente promove-se tal conferência, com o fim de acelerar as mudanças estabelecidas na reunião anterior. O *World Food Summit: five years later* revisou as metas não cumpridas e elaborou outro plano, visando acelerar o processo de mudança na situação da fome mundial. Contou, desta vez, com a participação de 600 representantes de ONGs e da sociedade civil, reafirmando os compromissos então dispostos em conferência anterior, mencionando a importância da nutrição adequada, assim como ressaltam a importância da biotecnologia:

com fome do mundo. FAO. **The State of Food Insecurity in the World**. 2011. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/014/i2330e/i2330e.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

²⁰ AHLUWALIA, Pooja. The Implementation of the Right to Food at the National Level: a critical examination of the Indian campaign on the right to food as an effective operationalization of article 11 of ICESCR. **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Economic, Social and Cultural Rights Series**, number 8, 2004, p. 8.

²¹ FAO. **Rome Declaration on World Food Security and World Food Summit Plan of Action**, Rome, 1996. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w3613e/w3613e00.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

²² HELFER, L. and AUSTIN, G. **Human Rights and Intellectual Property: Mapping the global interface**. New York: Cambridge, 2011, p. 372.

25. Apelamos à FAO, em conjunto com o CGIAR e outros institutos de pesquisa internacionais, para avançarem as pesquisas agrícolas e pesquisas em novas tecnologias, incluindo a biotecnologia.²³

A partir do século XXI, então, a FAO passa a dar ênfase à biossegurança, de forma a garantir que produção de alimentos não ocorresse sem a observância de parâmetros de qualidade, como define:

Biossegurança é uma abordagem estratégica e integrada que engloba os quadros políticos e regulatórios (incluindo os instrumentos e atividades) que analisam e gerem os riscos nos setores da segurança alimentar, da vida e saúde animal, e da vida e saúde vegetal, incluindo o risco ambiental associado.²⁴

Não se abandona, então, a preocupação em relação o processo de produção de alimentos, que traz consigo inovações na área da engenharia genética. Como discorre Suzi Barletto Cavalli:

Nos anos 90, é preconizada a nova revolução verde: revolução genética, unindo a biotecnologia e a engenharia genética, promovendo assim significativas transformações na agricultura mundial. O aumento da produtividade, a maior resistência às doenças e às pragas, o decréscimo no tempo necessário para produzir e distribuir novos cultivares de plantas, provavelmente com produção de novos organismos vegetais e animais, são alguns ícones que a biotecnologia e a engenharia genética estão criando.²⁵

Há a necessidade, porém, de aliarem-se correntes estratégicas, de forma que a engenharia genética não interfira na biodiversidade dos países em que é amplamente aplicada. Em oposição à utilização indiscriminada desta tecnologia, atuam aqueles defensores da Soberania Alimentar, que preconizam a produção sustentável e ecológica, assim como a liberdade de escolha do seu modo de produção, ideais estes inicialmente postulados pela Via Campesina.²⁶ As críticas por estes formuladas estão, por exemplo, na não

²³ FAO. **Declaration of the World Food Summit: five years later.** Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/MEETING/005/Y7106E/Y7106E09.htm#TopOfPage>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

²⁴ FAO. **The State of Food Insecurity in the World.** 2003. Disponível em: <<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/006/j0083e/j0083e00.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

²⁵ CAVALLI, Suzi Barletto. Segurança Alimentar: a abordagem dos Alimentos Transgênicos. **Revista Nutrição**, 14, Campinas, p. 41, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v14s0/8762.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

²⁶ “La Vía Campesina es el movimiento internacional que agrupa a millones de campesinos y campesinas, pequeños y medianos productores, pueblos sin tierra, indígenas, migrantes y trabajadores agrícolas de todo el mundo. Defiende la agricultura sostenible a pequeña escala como un modo de promover la justicia social y la dignidad. Se opone firmemente a los agrogocios y las multinacionales que están destruyendo los pueblos y las multinacionales que están destruyendo los pueblos y la naturaleza.” Disponível em:

observância da proteção da biodiversidade do país em que se implementam as novas culturas modificadas, pela introdução do modelo de monocultura, e por ser um sistema com o ênfase na exportação. Como apontado por Smita Narula: “The replacement of varied local food crops with commercial cash crops can also damage local ecosystems, leading to decreased food production over the long-term.” Além disso, o autor afirma que “[...] dramatic reduction in biodiversity threatens agriculture and food security, as it decreases the available range of genetic material for developing crops with increased yields and enhanced pest and disease resistance”.²⁷

Inserido nesse contexto, vale a pena reproduzir o expresso por Valente:

[...] a realização do direito humano à alimentação adequada depende de muito mais do que da simples disponibilidade de alimentos, mesmo que saudáveis. Depende do respeito a práticas e hábitos alimentares, do estado de saúde das pessoas, da prestação de cuidados especiais a grupos humanos social e biologicamente vulneráveis (crianças, gestantes, idosos, portadores de necessidades especiais, entre outros) e de estar inserido em um processo de construção da capacidade de todo ser humano de alimentar e nutrir a si próprio e à sua família, com dignidade, a partir do seu trabalho no campo ou na cidade.²⁸

Assim, é preciso reconhecer, de um lado, que o comércio no setor agrícola é de suma importância, todavia, evoca aspectos paradoxais ao centralizar-se mesmo nos países mais pobres nas mãos das elites – a exemplo das reiteradas denúncias sobre o uso de mão de obra semiescrava no Brasil por grandes produtores rurais. Emperram-se negociações internacionais em detrimento a inclusão equitativa dos países pobres à concorrência internacional, sobretudo, pela manutenção dos subsídios agrícolas, o que não estimula o desenvolvimento, contudo, mesmo no interior destes países mais pobres, há um processo de acumulação sumamente paradoxal – ainda mais emperrados com as crises econômicas.

Desse modo, também se assenta a ponte que o tema da segurança alimentar compõe entre segurança, comércio internacional e direitos humanos, apontando a necessidade de uma refundação das bases da economia internacional mais equitativa e que inclua mais os interesses dos hipossuficientes, sob a pretensa regulação da OMC.

<http://viacampesina.org/sp/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=27&Itemid=44>

²⁷ NARULA, Smita. The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2006, p. 23. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951582>. Acesso em: 12 ago. 2012.

²⁸ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e Sociedade* v.12, n.1, jan-jun 2003, p.54.

4. O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO DA OMC E A SEGURANÇA ALIMENTAR

Muitas décadas de medidas governamentais desleais relacionadas ao comércio internacional, formas de ajuda alimentar equivocadas e políticas de produção e/ou novas tecnologias, têm contribuído para enfatizar a necessidade de o Sistema Multilateral de Comércio (SMC) endereçar adequadamente o tema da segurança alimentar. Como foi dito anteriormente, os atuais instrumentos de direitos humanos já poderiam ser ou deveriam ter sido usados para influenciar o comércio internacional. Entretanto, ainda há muitas áreas onde o sistema de comércio multilateral - implementado pela OMC - cria obstáculos para o respeito e para o cumprimento de tais direitos.

Primeiramente, é pertinente perceber que o processo de liberalização comercial multilateral levado adiante pelo Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (sigla GATT, em inglês) e continuado pela Organização Mundial do Comércio é rico em paradoxos, desde o momento em que foi estabelecido. Se inicialmente o idealizado era um sistema que fornecesse as bases institucionais e legais para um novo regime de comércio mundial fundado nos princípios do multilateralismo e do liberalismo, essa situação ainda hoje não se configurou em todos os setores envolvidos no processo.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, são os Estados Unidos e as Comunidades Europeias (CE) que lideram o processo de liberalização comercial multilateral. Países essencialmente industriais lograram de variadas formas manter a intensificação das regras para o comércio agrícola longe dos principais tópicos discutidos pelos negociadores do GATT. A respeito disso, concluíram oito rodadas de negociações multilaterais no âmbito do sistema multilateral de comércio. Entretanto, nas primeiras sete rodadas, trouxeram resultados tão pouco edificantes para a agricultura, que demonstraram, de fato, a total ausência de comprometimento com a temática agrícola. Iniciaram-se as mudanças quando o ambiente em que se desenvolvia o comércio agrícola internacional tornou-se insuportável, inclusive para aqueles que reiteradamente adotavam políticas protecionistas.

Não é difícil imaginar que houve numerosos argumentos que estes Estados buscaram, como justificativas para muitas das políticas intervencionistas que foram persistentemente adotadas, visando proteger os seus setores agrícolas. Entre as justificativas, estiveram aquelas associadas à importância da agricultura para o desenvolvimento de outros setores da economia, mas também as associadas a questões estratégicas relacionadas à segurança nacional. Segundo Desta:

Historically speaking, the most important consideration [behind the interventionist behaviour of states in their agricultural sec-

tors] is the desire to achieve domestic self-sufficiency in food items which, obviously, has a national security aspect within it.²⁹

Europa Ocidental e Japão, por exemplo, sofreram durante a guerra com a falta de abastecimento de alimentos, e parte de suas populações enfrentou a desnutrição, incluindo a fome. Portanto, por um longo período que se seguiu às grandes guerras, a memória de tais circunstâncias deixou a sua marca, e mesmo com o passar do tempo, incutiu reflexos em qualquer das decisões que envolvessem o risco de escassez de alimentos em seus territórios.

Entretanto, além da manutenção de estoques públicos de alimentos, outras medidas foram adotadas e justificadas sob a perspectiva da segurança alimentar, no período que antecedeu o estabelecimento da OMC e ainda permanecem nos dias de hoje. As doações de alimentos, implementadas por meio de medidas de “ajuda alimentar”, por exemplo, foram reguladas pelo Convenção da Ajuda Alimentar, em 1963. A ideia deveria ser auxiliar países com dificuldades em alimentar a sua população, através do equilíbrio entre a quantidade prevista para o abastecimento de alimentos pelo país provedor e a efetiva necessidade do país receptor. Porém, os programas de ajuda alimentar sempre foram capazes de gerar dois tipos de efeitos que interferem no funcionamento do mercado: 1) efeitos relacionados às exportações de competidores; 2) efeitos relacionados à produção ou comercialização do produto provido como ajuda alimentar (ou produto substituto), no âmbito do próprio país que recebe tal ajuda.

Programas de ajuda alimentar que deslocam a produção nacional ou alteram de forma significativa hábitos alimentares, pouco contribuem com a segurança alimentar do país auxiliado. Somente se transformam em instrumentos capazes de atenderem interesses particulares, nos países doadores. Conforme a OXFAM, por exemplo, ao mesmo tempo em que os Estados Unidos são os maiores doadores mundiais de ajuda alimentar, apenas 40 centavos de cada dólar gasto pelo contribuinte estadunidense em esse tipo de programa vão de fato para a compra de alimentos.³⁰ O resto do valor dispendido pelo governo norte-americano acaba com empresários oriundos do agronegócio e de empresas de transporte.

De qualquer forma, foi durante a Rodada Uruguaí de negociações, que os Estados concordaram em estabelecer o Acordo sobre Agricultura (AARU), com o objetivo de criar regras comerciais multilaterais para a liberalização de

²⁹ DESTA, M. G. **The Law of International Trade in Agricultural Products**: From GATT 1947 to the WTO Agreement on Agriculture. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 308.

³⁰ OXFAM. **Cresça**: Comida, Justiça, Planeta. Crescendo para um Futuro melhor: justiça alimentar em um mundo de recursos limitados. 2011, p. 39-40. Disponível em: <<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/cr-growing-better-future-090112-pt.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2012.

produtos agrícolas. Com a regulamentação alcançada pelo AARU, regras mais estritas para o comércio internacional de produtos agrícolas foram tomadas. Para a redução das barreiras comerciais aplicadas ao comércio agrícola, esse acordo adotou uma sistemática baseada em três pontos específicos: (a) o aumento do acesso a mercados; (b) a redução dos subsídios às exportações e (c) a redução das medidas de apoio interno.

Quanto ao primeiro dos pontos — acesso a mercados —, o AARU não apenas determinou a substituição das barreiras não tarifárias (isto é, o sistema de imposição de quotas, licenças de importação discricionárias, preços mínimos de importação, taxas variáveis sobre as importações), aplicadas ao comércio agrícola por tarifas equivalentes — sistema de tarifação³¹ —, como também introduziu obrigações adicionais para consolidá-las e/ou reduzi-las. Esse processo foi uma maneira de se fixar critérios para quantificar as barreiras não tarifárias, de modo que se observasse uma base objetiva para a sua redução. As tarifas resultantes desse cálculo poderiam ser expressas em termos percentuais (tarifas *ad valorem*) ou através de uma soma fixa por unidade ou por quantidade (tarifas específicas).

O AARU também previu meios de conter os subsídios à exportação. Essa foi uma das principais questões negociadas durante a Rodada Uruguai, pois tardou muito para que os Estados Unidos e as CE (os principais utilizadores dos subsídios à exportação) concordassem com regras elaboradas para esse domínio. Deve-se destacar agora que o AARU não instituiu a completa eliminação desse tipo de subsídio. Permitiu, com efeito, que os subsídios continuassem a ser utilizados em relação à produção agrícola, desde que cumpridos os compromissos de redução por parte dos membros signatários do Acordo. Determinou, assim, que os gastos com subsídios diretos à exportação fossem reduzidos em 36% para os países desenvolvidos e em 24% para os países em desenvolvimento, com base nos níveis de 1986 a 1990, em um período de seis anos para os primeiros e de dez anos para os segundos. Além disso, estabeleceu que o volume das exportações subsidiadas deveria ser reduzido em 21% para os países desenvolvidos e em 14% para os países em desenvolvimento, nesse mesmo período. Quanto aos países de menor grau de desenvolvimento, há uma isenção do comprometimento de redução. A notícia alentadora sobre a concessão de subsídio à exportação, no entanto, é que a Declaração Final da 6ª Conferência Ministerial da OMC, ocorrida em

³¹ O processo de tarifação foi baseado na aplicação de “modalidades”, que constam no WTO doc. MTN.GNG/MA/W/24 – *Modalities for the establishment of specific binding commitments under the reform programme*. Através das “modalidades”, são expressos os objetivos numéricos e não numéricos que devem ser alcançados pelos membros da OMC durante o processo de liberalização comercial, assim como as regras que serão seguidas nas rodadas de negociações. Ver: GOODE, W. **Dictionary of Trade Policy Terms**. 2. ed. Adelaide: Center for International Economic Studies, 1998, p. 183.

Hong Kong, em 2005, fixou o final do ano de 2013 para o fim da utilização deste tipo de prática distorciva.

Em relação ao apoio doméstico, também denominado de apoio interno, cabe referir que, desde o início da Rodada Uruguai até a finalização das negociações, houve questionamentos sobre quais as medidas que deveriam ser controladas. A indefinição quanto às práticas que deveriam ser limitadas pelo AARU e, por conseguinte, enquadradas como medidas de apoio doméstico com capacidade distorciva no mercado internacional foi tão marcante que, mesmo depois de acordadas, era possível identificar elementos contraditórios na regulamentação instituída. É claro que não há como deixar de mencionar que as regras estabelecidas pelo AARU foram “inovadoras”, visto que pela primeira vez na História do SMC políticas agrícolas nacionais passaram a ser reguladas por uma estrutura normativa multilateral/internacional. Todavia, foram tantos os ajustes de última hora ocorridos entre as principais partes negociadoras da Rodada Uruguai que o sistema de controle estabelecido para a concessão de qualquer medida de apoio pelos membros da recém-criada OMC, em muitos casos, tornou-se excessivamente complacente.

Em linhas gerais, o AARU tratou de diferenciar em três grupos as formas de apoio doméstico concedido e, ainda, um quarto destinado a agregar as medidas que recebem tratamento especial e diferenciado — as caixas *amarela*, *azul*, *verde* e a caixa *especial e diferenciada (S&D)*. A primeira categoria, ou caixa *amarela*, compreende aquelas políticas de apoio interno consideradas essencialmente distorcivas. Por serem capazes de afetar o comércio agrícola internacional, estão sujeitas a limitações e ao compromisso de reduções efetivadas dentro de um determinado período de tempo. A caixa *azul* diz respeito às políticas de apoio interno, capazes de causar distorções no comércio internacional, mas, por estarem relacionadas a programas de controle de produção agrícola, são isentas de compromissos multilaterais para a sua redução. Na caixa *verde*, estão inseridas todas aquelas políticas que não afetam ou que distorcem minimamente o comércio agrícola internacional. São apoios autorizados, porém de maneira alguma podem vincular-se a algum tipo de garantia de preços aos agricultores. Por fim, a caixa de *tratamento especial e diferenciado* oferece privilégios aos países em desenvolvimento, no que concerne ao campo da assistência governamental e de programas de atividade rural. Tais políticas também estão isentas do compromisso de redução do apoio interno.

Dentre as medidas contidas na caixa verde de auxílios domésticos, estão parte dos programas adotados para garantir a segurança alimentar. Nesse sentido, o AARU reconhece o direito aos membros da OMC de alocarem recursos (fundos) na acumulação ou manutenção de estoques de determinados produtos agrícolas considerados decisivos em programas dessa natureza,

mas não remete, especificamente, aos problemas vivenciados pelos pequenos agricultores dos países em desenvolvimento.³²

É possível endereçar algumas reflexões sobre as políticas entendidas como inseridas nas regras previstas para a caixa verde e, que estariam associadas à temática da segurança alimentar, sobretudo, no que diz respeito aos países em desenvolvimento. Primeiramente, é necessário referir que o montante dedicado pelos países em desenvolvimento para as medidas que se encaixam nesse tipo de suporte, ainda está em níveis bastante reduzidos, quando comparado com os valores concedidos pelos países desenvolvidos.³³ Mesmo em países como a China, cujos subsídios concedidos no âmbito da caixa verde abarcam 80% do total do suporte conferido na área agrícola, o nível de apoio recebido por cada um de seus agricultores ainda está muito abaixo daquele concedido pelos países desenvolvidos e, até mesmo, abaixo de média de muitos países em desenvolvimento.³⁴

Ademais, o que se observa é que, embora os gastos públicos de alguns países em desenvolvimento tenham aumentado nos últimos anos, estes visam muito mais a estratégias locais para a redução de pobreza, do que à destinação de verbas para o setor agrícola no âmbito da agricultura familiar. O Brasil, por exemplo, conta com o Programa Fome Zero, que busca articular o desenvolvimento de ações conjuntas entre o Estado e a sociedade, na superação das desigualdades econômicas e sociais. Este programa se tornou tão abrangente, que acabou dividido em quatro eixos articuladores: a) acesso a alimentos; b) geração de Renda; c) articulação, mobilização e controle social; d) fortalecimento da agricultura familiar.³⁵ Porém, de todos os eixos referidos, somente o último se dedica à economia rural – i.e. subsistência e criação de renda para os pequenos produtores.

Cabe referir, contudo, que embora seja o pequeno agricultor o “responsável por garantir boa parte da segurança alimentar do País, como impor-

³² DESTA, M. G. Op. cit., p. 415.

³³ International Center for Trade and Sustainable Development. **Agricultural Subsidies in the WTO Green Box: ensuring coherence with sustainable development goals**, Information Note Number 16, MELENDEZ-ORTIZ, Ricardo, BELLMAN, Christophe and HEPBURN, Jonathan (eds.), Sept. 2009, p. 7.

³⁴ International Center for Trade and Sustainable Development. Op. cit., p. 7.

³⁵ *Fortalecimento a Agricultura Familiar: Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF)* valoriza e divulga a agricultura familiar como a atividade econômica fundamental para o desenvolvimento socioeconômico sustentável no meio rural; *Garantia Safra*, é uma das ações do PRONAF que visa a tranquilidade e segurança para ao exercício da atividade agrícola na região semiárida brasileira, possibilitando que o agricultor receba em benefício no período de seca e garanta o sustento a família por 6 meses; *Programa de aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA)* incentiva a produção de alimentos pela agricultura familiar, permitindo a compra, a formação de estoques e a distribuição de alimentos às pessoas em situação de insegurança alimentar.

tante fornecedor de alimentos para o mercado interno”,³⁶ este ainda enfrenta dificuldades associadas à captação dos recursos financeiros e crédito disponibilizados por políticas governamentais; à permanência na terra e ao acesso de água; à falta de estrutura logística para disponibilizar os seus produtos no mercado; ao alcance de novas tecnologias – sementes, fertilizantes, ferramentas e/ou equipamentos; ao baixo investimento em educação de formação; dentre muitas outras. Na verdade, segundo a análise do Censo Agropecuário de 2006, quase um terço dos pequenos agricultores brasileiros declarou não ter obtido receita durante aquele ano.³⁷

Não há dúvidas sobre o mérito de um programa como o de aquisição de alimentos da agricultura familiar (PAA), justamente por criar meios de subsistência para os pequenos agricultores e, ao mesmo tempo, atender às necessidades imediatas de pessoas que sofrem com a fome. Contudo, não há como deixar de referir que de acordo com a análise realizada por Souza, Fornazier, Ponciano e Ney, entre os anos de 1999-2009, o valor do crédito utilizado pela agricultura familiar foi, proporcionalmente, muito inferior ao da agricultura não familiar.³⁸ É claro que, se comparado com o que havia no passado, a implementação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), em 1996, representa uma melhora. Segundo a análise desses mesmos autores, houve

um aumento no volume de crédito, assim como um crescimento na oferta dos recursos especificamente destinados ao financiamento da agricultura familiar. Porém, o volume de recursos orientados para esse segmento, por via do PRONAF, é muito menor do que o volume do crédito rural concedido a produtores e cooperativas.³⁹

É verdade que cerca de 50% dos agricultores familiares do país que não acessaram linhas de crédito justificaram não terem precisado desse recurso.⁴⁰ Contudo, tal dado não pode ser interpretado, simplesmente partido da premissa, de que a agricultura familiar não necessita de crédito. Este apenas se alinha a outros fatores, que conduzem a tal cenário – i.e. adoção de sistemas produtivos baseados em tecnologias tradicionais, pouco intensivas em equipamentos e insumos; falta de instrução para o acesso ao crédito; baixo nível de escolaridade.

³⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Censo Agropecuário 2006**: Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/brasil_2006/Brasil_censoagro2006.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2012.

³⁷ Idem.

³⁸ SOUZA, P.M. *et al.* Agricultura Familiar Versus Agricultura Não-Familiar: uma Análise das Diferenças nos Financiamentos Concedidos no Período de 1999 a 2009. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 42, n.01, jan-mar. 2011.

³⁹ Idem, p. 111.

⁴⁰ Idem, p. 138.

Na verdade, o Brasil se encontra entre os principais produtores agrícolas mundiais. Para alcançar este alto patamar de produtividade, contudo, o Brasil teve que assentir com o sistema de “modernização” agrícola e priorizar o desenvolvimento do agronegócio. Além do tradicional pacote tecnológico – i.e. insumos químicos, agrotóxicos, máquinas agrícolas – desenvolvido pelo que se convencionou chamar de Revolução Verde, a manipulação genética, incluindo a transgenia, também tornou possível a inserção do país no mercado agrícola internacional.

O problema de tal situação está no fato de que os impactos socioeconômicos da dissonância existente entre o modelo do agronegócio e da agricultura familiar, sobretudo em decorrência de políticas governamentais que não se adequam por completo à realidade nacional, acentuam a vulnerabilidade dos pequenos produtores agrícolas diante de um cenário de intensa competitividade, ao ponto de poderem provocar e/ou intensificar o êxodo rural e a migração do campo para as cidades.

Assim, embora imprescindíveis, programas que dedicam as suas verbas para buscar garantir, diretamente, à sua população o acesso a alimentos em quantidades suficientes para subsidiar suas necessidades básicas, deixam de contemplar uma oportunidade de prosperidade. Tratam, assim, de implementar medidas para o alcance do direito à alimentação adequada, mas ainda carecem de um maior número de políticas que auxiliem o pequeno produtor a enfrentar os desafios que são submetidos, pela intensificação do processo de liberalização comercial no setor agrícola. Tal como apontado pela OXFAM:

[...] os governos devem investir na agricultura – aperfeiçoar a infraestrutura, ampliar o acesso aos meios de produção e, por fim, aumentar a produção de alimentos e a receita das comunidades rurais onde a fome se concentra.⁴¹

A falta de recursos, situação comum para grande parte dos produtores agrícolas, gera um cenário de extremo desgaste – sem meios para custear a safra e investir na propriedade, tais agricultores não conseguem elevar seus rendimentos, por sua vez, isso impede que novos investimentos sejam feitos.⁴²

É claro que é possível afirmar que a implementação do AARU não tem obtido os resultados esperados, de modo que a agricultura continua sendo um dos principais entraves para qualquer avanço no SMC. Infelizmente, alguns Estados ainda permanecem se beneficiando indevidamente, por meio de políticas distorcivas, sob a justificativa de estas serem necessárias em razão de questões associadas ao tema da segurança alimentar. Parte dos programas

⁴¹ OXFAM. Op. cit., p. 40.

⁴² SOUZA, P.M. *et al.* Op. cit., p. 106.

de ajuda alimentar adotados, sobretudo, por países desenvolvidos, materializam tal realidade. Não são poucos os exemplos que demonstram que a implementação de alguns desses programas, ocorre de uma forma totalmente inadequada.

Ainda assim, não há como deixar de atentar para o fato de que as regras para o comércio agrícola, como estão agora, possibilitam a implementação de importantes (e legítimas) medidas no âmbito da segurança alimentar, incluindo aquelas que poderiam minimizar a situação de vulnerabilidade que produtores agrícolas enfrentam nos países em desenvolvimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sinalização e demarcação dos conflitos existentes no seio do direito internacional é uma primeira abordagem com vistas a corrigir suas incoerências e fragmentações em que a tensão entre a globalização econômica e os direitos humanos polarizam. O que ocorre nessas negociações na área agrícola solidifica a preponderante natureza política do Direito Internacional e a necessidade de uma teoria da resistência, *from below*,⁴³ no eixo dos subalternos em favor da construção de um Direito Internacional que tenha progressivamente mais condições de se tornar um Direito para a Humanidade – na expressão de Cançado Trindade.⁴⁴

Contudo, é importante notar que a mundialização cria um espaço de interação global que facilita o diálogo entre as diferentes forças em jogo. Considerando a ampla repercussão da mundialização econômica, seja sobre a política, a economia e o direito, a definição de papéis e metas claramente estabelecidas aos atores do sistema internacional, notadamente à OMC, são parte dos *esforços prioritários* rumo a uma governança mundial mais democrática e inclusiva, ou seja, progressivamente menos assimétrica, em uma possível ponte para o diálogo entre demandas econômicas e demandas sociais.

No âmbito de uma ou muitas mundializações, marcada pela assimetria e ambiguidade, a OMC cumpre também um papel importante no *fortalecimento do direito internacional*, cujas decisões são efetivamente vinculantes em relação aos demais países, seja este país os EUA, representante de um quarto da economia mundial ou os outros mais de 150 Estados membros da organização.

A vinculação da OMC com os Objetivos do Milênio é o reconhecimento de que o comércio internacional tem implicações em todos os âmbitos da

⁴³ RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International Law from Below: development, social movements and third world resistance**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. In: **Hague Academy of International Law. Recueil des Cours**. Hague: Martinus Nijhoff Vol: 6; 2010.

vida internacional e interna dos países, com múltiplas interfaces sociais, e que a economia precisa ter responsabilidades ético-sociais, obrigatórias perante demandas humanas mais prementes.

Desde que foi estabelecida com o objetivo de intensificar a liberalização comercial, a Organização Mundial do Comércio – OMC – está entre as instituições que são pesadamente criticadas e constantemente responsabilizadas pelo agravamento das dramáticas desigualdades econômicas e sociais, mesmo em âmbito interno, dos Estados participantes do sistema multilateral do comércio. Do ponto de vista dos críticos da OMC, a ideia de comércio livre não abrange a de comércio justo, pois os frutos do crescimento econômico se concentram em uma pequena parcela da população mundial. Salientam, então, que onde há grandes discrepâncias econômicas, há também uma limitada perspectiva de vida com saúde, bem-estar, segurança e desenvolvimento.

O conceito de segurança humana, resultado da reformulação da própria concepção do papel do Estado e da visão sobre o tema da soberania.⁴⁵ Dessa maneira, a proposição a partir da Segurança Humana expande a agenda política por deslocar a atenção do território para as pessoas, para o ser humano, sem eximir a obrigação estatal de prover bem estar, mas reconhecendo que garantir segurança ao Estado não é o mesmo que garantir segurança às pessoas, ou melhor, “reconhece que um Estado seguro não necessariamente significa um povo seguro”.⁴⁶

De fato, muito embora o mandato da OMC determine para os seus membros, que a liberalização comercial deve ocorrer em um contexto que promova o aumento do nível de vida, a realização do pleno emprego, o desenvolvimento sustentável e a tomada em consideração das necessidades dos países em desenvolvimento, há inúmeras variáveis relacionadas ao sistema multilateral de comércio, capazes de desconsiderar tal assertiva e penalizar diferentes segmentos da sociedade.

REFERÊNCIAS

⁴⁵ Para George MacLean, o conceito de segurança humana tem um caráter tanto revolucionário, ao priorizar o ser humano, o indivíduo, as pessoas no centro do problema da segurança (o que deveria ser a principal preocupação dos governos nacionais), quanto evolucionário, na medida em que agrega o elemento humano nas preocupações e no conceito de segurança existentes. MACLEAN, George. *Globalization of International Security*. **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**. Volume VII, N. 1, Seton Hall University, South Orange, Winter-Spring, 2006, p. 89.

⁴⁶ “Unlike physical concepts of security, it recognizes that personal safety and defense come from individual welfare and well-being, not just from safeguarding the state. Human security does not replace the state as the viable provider of social welfare, however. Rather, it recognizes that a secure state does not necessarily mean a secure people”. MACLEAN, George. *Op. cit.*, p. 90.

Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos – ABRANDH. **A exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada**. 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/righttofood/publi10/BRAZIL_4_FolhetoExigibilidade.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

ACHARYA, Amitav. Human Security. In: BAYLIS, John; SMITH, S.; OWENS, Patricia. **The globalization of World Politics**. 4. Ed. New York: Oxford, 2008.

AHLUWALIA, Pooja. The Implementation of the Right to Food at the National Level: a critical examination of the Indian campaign on the right to food as an effective operationalization of article 11 of ICESCR. **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Economic, Social and Cultural Rights Series**, number 8, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises de Estado e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome – Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **Segurança Alimentar e Nutricional**. 2011. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/publicacoes/publicacoes/segurancaalimentar-e-nutricional/caderno-seguranca-alimentar-e-nutricional>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International law for humankind: towards a new *jus gentium*. In: **Hague Academy of International Law. Recueil des Cours**. Hague: Martinus Nijhoff Vol: 6, 2010.

CAVALLI, Suzi Barletto. Segurança Alimentar: a abordagem dos Alimentos Transgênicos. **Revista Nutrição**, 14, Campinas, p. 41-46, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v14s0/8762.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

CDESC. **Comentário Geral número 12 – o direito humano à alimentação**. 1999. Disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

DESTA, M. G. **The Law of International Trade in Agricultural Products: From GATT 1947 to the WTO Agreement on Agriculture**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

FALK, Richard. **A Globalização Predatória: uma crítica**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

FAO. 2012. Disponível em: <<http://www.fao.org/news/story/en/item/117486/icode/>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

_____. **Declaration of the World Food Summit:** five years later. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/MEETING/005/Y7106E/Y7106E09.htm#TopOfPage>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

_____. **Rome Declaration on World Food Security and World Food Summit Plan of Action.** Rome, 1996. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w3613e/w3613e00.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

_____. **The State of Food Insecurity in the World.** 2003. Disponível em: <<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/006/j0083e/j0083e00.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

_____. **The State of Food Insecurity in the World.** 2010. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/013/i1683e/i1683e.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

_____. **The State of Food Insecurity in the World.** 2011. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/014/i2330e/i2330e.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

_____. **World Declaration and Plan of Action for Nutrition, International Conference on Nutrition,** Rome, 1992. Disponível em: <<http://whqlibdoc.who.int/hq/1992/a34303.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

FOMERAND, Jacques; DIJKEZEUL, Dennis. Coordinating Economic and Social Affairs. In: WEISS, Thomas; DAWS, Sam (ed.). **The Oxford Handbook on the United Nations.** Nova Iorque: Oxford, 2008.

FUKUDA-PARR, Sakiko. Millennium Development Goals: Why They Matter. **Global Governance** 10, N. 4, 2004.

GOODE, W. **Dictionary of Trade Policy Terms.** 2. ed. Adelaide: Center for International Economic Studies, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia.** Entre Facticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Tomo I.

HELPER, L. and AUSTIN, G. **Human Rights and Intellectual Property:** Mapping the global interface. New York: Cambridge, 2011.

International Center for Trade and Sustainable Development. **Agricultural Subsidies en the WTO Green Box:** ensuring coherence with sustainable development goals, Information Note Number 16, MELENDEZ-ORTIZ, Ricardo, BELLMAN, Christophe and HEPBURN, Jonathan (eds.), September 2009.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Censo Agropecuário 2006:** Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/brasil_2006/Brasil_censoagro2006.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2012.

JOSEPH, Sara. **Blame it on the WTO? A human rights Critique**. New York: Oxford, 2011.

KI-MOON, Ban. Foreword. In: UNITED NATIONS. **The Millennium Development Goals Report 2012**. New York: United Nations, 2012.

MACLEAN, George. Globalization of International Security. **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**. Volume VII, N. 1, Seton Hall University, South Orange, Winter-Spring, 2006.

MALUF, Renato S., MARQUES, Susana Bleil e MENEZES, Francisco. **Caderno 'Segurança Alimentar'**. Disponível em: <http://ag20.cnptia.embrapa.br/Repositorio/seguranca+alimentar_000gvxlxe0q02wx7ha0g934vgwlj72d2.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2012.

MANNING, Richard. O Impacto e o Desenho dos ODM. Disponível em: <<http://mercadoetico.terra.com.br/arquivo/o-impacto-e-desenho-dos-odm/>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

MECHLEM, Kerstin. Food Security and the Right to Food in the Discourse of the United Nations. **European Law Journal**, Oxford, Vol. 10, No. 5, September 2004, p. 631-648.

NARULA, Smita. The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 44, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951582>. Acesso em: 12 ago. 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <www.unhcr.ch/udhr/lang/por.html>. Acesso em: 01 ago. 2012.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_cescr_sp.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

OXFAM, **Cresça: Comida, Justiça, Planeta**. Crescendo para um Futuro melhor: justiça alimentar em um mundo de recursos limitados, 2011. Disponível em: <<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/cr-growing-better-future-090112-pt.pdf>>. Acesso em: 07/09/2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Projeto do Milênio das Nações Unidas 2005**. Investindo no Desenvolvimento: Um plano prático para atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Visão Geral. Nova Iorque: ONU, 2005.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International Law from Below: development, social movements and third world resistance**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

SEN, Amartya. Famines. **World Development**, vol. 8, 1980, pp. 613-621.

SOUZA, P.M. *et al.* Agricultura Familiar Versus Agricultura Não- Familiar: uma Análise das Diferenças nos Financiamentos Concedidos no Período de 1999 a 2009. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 42, n.01, jan-mar, 2011.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. **Saúde e Sociedade** v.12, n.1, jan-jun 2003, p. 51-60.



A FAMÍLIA E O AFETO: O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM DAR AFETO AOS FILHOS COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

*Heleno Florindo da Silva**

Resumo

O presente trabalho apresentará discussões, a partir de uma abordagem dialética, acerca da existência, ou não, de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento de sua personalidade e concretização de sua dignidade humana, apontando, para tanto, a constitucionalização do afeto nas relações de família e, a partir disso, as discussões acerca da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, bem como a demonstração da importância do afeto, à luz da psicanálise, para a formação da personalidade dos indivíduos e, ao fim, a constatação da necessária análise psicanalítica das relações afetivas do Direito de Família, concluindo pela existência de um dever fundamental dos pais, a partir do princípio da proteção integral da criança, em dar afeto aos seus filhos.

Palavras-chave

Afeto. Personalidade. Família e Dignidade Humana.

Resumen

En este documento se presentan las discusiones, desde un enfoque dialéctico, sobre la existencia o no de un derecho fundamental de los padres de dar afecto a sus hijos como un mecanismo de protección para el desarrollo de su personalidad y la realización de su dignidad humana, señalando por lo tanto, la constitucionalización del afecto en las relaciones familiares y, desde este, las discusiones sobre la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, así como una demostración de la importancia del afecto en la luz del psicoanálisis, para la formación de la personalidad de los individuos y en la Por último, el hallazgo de la psicoterapia análisis necesario de las relaciones afectivas del derecho de familia, concluyendo que existe un deber fundamental de los padres, desde el principio de la protección integral de los niños, al dar afecto a sus hijos.

* Membro do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão – da Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Bolsista da FAPES – Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professor e Advogado.

Palabras clave

Afecto. Personalidad. Familia y Dignidad Humana.

1. INTRODUÇÃO

Após a constitucionalização do afeto através do reconhecimento de institutos jurídicos como a união estável e a adoção, de matriz afetiva, discute-se, atualmente, em nossos Tribunais Superiores, a possibilidade de reparação civil embasada na falta desse afeto entre pais e filhos.

Contudo, mesmo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tenha tido a possibilidade de analisar, em duas ocasiões, essa discussão – Resp. n. 757.411/MG e Resp. n. 1.159.242/ SP –, os Ministros envolvidos em tais julgamentos não objetivaram distinguir a natureza da obrigação de dar afeto, ou seja, se se trata de uma mera obrigação moral, ou se configuraria um dever fundamental dos pais em relação aos filhos.

Nestes termos, o presente trabalho terá como ponto central de pesquisa o fato da relação afetiva entre pais e filhos, durante o poder familiar, se constituir ou não, em elemento caracterizador do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, de salvaguarda de sua dignidade humana a ponto de corroborar-se em um dever fundamental dos pais.

Para tanto, utilizaremos como método de pesquisa a dialética, ou seja, buscaremos a compreensão do problema através de um diálogo entre duas premissas distintas, quais sejam: a obrigação de dar afeto como sendo meramente um dever moral e, por outro lado, a obrigação de dar afeto corroborando-se em dever fundamental dos pais em relação aos filhos.

Ressalta-se, que mesmo havendo, durante as pesquisas, incursões aos citados casos julgados pelo STJ, onde se discutiu, como objeto principal, a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo, no presente trabalho se buscará, a priori, analisar a natureza da obrigação de dar afeto, corroborando, ao final, sua característica de dever fundamental.

Nestes termos, a Constituição Federal de 1988 ao assegurar como um dos Fundamentos da República a Dignidade da Pessoa Humana, bem como, na relação entre pais e filhos, a proteção integral (prioritária) da criança, o respeito a sua dignidade, a convivência familiar e, ainda, o resguardo de qualquer forma de negligência, possibilita a caracterização de um dever fundamental dos pais em prover afeto aos filhos.

Portanto, a partir dessas premissas acerca do afeto nas relações familiares, buscaremos responder ao problema da existência, ou não, do dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, bem como se esse afeto configura-se em mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, concretização da dignidade humana.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL-CIVIL DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno decorrente, principalmente, do advento da Constituição da República de 1988 (CR/88), tendo em vista o tratamento discriminado por ela aos direitos e deveres constitucionais que, necessariamente, deveriam reger todas as relações, públicas ou privadas, entre os sujeitos de direitos em nosso território nacional.

Essa necessária incidência, também no tocante as relações de natureza privada, sendo a principal delas, a familiar, demonstra o que se costumou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, porque não, dos deveres fundamentais, o que perceberemos abaixo.

Neste sentido, a fonte primária para a solução dos conflitos nas relações privadas que, antes da CR/88, era o Código Civil, passou a ser a Carta Constitucional, tendo em vista sê-la o mecanismo de, dentre outros aspectos, compromisso acerca dos fundamentos, objetivos e princípios que regerão todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto nos arts. 1º, 3º e 4º, respectivamente, da CR/88.

Assim, por ser a CR/88 a norma suprema do sistema jurídico brasileiro, devendo-lhe obediência, formal e material, todas as demais normatizações do ordenamento jurídico brasileiro, as relações de natureza privada como as de família, passarão a ser regidas, principalmente, pelo disposto na Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se ainda, conforme salientam Chaves e Rosenvald (2012, p. 63) “que a Constituição da República de 1988 promoveu uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação cidadania como elemento propulsor”, fato que demonstra, mais uma vez, a introjeção do Direito Constitucional e, em especial, dos direitos e deveres fundamentais, também no tocante as relações de família, de natureza privada.

Nestes termos, podemos afirmar que o Direito Constitucional distanciou-se, um pouco, da ciência política, aproximando-se das necessidades humanas reais, concretas, procurando, a partir de então, afirmar uma produtiva teoria constitucional, ou seja, as elucubrações da política deram lugar às necessidades da vida, o que atingiu, por conseguinte, as relações privadas.

A partir disso, podemos concluir que por serem os direitos e deveres fundamentais garantias constitucionais universais não podem ser resguardadas as relações públicas, ou seja, em toda e qualquer relação jurídica deverão estar protegidos os direitos e deveres fundamentais dos sujeitos envolvidos, haja vista o fato da obediência a essas garantias fundamentais constitucionais configurar requisito de validade da relação jurídica.

Assim sendo, questões de natureza privada, em especial as de família, passaram a sofrer a interferência do disposto na CR/88, o que deu origem, no Direito Civil, a algumas discussões, tais como: o reconhecimento, como unidade familiar, da união estável e, posteriormente, da união de pessoas do mesmo sexo (ADI. 4277/DF), o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, como sendo legítimos, a adoção, e vários outros.

Desta feita, a partir de todos esses questionamentos que passaram a ser visto sob o aspecto constitucional dos direitos e deveres fundamentais, chegou-se a conclusão de que o afeto é sim objeto das relações de família, devendo ser resguardado e regulamentado pela legislação.

Neste desiderato, Maria Berenice Dias, tratando o afeto como um dos princípios que devem reger as relações de família acentua que “o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade a todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto” (2009, p. 69).

Ademais, podemos encontrar no texto constitucional quatro fundamentos essenciais para o princípio da afetividade, são eles: a) a igualdade entre todos os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º, CR/88); b) a adoção, como escolha afetiva, com garantia de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, da CR/88); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo a esses, os adotivos, com o mesmo *status* de família (art. 226, § 4º, da CR/88) e, ao fim, d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CR/88). (DIAS, 2009. p. 70).

Portanto, a partir de tais premissas, percebemos que o atual tratamento dispensado a figura do afeto, qual seja, o de verdadeiro princípio inerente às relações familiares, conduzindo-se lado a lado com os demais princípios constitucionais que regem as relações privadas e, em especial, as relações de família.

Transpostas essas primeiras constatações acerca da constitucionalização do direito civil e, conseqüentemente, da normatização do afeto, cabe-nos agora trazer considerações acerca de outro fenômeno que se relaciona estreitamente com o aferido acima, qual seja: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Neste ponto, *a priori*, podemos constatar a existência de, basicamente, três teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos humanos ou, como também é conhecida, eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

A primeira denomina-se Teoria do *State Action*, que nega a eficácia dos direitos fundamentais no tocante as relações privadas, haja vista considerar

que o único sujeito passivo desses direitos é o Estado. Assim, os direitos fundamentais somente seriam encontrados na relação entre o Estado e o indivíduo(s). Ao fim, destaca-se que essa corrente prevalece no direito norteamericano e no direito suíço.

De outro lado, a segunda é compreendida como Teoria da Eficácia Indireta e Mediata dos direitos fundamentais no âmbito privado, haja vista considerar que a CR/88 não autoriza a aplicação de tais direitos nas relações de natureza privada, servindo, assim, somente como norte ao legislador infraconstitucional, a ser observado no momento de elaboração das leis de direito privado. Dessa perspectiva, os direitos fundamentais podem ser afastados das relações particulares através de simples acordo de vontade das partes.

Por fim, a terceira corresponde a Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos direitos fundamentais frente às relações particulares. Tal teoria determina a aplicação integral dos mencionados direitos nas relações interpessoais, ou seja, exige uma aplicação direta e independente de regulação na legislação infraconstitucional, haja vista o fato de que não apenas o Estado pode descumprir esses direitos, mas, também, os indivíduos em suas relações privadas. Referida concepção aumenta as possibilidades de atuação do magistrado que poderá, no caso concreto, não levar em consideração a vontade das partes em atenção aos direitos fundamentais violados ou que poderão vir a ser.

Esse último entendimento é o que prevalece atualmente no Brasil, nos termos do art. 5º, §1º, da CR/88, bem como no Uruguai (art. 332 d Constituição Uruguaia) e em Portugal (art. 18/1, da Constituição Portuguesa), conforme destaca Sarlet (2011, p. 261).

Neste interim, Daniel Sarmento, acerca da necessária eficácia horizontal dos direitos fundamentais, (2006, p. 185) aduz que “a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados”, esses que estão presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.

Ainda neste ponto, há que se destacar as palavras de Paulo Bonavides que, ao analisar a Nova Hermenêutica Constitucional, inspirada na teoria material de valores, e na chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais”, afirma, sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas

compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula. (BONAVIDES, 2003. p. 587 e 588).

Portanto, conforme se percebe a eficácia horizontal ou objetiva dos direitos fundamentais é situação que faz dos princípios insculpidos na CR/88 bases para a interpretação das relações, privadas ou não, bem como para a normatização constitucional e infraconstitucional.

Assim, a constitucionalização do Direito Civil e a aplicação horizontal dos direitos fundamentais comprovam que as relações de família, em especial aquela entre filhos e pais – objeto de análise neste trabalho – corrobora-se a partir da observância dos princípios e garantias fundamentais das partes, dentre as quais se destacam a liberdade dos pais em dar ou não o afeto, bem como a proteção integral à criança e seu direito ao convívio familiar.

Por fim, será sobre essa discussão final que verificaremos a existência do dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos durante o exercício do poder familiar, corroborando-se, tal dever, em mecanismo necessário para melhor formação da personalidade da criança e, conseqüentemente, concretização de seu desenvolvimento digno.

3. AFETO E PSICANÁLISE: A FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E A IMPORTÂNCIA DO AFETO DOS PAIS NESTA FASE.

Para percebermos a formação da personalidade da criança, durante sua primeira infância, bem como a importância do afeto dos pais neste período, faz-se necessário analisar o problema de forma interdisciplinar, ou seja, trazendo às discussões as construções da psicanálise, haja vista sê-la o ramo da ciência responsável por estudar a formação da psique humana.

Neste sentido, conforme expõe Antônio Imbasciati (1998, p. 116), serão nos dois primeiros anos de vida, que se encontrarão as origens de toda psicopatia humana, ou seja, o indivíduo tido como normal, sendo referido autor, deve sua *forma mentis* – caráter, inteligência, atitudes, personalidade – àquilo que nele se estruturou nesses primeiros tempos de vida e de relação com outros seres, em especial, com seus pais.

Ademais, e ainda nessa linha de entendimento, podemos destacar que ao lado desse processo de formação psicopatológica, que se mostra investigável e com definições adequadas aos critérios mais comuns de cientificidade, se constrói “outra ordem de acontecimentos psicológicos, denominados, afetivos” (IMBASCIATI, 1998, p. 122).

Acerca do que sejam esses acontecimentos afetivos, ou seja, quais premissas estão em torno da ótica afetiva, podemos concluir que os afetos, a partir de uma percepção mais alargada, no sentido de *emotions*, são aqueles

acontecimentos inerentes aos seres vivos e dos quais temos indícios por meio de inúmeras vias de observação.

Nestes termos, temos de ressaltar que, partindo dessas premissas acerca do que seja afeto, a dificuldade que enfrentam as várias disciplinas psicológicas acerca disso, é o de encontrar não só a manifestação, mas, sobretudo, de salientar, do aspecto parcial e concreto encontrado, “a globalidade de uma vivência adequadamente descrita através de um conceito suficientemente detalhado, ou de elaborar os conhecimentos adquiridos em conceitos que descrevam o valor e a função do afeto” (IMBASCIATI, 1998, p. 124), ou seja, sua processualidade externa e interior, seus efeitos, bem como a sua comunicação no conjunto do funcionamento psíquico dos indivíduos.

Portanto, destaca-se que as totalidades das psicologias, dentre as quais se destaca a psicanálise, se debruçam ao estudo do afeto, não havendo dúvidas, neste sentido, de que todas essas Psicologias consideram o afeto algo comunicável, advindo da relação entre os seres. A partir disso, podemos perceber que o afeto gira em torno de uma linguagem da qual não é fácil investigar a comunicação, ou seja, se é difícil construir os sinais, mais ainda será encontrar seus significados.

Portanto, visualizado sob essa ótica, o afeto surge como uma dinâmica psicoemocional oriunda de uma leitura de certos sinais, esses que constituem a linguagem e a comunicação dos afetos. Essa leitura, executada segundo um código estabelecido por pregressas experiências, predispõe certa resposta. Nesses termos, essa resposta tem um valor comunicativo em relação ao ambiente externo e relacional do indivíduo, comportando, ainda uma elaboração interior do próprio indivíduo.

Diante disso, segundo Imbasciati “o afeto, é um esquema funcional adquirido nas experiências precoces, ou então na vida psíquica primária: o fato de cada indivíduo ter a sua específica estrutura afetiva depõe para uma aquisição pessoal desta; e já que o afeto é comunicável, a aquisição deve ser relacional” (1998, p.129).

A partir disso, se destaca que as várias facetas da psicanálise que se debruçam ao estudo do afeto pesquisam, nas experiências relacionais primárias dos indivíduos, a estruturação dos afetos, que serão, posteriormente, caracterizados em uma determinada personalidade.

Desta feita, o afeto aparece como a primeira estrutura da mente, com origem a partir de uma experiência, comportando, nestes termos, um aprendizado, bem como a aquisição de uma linguagem, através da qual os esquemas funcionais afetivos são aprendidos e comunicados num diálogo interpessoal, o que demonstra a relevância da relação entre pais e filhos durante a primeira infância destes.

Ademais, há que se ressaltar que a psicanálise na atualidade considera esses afetos como sendo aqueles gerados a partir de uma elaboração primária da experiência enfatizando, assim, a importância das relações humanas, em especial, àquela entre pais e filhos na primeira idade, como lugar de mediação para a comunicação necessária à estruturação dos citados afetos.

A psicanálise, neste interim, conforme se constatou acima, origina-se da exploração dos afetos, ou seja, toda a sua construção lógica se concentrou, e ainda se concentra, na construção de um método, bem como na formulação de teorias que visam investigar a mente humana a partir, justamente, dos aspectos afetivos.

Portanto, Imbasciati (1998, p. 187), ao analisar o afeto como sendo construído a partir daquilo que ele denominou de “jogo relacional”, bem como o fato de, por advirem desde a primeira infância, se consubstanciar em verdadeira memória da psique, destaca que:

A compreensão dos afetos passa por um jogo relacional [...]. A estrutura afetiva é de fato uma memória. Os psicanalistas não conseguem reconstruir a estrutura afetiva do paciente reconstruindo os eventos externos do seu passado remoto, nem isso de nada serviria se pudéssemos fazê-lo; em vez disso, eles ajudam a reconstruir o sentido da sua história interior em função das progressivas vivências do seu desenvolvimento.

Assim, a formação da personalidade humana e, conseqüentemente, a efetivação da dignidade da pessoa humana, passa pelo relacionamento humano-afetivo entre os indivíduos, em sua primeira infância – crianças – e seus pais. A falta dessa relação afetiva poderá, segundo se demonstrou, ocasionar problemas de identificação e de relacionamento humano no futuro dessa criança, o que, conforme visto acima, consubstancia um prejuízo à personalidade humana sem possibilidade de reconfiguração, haja vista o fato dos psicanalistas não conseguirem reconstruir a estrutura afetiva do paciente.

Portanto, conforme destaca Pereira (1997), as discussões que venham se desenvolver ao redor do Direito de Família merecem ser transpostas por uma abordagem psicanalítica, haja vista ter o Direito de Família uma matiz afetiva, ou seja, é oriundo do relacionamento humano. A Ciência Jurídica, nestes termos, se apropria desse Direito, de matiz psicanalítico, a fim de resguardar fatos e atos humano-afetivos que se desdobram em direitos e deveres à luz daquilo que a sociedade organizada tem como sendo o normal e mais racional.

4. A FAMÍLIA E O AFETO: O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM DAR AFETO AOS FILHOS COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.

Em uma sociedade, nos dizeres de Lipovetsky (2004), hipermoderna, um assunto ainda tormentoso para o Direito, em especial, para o Direito Constitucional, seja em decorrência dos poucos estudos realizados ou pelo desinteresse acadêmico acerca do tema, é o estudo dos deveres fundamentais ou constitucionais¹.

A partir desse cenário de pouco estudo dos deveres fundamentais abordaremos neste ponto, aspectos gerais acerca da teoria dos deveres fundamentais, de modo a contribuir para o desenvolvimento de um entendimento pelo reconhecimento do dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, em contraposição ao princípio-direito que esses mesmos possuem de se desenvolverem sob uma proteção integral, haja vista essa proteção de cariz afetiva ser um mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Assim, ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais, ou constitucionais, inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público. Neste sentido, aponta Llorente (2001, p. 16) que:

Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer límites materiales a la potestad normativa del poder público².

Desta feita, visualizamos que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso, por onde se debruçam incansáveis teorias na tentativa de lhes dar normatividade, ou simplesmente, lhes reconhecer como meros deveres éticos das pessoas enquanto pertencentes ao grupo social que possibilita o Estado.

Diante dessas primeiras premissas, cabe ressaltar que não simples divagações ou elucubrações teóricas àquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever

¹ No presente ponto, abordaremos, em que pesem as discussões doutrinárias, as noções de deveres fundamentais como sendo sinônimos de deveres constitucionais.

² “Os enunciados de deberes não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público”. (Tradução nossa).

ético, haja vista em suas origens os deveres fundamentais ou constitucionais surgirem de discussões de cunho religioso e filosófico-moral (MARTINEZ, 1986, p. 329).

Neste sentido, a fim de fixar características que nos permitam identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Martinez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, são eles: a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral; b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento³.

No entanto, em que pese a robustez dos citados argumentos trazidos acima, há outros, tão robustos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob outra visão, ou seja, há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito, que para ser exercitado necessitará que alguém cumpra determinado dever.

Desse modo, Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco Laporta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressalta o sentido de que para a imposição desses deveres, desde um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado, ou seja, para ele os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal acerca deles, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

Ressalta-se ainda, que os deveres fundamentais ou constitucionais, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência, conforme aludido, de um direito fundamental contrário, ou seja, na medida em que a Constituição nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, nos origina uma série de deveres. Tal construção hermenêutica, por exemplo, é o que se compreende no artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010⁴.

³ No original: a) “El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral [...]”; b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente ao Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento [...]”.

⁴ O citado artigo dispõe que: “CAPÍTULO IV – DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES – Artículo 75 – *Deberes fundamentales*. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fun-

Desta feita, antes de adentrarmos a discussão da existência de um dever fundamental dos pais em possibilitar o relacionamento afetivo aos filhos como mecanismo de formação de suas personalidades, cabe-nos ainda, acerca dos deveres fundamentais, destacar alguns pontos relevantes sobre as discussões acerca da existência, ou não, de deveres positivos gerais, bem como no caso de haver possibilidade, como se daria a contraprestação do direito, haja vista todo dever, conseqüentemente, encampar um direito que lhe é oposto.

Nestes termos, Valdés (1986a, p. 17) qualifica, segundo seu entendimento, quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estaríamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar. Assim, expõe que:

Deberes positivos generales son aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa⁵.

Assim, podemos perceber que neste entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo trivial, ou seja, algo que não im-

damentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que se esté en capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad con lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstenerse de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicarse a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar el perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bienestar y progreso de la sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, la educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado en cuanto a la asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando la conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por el fortalecimiento y la calidad de la democracia, el respeto del patrimonio público y el ejercicio transparente de la función pública”.

⁵ “Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a dos destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia”. (Tradução Nossa).

ponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de leva-lo ao status daquele a quem ajuda (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa no tocante a uma construção de entendimento acerca dos deveres fundamentais positivos gerais, conforme se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986), ambos criticam, conforme se aludiu acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às discussões em destaque.

Diante disso, Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aprouvesse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, aquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, criticando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Neste sentido, Bayón (1986, p. 46) destaca que “el altruísmo mínimo, basado em la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. [...] si alguien tiene em su poder recursos sin título alguno – y a los cuales tiene derecho un tercero – debe entregarlos em su totalidad, no uma parte «trivial» de los mismos⁶”, ou seja, para ele a trivialidade como sendo o elemento de limite aos *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Visto esses pontos básicos das discussões teóricas inerentes à celeuma acerca da teoria dos deveres fundamentais ou constitucionais, nos cabe agora apontar, mesmo que brevemente, outro fator, agora de cunho preeminentemente social, já que o aspecto psicanalítico resta demonstrado acima, sobre a importância do afeto dos pais para a construção da personalidade de seus filhos e, conseqüentemente, para concretização da dignidade humana.

Neste desiderato, destacaremos as contribuições de Honneth (2003) acerca do que ele denomina, em seus estudos, de *Luta por Reconhecimento*, ou

⁶ “o altruísmo mínimo, baseado na ideia de sacrifício trivial, parece que não nos serve [...]. se alguém tem em seu poder recursos em abundância – sendo que frente a esses um terceiro tem direito – deve entrega-los em sua totalidade, não uma parte «trivial» dos mesmos”. (Tradução Nossa).

seja, os de seu trabalho que demonstram uma espécie de gramática moral dos conflitos sociais, por onde se destaca a importância dos pais na construção da personalidade dos filhos, através do afeto, e sua correlação com o reconhecimento social daqueles que possuem esse suporte em face dos que são desprovidos dessa relação.

Desta feita, Honneth, utilizando-se das investigações empíricas de René Spitz acerca da falta de afeto entre a mãe e o seu filho durante o desenvolvimento da criança, demonstra que essa “privação da dedicação materna leva a graves distúrbios no comportamento do bebê, mesmo quando, malgrado isso, a satisfação de todas as suas carências corporais está assegurada”. (2003, p. 161).

Isso se dá tendo em vista o fato de que o bebê humano desenvolve, já em seus primeiros meses de vida, uma disposição ativa cujo objetivo é estabelecer proximidades interpessoais que oferecerão a base para todas as demais formas supervenientes de ligação emotiva, ou seja, a relação afetiva com outras pessoas e, principalmente, com os pais é considerada um dos componentes do processo de amadurecimento da personalidade do ser humano (HONNETH, 2003, p. 162-163).

Ademais, Honneth destaca, também, os problemas que a falta de afeto dos pais às crianças em seus primeiros anos de vida, ou seja, síndromes psicológicas adquiridas em decorrência direta da falta de afeto. Ele aponta, como exemplos desses traumas psicológicos, os sintomas de *borderline*⁷ e de *narcisismo*⁸.

Nestes termos, percebemos que a ligação afetiva com outras pessoas, em especial com os pais, passa a ser investigada “como um processo cujo êxito depende da preservação recíproca de uma tensão entre o autoabandono simbiótico e a autoafirmação individual”, ou seja, o afeto, o amor, passa a ser entendido como uma relação interativa à qual subjaz um padrão particu-

⁷ Síndrome de Borderline, ou Transtorno de Personalidade Limitrofe é uma expressão utilizada há mais de um século pelos pesquisadores do campo mental, que dela se valem para apontar uma modificação no limite entre a neurose e a psicose ou, como diriam alguns, na linha de demarcação entre a razão e a loucura. A pessoa atingida por esta síndrome apresenta um sério distúrbio psíquico, principalmente na esfera afetiva, no domínio dos impulsos, nas interações com o outro, na sua auto-imagem. SANTANA, Ana Lúcia. **Síndrome de Borderline**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/sindrome-de-borderline/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

⁸ O termo narcisismo provém da Mitologia Grega, que narra a história de Narciso, um jovem muito bonito que desprezou o amor da ninfa Eco e por isso foi condenado a apaixonar-se por sua própria imagem espelhada na água. Este amor impossível levou Narciso à morte, afogado em seu reflexo. O narcisismo, portanto, retrata a tendência do indivíduo de alimentar uma paixão por si mesmo. Segundo Freud, isso acontece com todos até um certo ponto, a partir do qual deixa de ser saudável e se torna doentio, conforme os parâmetros psicológicos e psiquiátricos. SANTANA, Ana Lúcia. **Narcisismo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/narcisismo/>> Acesso em: 03 set. 2012.

lar de reconhecimento recíproco, o que demonstra que a primeira etapa, para Honneth (2003, p. 160), da luta pelo reconhecimento, surge nas relações entre pais e filhos durante o desenvolvimento da personalidade desses.

Assim, em que pesem as discussões acerca da normatividade, ou não, do dever fundamental dos pais de dar afeto aos filhos, entendemos que existe sim um dever fundamental, constitucional, dos pais nos termos acima descritos, advindo do direito fundamental à proteção integral que crianças, adolescentes e jovens possuem, por força do art. 227, caput. da CR/88, que dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse modo, percebemos que a nossa Constituição de 1988, além de constitucionalizar o princípio do afeto, bem como todo o direito civil, em especial, o direito de família, determinou como sendo dever da família e, principalmente dos pais, que são a nossa primeira família, assegurar, com absoluta prioridade, direitos como o respeito, a liberdade, a convivência familiar, colocando as crianças, adolescentes e jovens a salvo de quaisquer tipos de violência, psíquica ou física, bem como a qualquer forma de negligência.

Portanto, mesmo que não seja o objeto principal desta pesquisa, entendemos que a possibilidade de reparação civil existe nos casos de abandono afetivo, tendo em vista que a CR/88 é clara ao assegurar às crianças, adolescentes e jovens, um direito fundamental à prioridade, para que seu desenvolvimento sem nenhum tipo de negligência, inclusive àquela dos pais, de natureza afetiva.

Ademais, temos de ressaltar ainda um último argumento a fim de corroborar o dever fundamental dos pais de dar afeto aos filhos, ou seja, a Constituição de 1988 impõe aos pais a paternidade e a maternidade responsável. Tal imposição se trata de um dever dos pais que é anterior ao nascimento da criança. Desse modo, aqueles que não forem capazes de assegurar aos seus filhos um suporte, não só de cunho material, mas, também, de cunho afetivo, emocional, ínsito ao desenvolvimento da personalidade e salvaguarda da dignidade humana durante o desenvolvimento psicossocial das crianças, adolescentes e jovens, é melhor que se abstenham de ter filhos.

Por fim, mesmo que o STJ, tendo a possibilidade de analisar, em duas ocasiões – Resp. n. 757.411/MG e Resp. n. 1.159.242/ SP –, a discussão objeto deste trabalho, qual seja, a existência, ou não, de um dever fundamental dos

pais em dar afeto aos filhos, não tenha efetivado descrever, delimitar ou, ao menos, reconhecer referido dever fundamental dos pais, entendemos que a Constituição, bem como todo o complexo de normas de direito de família, ou àquele inerente às crianças e aos adolescentes, ao assegurar, no citado art. 227, da Constituição, uma série de direitos inerentes às crianças, adolescentes e jovens, induz, a contrario sensu, uma série de deveres inerentes aos pais, ao Estado e a Sociedade em geral, o que demonstra, por si só, a existência de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos seus filhos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto todas as considerações acima descritas, é chegada a hora de concluir nosso pensamento acerca da existência ou não de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, ou seja, após percebemos a constitucionalização do afeto, bem como a constitucionalização do Direito Civil e, em especial, do Direito de Família, e mais, a importância dada ao afeto dos pais na formação da personalidade de seus filhos, seja no tocante à psicanálise ou em relação a uma abordagem sociocultural, percebemos que o afeto dos pais é elemento importantíssimo para a formação sadia da personalidade humana, o que é fator de salvaguarda e concretização do princípio da dignidade humana.

Nestes termos, em que pesem o STJ não ter apreciado a existência de um dever fundamental dos pais em possibilitar esse relacionamento afetivo com os filhos nas duas oportunidades que teve, temos como fator necessário, antes de qualquer condenação por abandono afetivo, a análise da existência ou não de uma prévia obrigação, antes mesmo de se questionar a aplicação, ou não, das normas acerca da responsabilidade civil nos casos de direito de família.

Assim, cremos que, não só a Constituição de 1988, mas todo o ordenamento jurídico de Direito de Família, ou àquele inerente às crianças e aos adolescentes, asseguram direitos inerentes às crianças, aos adolescentes e aos jovens, o que, em contrapartida, denota a existência de deveres correlatos a esses direitos, deveres esses inerentes aos pais, ao Estado e a Sociedade em geral, demonstrando, assim, conforme aludido acima, a existência de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos seus filhos.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. O Valor do Afeto para a Dignidade Humana nas Relações de Família. **Revista Jurídica**, n. 331, maio/2005. p. 75-85.

BAYÓN, Juan Carlos. Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés. In: **DOXA**, 3, 1986. p. 35-54.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAVES, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 10. ed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese n. 32, p. 20-39, out. e nov. de 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. por REPA, Luiz. São Paulo: Editora 34, 2003.

IMBASCIATI, Antônio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. por RESENDE, Neide Luiza de. São Paulo: Editora 34, 1998.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

LAPORTA, Francisco J. Algunos Problemas de Los Deberes Positivos Generales: observaciones a um artículo de Ernesto Garzón Valdés. In: **DOXA**, 3, 1986. p. 55-63.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. Trad. Mário Villela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. Los Deberes Constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. Los Deberes Fundamentales. In: **DOXA**, 4, 1986. p. 329-341.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROCHA, Viviane Pereira. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC** (on-line). a. 1, v. 2, mai./jul. 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17208541/3-Viviane-Pereira-Rocha-Eficacia-Horizontal-dos-Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SANTANA, Ana Lúcia. **Síndrome de Borderline**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/sindrome-de-borderline/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

_____. **Narcisismo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/narcisismo/>>. Acesso em: 03 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Rev. ampl. e atual. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación. In: **DOXA**, 3, 1986a. p. 17-33.

_____. Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. In: **DOXA**, 3, 1986b. p. 65-68.



AINDA A RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS “INDIRETOS”

*Hugo de Brito Machado Segundo**

Resumo

A restituição de tributos indiretos suscita questionamentos não apenas no Brasil, mas em diversas partes do mundo, principalmente por conta da alegada repercussão ou traslação do ônus do tributo a consumidores finais. A jurisprudência no Brasil tem dado ao assunto tratamento inadequado, que termina por inviabilizar a tutela jurisdicional da relação tributária, em prejuízo ao disposto no art. 5.º, XXXV, da CF/88 e à própria ideia de Estado de Direito. A Corte Europeia de Justiça tem preocupações opostas quando do exame da matéria. Reconhece que a repercussão é fenômeno de difícil determinação e medição, e ocorre em relação a todos os tributos, em maior ou em menor intensidade. Deve, por isso, ser levada em consideração pelo legislador, na fixação das alíquotas dos tributos incidentes sobre certos produtos, no âmbito da chamada política tributária, de forma macro, mas não pode ser invocada nas relações individuais, para negar ao sujeito passivo, legalmente definido como tal, direitos inerentes à sua posição na relação tributária. É até contraditório fazê-lo e, ao mesmo passo, negar tais direitos também ao contribuinte dito de fato. O preço pago pelo consumidor de produtos e serviços, ainda que encarecido pelo tributo pago pelo vendedor, não se torna indevido pelo fato de o tributo assim vir a ser declarado, pelo que a restituição desse último não deve ser obstaculizada ou embaraçada por conta de uma suposta traslação do ônus do tributo.

Palavras-chave

Tributação indireta. Restituição do indébito. Corte Europeia de Justiça. Repercussão. Ônus do tributo.

Abstract

The repayment of indirect taxes raises questions not only in Brazil but in many parts of the world, mainly because of the so called “passing-on defense”. Brazilian Courts has given inadequate treatment to this subject, which, in fact, denies the judicial review of the tax relationship, violating the provisions of art. 5.º, XXXV, CF/88, and even the idea of rule of law. European Court of Justice has different concerns when examining the matter, recognizing that the shift of the tax burden is very difficult to determine and measure. It happens in relation to all taxes, to a greater or lesser extent, and should be taken into consideration by the legislature in fixing the rates of taxes on certain products, as a matter of tax policy, but not on individual relationships, to deny the taxpayer rights, as the repayment of ultra vires taxes, especially because it would be contradictory to do so and at the same time, deny such rights also to the ultimate consumer who eventually supported the tax burden. The price paid by consumers for goods and services,

* Mestre e Doutor em Direito. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor (Graduação, Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, de cujo Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) é Coordenador. *Visiting Scholar* da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

although probably higher because of taxes, cannot be confused with these taxes, so the repayment of the latter should not be hindered or embarrassed because of a (supposed) shift of tax burden.

Keywords

Indirect taxation. Restitution of ultra vires taxes. European Court of Justice. Tax shifting. Burden of tax.

1. INTRODUÇÃO

Diversos questionamentos giram em torno da restituição de tributos pagos indevidamente, especialmente daqueles considerados “indiretos”. Isso porque a Fazenda Pública não raro cria embaraços ou dificuldades à sua restituição, adicionais àqueles óbices que usualmente oferece à devolução de tributos em geral. É interessante observar, porém, que tais dificuldades não são criadas apenas pelo Fisco brasileiro.¹ Argumentos semelhantes são (ou já foram) utilizados pelas Fazendas de diversos outros países. A principal diferença, na verdade, está na forma como são considerados pelas Cortes encarregadas de apreciar os conflitos deles decorrentes. Em última análise, é o entendimento dos Tribunais que define a forma como a restituição do tributo “indireto” é tratada em cada país.

Em vista disso, neste estudo, no qual se pretende voltar² ao tema da restituição dos tributos indiretos, proceder-se-á, de início, a uma *análise comparada*³ da jurisprudência, cotejando, basicamente, o entendimento que a esse respeito têm o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Brasil, e a Corte de Justiça Europeia (CJE)⁴, no âmbito da Comunidade Europeia. Examinar-se-ão, ainda, julgados proferidos pelo STJ no ano de 2012, referentes à posição do consumidor de energia elétrica nas demandas que visam a questionar a incidência do ICMS sobre a energia consumida, a fim de avaliar qual tratamento deve ser conferido aos “contribuintes de fato” dos tributos em questão.

¹ Para análise do assunto à luz da realidade brasileira do início dos anos 1980, confira-se NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

² Em momento anterior, os problemas inerentes à tributação indireta foram examinados pelo autor deste trabalho, em face da jurisprudência brasileira, e de uma forma mais abrangente (envolvendo exame de seu trato em relação às imunidades subjetivas, às consequências do inadimplemento etc.), em MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto**: incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011. No presente artigo, o assunto será revisitado, especificamente no que tange à restituição do indébito, à luz da experiência da Comunidade Europeia e de recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça.

³ Como observam Scchetto e Marassi, a análise comparada “allows a better understanding of domestic law and its evolution.” SACCHETTO, Claudio; MARASSI, Marco (ed.). **Introduction to comparative tax law**. Rubbetino, 2008, Torino: Catanzaro, 2008, p. 8.

⁴ Os julgados da Corte de Justiça Europeia (CJE), veiculados em todos os idiomas falados na Comunidade Europeia (CE), inclusive em português, se acham disponíveis na internet, no site da Corte, em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Essa análise jurisprudencial comparada permitirá um reexame do assunto, notadamente no que tange à ocorrência da repercussão do ônus econômico do tributo a terceiros, ao ônus de prová-la e às suas possíveis consequências jurídicas. Não se pretende, porém, com isso sugerir que as pessoas que se ocuparam do assunto em outros países sejam mais capazes do que as que o fizeram no Brasil. Absolutamente. Aliás, alguns argumentos desenvolvidos e utilizados no exterior no trato do assunto já haviam sido suscitados por brasileiros⁵ com antecedência, sendo a solução encontrada pela Corte Europeia de Justiça, conforme será visto a seguir, assemelhada àquela contida no “anteprojeto” de Código de Processo Tributário elaborado por Gilberto de Ulhôa Canto na década de 1960. A principal distinção, no caso, não reside tanto no que os estudiosos da matéria afirmam, mas no posicionamento das Cortes em torno dela. Mesmo na Europa, há diferença perceptível entre o entendimento manifestado por tribunais nacionais e aquele acolhido pela Corte Europeia de Justiça (ECJ), talvez fruto de uma menor *subserviência* desta ao Poder Tributante de cada país membro, ou de uma preocupação mais evidente na imposição de respeito às normas comunitárias violadas pelos países-membros.

Além disso, se os problemas que se enfrentam em países diferentes são os mesmos, não há motivo para que uns não procurem conhecer a solução que outros a eles conferiram. Afinal, quando maior e mais intensa a troca de ideias, maior a probabilidade de que as melhores delas sejam selecionadas.⁶

Registro que este trabalho, no que tange à análise dos precedentes da Corte de Justiça Europeia, é fruto⁷ de pesquisas de pós-doutorado realizadas no ano de 2012 na *Wirtschaftsuniversität*, em Viena, no *Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht*, sob a orientação do Prof. Dr. Michael Lang. Aproveito a oportunidade, portanto, para agradecer ao Prof. Lang, e a todos os que compõem o Instituto⁸, pela receptividade e pelo apoio, sem as quais este pequeno estudo não teria sido possível. O texto corresponde, outrossim, à apresentação levada a efeito no Primeiro Congresso de Estudos

⁵ Veja-se, a respeito, NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, e MACHADO, Brandão. Repetição do indébito no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito Tributário**. Estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 69. Nestes dois excelentes textos, aliás, há remissões a pronunciamentos ainda muito mais antigos, da doutrina (*v.g.*, da Carvalho de Mendonça) e da jurisprudência (inúmeros acórdãos do STF anteriores a 1940), no mesmo sentido por eles defendido.

⁶ Cf. RIDLEY, Matt. **The rational optimist**. How prosperity evolves. New York: Harper Collins, 2011, passim.

⁷ Algo do conteúdo deste trabalho constou do artigo “Restituição do Tributo ‘Indireto’ na jurisprudência brasileira: notas sobre uma análise comparada”, publicado na **Revista Dialética de Direito Tributário** n.º 208. Nesta oportunidade, porém, faz-se análise mais detida do assunto.

⁸ Especialmente ao Professor Pasquale Pistone, a Renée Pestuka, e aos colegas César Alejandro Ruiz Jiménez, Daniel Fuentes, Felipe Vallada, Sebastian Pfeiffer, Pernille Jessen e Yinon Tzuberly.

Ítalo-Brasileiros realizado em Bologna, em 12 de outubro de 2012, conjuntamente pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e pela Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Bologna, o que me faz aproveitar a oportunidade para agradecer aos Professores Giovanni Luchetti e Fabiana Mattioli pela amabilidade e pela gentileza com que receberam docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC em sua cidade.

2. O QUE SÃO TRIBUTOS INDIRETOS?

Já que se está cogitando, aqui, da restituição de tributos considerados “indiretos”, convém, de início, defini-los ou identificá-los. Trata-se de classificação antiga, feita há muitos séculos⁹ por economistas e financistas. Stuart Mill cuida do tema, nos *Princípios de Economia Política* (1848), nos seguintes termos:

Um imposto direto é aquele cobrado exatamente das pessoas que se tenciona ou se deseja que o paguem. Impostos indiretos são aqueles que são cobrados de uma pessoa, na expectativa ou com a intenção de que esta se indenize à custa de outra, tal como o imposto de consumo ou as taxas alfandegárias. O produtor ou o importador de uma mercadoria é intimado a pagar um imposto sobre esta, não com a intenção de cobrar dele uma contribuição especial, mas com a intenção de taxar, por seu intermédio, os consumidores da mercadoria, dos quais, como se supõe, ele recuperará o montante, aumentando o preço da mesma.¹⁰

Com base nessa ideia, diz-se, até hoje, como se se tratasse de algo demasiadamente simples, que tributos indiretos são aqueles nos quais o contribuinte legalmente definido como tal, dito contribuinte “de direito”, transfere ou repassa o ônus representado pelo tributo a um terceiro, que o suporta economicamente, sendo por isso chamado contribuinte “de fato”. Já os tributos diretos seriam aqueles nos quais essa transferência ou esse repasse não aconteceria, reunindo-se por isso, na mesma pessoa, as figuras do contribuinte “de fato” e do contribuinte “de direito”. Ainda de forma igualmente simplista, se diz que os tributos incidentes sobre o patrimônio e a renda são diretos, enquanto os tributos incidentes sobre o consumo são indiretos.

⁹ Há registro de seu uso na Idade Média, e mesmo antes disso, visto que a distinção brotou de outra, ainda mais antiga, que separa os impostos em *reais* e *peçoais*. Confira-se, a propósito, NEVIANI, Tarcísio. *A Restituição de Tributos Indevidos*, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 61.

¹⁰ MILL, John Stuart. *Princípios de Economia Política*. Com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2, p. 395.

O problema é que o critério econômico, usado por Mill (e por tantos outros), não permite a colocação dos tributos em uma ou em outra classe, pois todos eles podem, conforme as circunstâncias, ter o seu ônus transferido a um terceiro, na fixação dos preços correspondentes. Como todo custo, são considerados e influenciam a formação do preço, sejam diretos ou indiretos. O próprio Stuart Mill, a propósito, pouco depois de cuidar da classificação, reconhece que o imposto de renda, embora em geral considerado direto, pode, quando tem por contribuinte um produtor ou comerciante, implicar um aumento de preços e, nessa condição, a respectiva transferência de seu ônus a terceiros.¹¹

A classificação, não obstante, continua largamente empregada até os dias de hoje. E, se se pretende empregá-la, que se faça construindo-a de forma menos imperfeita, a saber, partindo não de critérios puramente econômicos, ou atrelados apenas a uma suposta (e efetiva) transferência do ônus econômico. Na verdade, devem-se considerar indiretos aqueles tributos que oneram fatos que, de rigor, revelam capacidade para contribuir por parte de pessoas diversas daquelas legalmente definidas como sujeito passivo, embora estas últimas participem igualmente de tais fatos. É o caso dos impostos que geralmente incidem sobre o consumo, os quais são graduados de modo a alcançar a capacidade contributiva dos consumidores, e não dos produtores ou revendedores. Daí por que as alíquotas desses impostos geralmente são graduadas conforme a essencialidade dos produtos que oneram, o que é feito tendo em vista a capacidade contributiva de quem os consome, e não de quem os produz ou vende.¹²

A realidade econômica sobre a qual o tributo incide, em suma, parece ser critério menos falho para se acolher a classificação.¹³ É o que orienta a seguinte lição de Lapatza:

Normalmente, o legislador tentará estabelecer impostos sobre quem possa pagá-los, sobre quem tenha capacidade econômica para suportá-los.

¹¹ MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política**. Com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2, p. 396. Daí a rejeição de Tarcísio Neviani ao uso do “critério econômico” para classificar os tributos em diretos e indiretos, eis que, economicamente, todos podem ser repassados a terceiros, ou não, conforme as circunstâncias. NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 80.

¹² Produtos da cesta básica, que figuram entre os principais itens consumidos por pessoas de baixa capacidade para contribuir, são geralmente submetidos a ônus tributário menor que produtos luxuosos ou suntuosos, em regras consumidos por pessoas mais ricas. E isso independentemente de os produtos da cesta básica serem fabricados por uma grande companhia, dotada de enorme capacidade para contribuir, e de o produto luxuoso ser fabricado por uma modesta sociedade comercial, o que revela que a capacidade para contribuir almejada com o tributo é a do consumidor, e não a do contribuinte legalmente definido como tal.

¹³ NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 97.

A capacidade econômica de um indivíduo depende de sua riqueza, e esta se evidencia direta ou indiretamente pela posse de um patrimônio ou pela obtenção de uma renda.

Os impostos que incidem sobre a renda e o patrimônio são, neste sentido, impostos diretos, já que gravam a riqueza em si mesma, direta e imediatamente considerada.

Mas a riqueza de um indivíduo pode se manifestar indiretamente através de sua utilização; e sobre esta utilização pode incidir um imposto.

Os impostos indiretos têm por objeto exatamente as manifestações indiretas de capacidade econômica, como a circulação ou o consumo da riqueza.¹⁴

Não é o caso, porém, de criticar a classificação aqui. Isso poderá ser feito a seguir. Por enquanto, o importante é identificar quais tributos são considerados “indiretos”, tarefa cuja dificuldade testemunha a fragilidade da própria classificação. Aliás, a esse respeito é curioso perceber que o legislador jamais se arriscou a indicar ou arrolar quais tributos seriam “indiretos”¹⁵. Mesmo o art. 166 do CTN, que no entendimento da jurisprudência se aplica a tais tributos, não diz quais são eles, restringindo-se a uma vaga menção “aos tributos que compoem, por sua natureza, transferência do encargo financeiro”. Por que o legislador não indicou quais são eles?

Sem entrar agora nessa discussão, o que importa é que, para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, são considerados “indiretos” o ICMS, o IPI¹⁶ e o ISS¹⁷, este último quando exigido por valores não fixos, a

¹⁴ LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário** – teoria geral do tributo. São Paulo: Marcial Pons/Manole, 2007, p. 165.

¹⁵ Cf. NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 35, p. 57.

¹⁶ “O art. 166, do CTN, só tem aplicação aos tributos indiretos, isto é, que se incorporam explicitamente aos preços, como é o caso do ICMS, do IPI etc.” (STJ, 1.^a T., AGA 452.588/SP, DJ de 5/4/2004, p. 205)

¹⁷ “1. O ISS é espécie tributária que pode funcionar como tributo direto ou indireto, a depender da avaliação do caso concreto. 2. Via de regra, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, nos termos do art. 7.^o da Lei Complementar n.^o 116/2003, hipótese em que a exação assume a característica de tributo indireto, permitindo o repasse do encargo financeiro ao tomador do serviço. 3. Necessidade, na hipótese dos autos, de prova da não-repercussão do encargo financeiro do tributo, nos termos do art. 166 do CTN. [...]” (STJ, 1.^a T., AgRg no Ag 692.583/RJ, j. em 11/10/2005, DJ de 14/11/2005, p. 205, rep. DJ de 28/11/2005, p. 208). Exame do inteiro teor do acórdão revela que as situações nas quais o ISS seria “indireto” seriam aquelas nas quais sua base de cálculo é o preço do serviço, aplicando-se o art. 166 do CTN. Entretanto, nas hipóteses em que o ISS é cobrado em valores fixos, como ocorre com as sociedades de profissionais liberais (Decreto-lei n.^o 406, art. 9.^o, §§ 1.^o e 3.^o), sua natureza é “direta” e o art. 166 não se aplica, pois “inexiste vinculação entre os serviços prestados e a base de cálculo do imposto municipal, sendo impróprio cogitar-se de transferência do ônus tributário e, conseqüentemente, da aplicação do art. 166 do CTN” (STJ, 2.^a T., REsp 724.684/RJ, j. em 3/5/2005, v. u., DJ de 1.^o/7/2005, p. 493).

saber, proporcionais ao preço do serviço correspondente. Não há uma fundamentação muito clara que explique por que tais tributos, e não outros, como a CIDE-Combustíveis, a COFINS, o PIS, o IRPJ calculado sobre o lucro presumido, aqueles calculados e pagos no âmbito do Simples Nacional etc., mas o relevante, no momento, é aferir qual o tratamento conferido a esses tributos que, de forma um tanto simplista, são considerados “indiretos”.

3. ÓBICES CRIADOS PELA FAZENDA À RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS

É conhecido o obstáculo criado pela Fazenda Pública para a restituição de tributos indiretos. Alega-se que o contribuinte, ao vender mercadorias em cujo preço o ônus do tributo fora embutido, já fora devidamente ressarcido ou reembolsado. Caso seja o pagamento do tributo considerado inválido, restitui-lo ao contribuinte implicaria enriquecimento sem causa deste, que receberia o reembolso duas vezes: uma do consumidor final, que o pagou embutido no preço, e outra da Fazenda, ao devolvê-lo por ser indevido. O tributo não teria sido pago, “na verdade”, pelo contribuinte que pleiteia a restituição, pelo que não poderia ser a ele devolvido, ainda que reconhecidamente indevido.

Trata-se do que, nos países de língua inglesa, ficou conhecido como *passing-on defense*¹⁸, que seria, em uma tradução livre, uma “defesa do repasse”, já tendo sido utilizada inclusive em esferas não-tributárias, como no âmbito da legislação concorrencial.¹⁹ No presente estudo, porém, será examinada apenas a sua utilização em matéria tributária, e a receptividade que as Cortes têm, ou não, a ela.

Naturalmente, permitir que o Estado permaneça com a quantia paga a título de tributo indevido implica, por igual, enriquecimento sem causa deste. Entretanto – prossegue o argumento fazendário – entre o locupletamento do particular, e o do Estado, seria preferível este último, pois se trata do representante dos interesses de toda a coletividade.

Essa tese, como explicado, não foi empregada ou utilizada apenas pelas Fazenda Pública brasileira. Ela é, ou foi, empregada na Comunidade Europeia, no Reino Unido, no Canadá, na Austrália, nos Estados Unidos, e em alguns outros países. É interessante, portanto, examinar como os Tribunais de cada um desses lugares avaliaram o uso da *passing-on defense*, para que se faça possível uma análise comparada dos argumentos utilizados e das preocupações manifestadas.

¹⁸ Ou “defence”, com “c”, se se adotar como paradigma o inglês britânico

¹⁹ Cf. *v.g.*, PARLAK, Süleyman. *Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?* In: **World Competition** 33, no. 1 (2010): 31–53. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, p. 31 e ss.

4. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1. A jurisprudência do STF da primeira metade do Século XX

A *passing-on defense* tem sido utilizada pela Fazenda Pública, no Brasil, há muito tempo. Há registros de sua invocação – no relatório e em votos vencidos de acórdãos proferidos pelo STF – já nos primeiros anos do Século XX. Mas, curiosamente, o Supremo Tribunal Federal a repelia de forma enfática. Ela encontrava acolhida em acórdãos de Tribunais de Apelação, e, eventualmente, em um ou outro voto, no STF, mas era sempre rechaçada pela maioria da Corte.

A maioria dos Ministros tinha, à época, consciência bastante clara a respeito da separação entre a relação privada estabelecida entre comerciante e consumidor, de um lado, e a relação de Direito Público havida entre o comerciante e o Fisco, de outro; e especialmente reconheciam que a invalidade desta última não teria absolutamente nada a ver com a primeira. O seguinte trecho do voto do Ministro Laudo Camargo, proferido no julgamento do RE 3.051, em 1938, é bastante ilustrativo disso. Refutando a tese da Fazenda de que o tributo indevido, por ter sido “embutido nos preços”, não poderia ser restituído ao contribuinte, o Ministro consignou que o *accipiens* nada tem a ver com os negócios do *solvens*. Este, “vendendo mercadorias de sua propriedade, por este ou aquele preço, com grande ou pequeno lucro, exerce um direito que nada tem a ver com a obrigação daquele em não fazer próprio o que alheio é.”²⁰

4.2. A jurisprudência do STF da segunda metade do Século XX

A insistência da Fazenda em utilizar a tese, porém, fez com que ela terminasse acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Como que a confirmar o ditado popular sobre os efeitos da água mole em pedra dura. Talvez pelo uso equivocado de categorias civilistas, somadas a um conhecimento superficial de economia e ciência das finanças, os Ministros passaram a aceitar que a restituição visaria a recompor um “dano” causado pelo tributo indevido, dano este que já teria sido “recomposto” no caso de o tributo haver sido pelo contribuinte “repassado” a um terceiro.²¹ Se o contribuinte já “recuperou” o desembolso ocasionado pelo pagamento do tributo, quando do recebimento do preço, restituir-lhe o tributo, ainda que em virtude de ter sido indevido o

²⁰ Cf. NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 24.

²¹ Cf. MACHADO, Brandão. Repetição do indébito no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito Tributário**. Estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 69.

pagamento, propiciar-lhe-ia um duplo ressarcimento e, nessa condição, um enriquecimento sem causa.

É curioso observar que a repercussão de um custo nos preços pode ocorrer, ou não. E pode ocorrer *parcialmente*, hipótese em que também apenas parcialmente – ainda que procedente a tese da *passing-on defense* – a restituição poderia ser recusada. Por outro lado, é inegável que a repercussão do ônus consiste em fato extintivo ou impeditivo do direito do autor de uma ação de restituição do indébito, sendo usualmente arguída pela Fazenda, na condição de ré. Assim, em princípio, o ônus de provar a ocorrência da repercussão, se pertinente a sua invocação, seria da Fazenda, e não do autor da ação, a teor do que didaticamente dispõe o art. 333, I, do CPC. Mas nada disso foi considerado pelos Ministros do STF, que não só passaram a sempre presumir a ocorrência da repercussão, relativamente a certos impostos, como a presumi-la sempre integral, imputando ao contribuinte o ônus da impossível prova em sentido contrário.²²

É certo que, em sendo o tributo indevido, mantê-lo com o Fisco igualmente implicaria locupletamento sem causa. Não há como negar isso. Entretanto, como já explicado, o argumento Fazendário, que terminou por prevalecer no âmbito do STF, contorna essa dificuldade com o apelo à ideia de “interesse público”, aduzindo que, entre o locupletamento do contribuinte, de um lado, e o da Fazenda Pública, de outro, seria preferível este último, que seria verificado em benefício de toda a sociedade. Há registro dessa “justificativa” para o enriquecimento sem causa estatal, por exemplo, em voto proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal, quando do julgamento do RE 46.450, em 1961. Posteriormente, ela passaria a contar com o aval de conceituados estudiosos.²³

Assim, embora inicialmente rejeitada, a tese do *passing-on defense* firmou-se na jurisprudência de maneira intensa, culminando com a edição da Súmula 71 do STF, que dispõe: “embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.”

Algum tempo depois, o Supremo Tribunal Federal observou que, em certas hipóteses, mesmo aqueles tributos por ele considerados “indiretos”

²² NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 150.

²³ “Estamos em que, se não há fundamento jurídico que ampare o Estado, no caso de haver recebido valores indevidos de contribuintes que transferiram o impacto financeiro a terceiros, também não há justo título para que estes, os sujeitos passivos que não provaram haver suportado o encargo, possam prediar a devolução. E na ausência de títulos de ambos os lados, deve prevalecer o magno princípio da supremacia do interesse público ao do particular, incorporando-se as quantias ao patrimônio do Estado.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 419). Nesse sentido, confira-se: TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 293.

não haviam sido – e nem teriam como sê-lo – repassados a terceiros.²⁴ Era o que ocorria, por exemplo, em situações em que o preço do produto era controlado pelo Poder Público, sujeito a tabelamento, quando a instituição do tributo posteriormente considerado indevido *não era* acompanhada de alteração no preço correspondente. Tais situações levaram a Corte a estabelecer exceções à aplicação da Súmula 71, a qual, não obstante, não foi cancelada. Seu conteúdo apenas foi “esclarecido” pela Súmula 547, segundo a qual “cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte ‘de jure’ não recuperou do contribuinte ‘de facto’ o ‘quantum’ respectivo.”

Veja-se que o entendimento cristalizado na Súmula 547 do STF corresponde, em linhas gerais, ao que se acha positivado no art. 166 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN), segundo o qual a “restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.” Vale ressaltar, a propósito, que o art. 166 do CTN é *posterior* ao entendimento cristalizado nas aludidas súmulas, podendo-se dizer que é uma consequência delas. Isso porque, embora elas tenham sido publicadas posteriormente ao CTN, os julgados que deram origem à sua edição começaram a surgir pelo menos vinte anos antes.

Seja como for, esse entendimento, acolhido pelo STF na primeira metade do Século XX, foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ter competência para apreciar, em última instância, questões relacionadas à interpretação da legislação infraconstitucional (CF/88, art. 105, III).

4.3. A jurisprudência do STJ quanto ao contribuinte “de direito”

A principal questão enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, na interpretação e na aplicação do art. 166 do CTN, consistiu em saber quais são os tributos que, por sua natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro. Isso porque a Fazenda se utilizava da *passing-on defense* positivada no tal artigo em demandas de restituição do indébito relacionada a praticamente todo tipo de tributo, a saber, imposto de renda, contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamentos etc. Como o artigo não diz, sin-

²⁴ Hugo de Brito Machado, a esse respeito, em livro publicado ainda em 1971, enumera outras situações nas quais “é evidente a inexistência de repercussão do imposto indevidamente pago. Assim é, por exemplo, quando o erro é cometido no preenchimento da guia de recolhimento; ou na soma do imposto lançado, ou ainda em se tratando de desfazimento da operação que provocou o fato gerador.” MACHADO, Hugo de Brito. *O ICM*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971, p. 153.

tomaticamente, quais são os tributos aos quais se aplica,²⁵ e como todo tributo, em tese, pode ter o seu ônus repassado a terceiros, o problema foi suscitado como preliminar na contestação de praticamente todo tipo de ação de restituição do indébito.

Apreciando tais demandas, o STJ fixou entendimento no sentido de que o art. 166 do CTN seria aplicável à restituição do ICMS²⁶, do IPI e do ISS não-fixo, três impostos considerados “indiretos” porquanto incidentes sobre o consumo. Embora nem sempre haja uma fundamentação clara, nos julgados, sobre os motivos pelos quais esses impostos, e não outros, são considerados “indiretos”, Hugo de Brito Machado²⁷ esclarece, nesse ponto, que o STJ parece ter se filiado à doutrina de Marco Aurélio Greco, para quem o art. 166 “contempla hipóteses de tributos cujo fato gerador, pelas suas peculiaridades, vincula duas pessoas que nele encontram elemento de aproximação.”²⁸ Por outras palavras, seriam indiretos aqueles tributos que têm por fato gerador uma “relação”, vale dizer, uma operação ou um negócio, e cuja base de cálculo, por isso mesmo, é o valor dessa operação ou negócio. Assim, como tais relações, operações ou negócios têm dois polos ou partes, um deles, sendo escolhido pelo legislador como sujeito passivo, tem condições de transferir, na fixação do preço do negócio, o ônus do tributo ao outro. Isso pode explicar, por exemplo, o motivo pelo qual o ISS é considerado *indireto* quando incidente sobre o valor do serviço, mas é reputado *direto* quando calculado de acordo com o número de profissionais habilitados, em uma sociedade de profissionais liberais.²⁹

Pelos mesmos fundamentos, o imposto de renda³⁰ e as contribuições previdenciárias patronais³¹ foram considerados tributos “diretos”, não submetidos à sistemática do art. 166 do CTN.

²⁵ NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 57.

²⁶ Cf., v.g., EREsp 699.292/SP, no qual se reconhece a natureza “indireta” do ICMS.

²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Repetição do indébito tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Repetição do Indébito**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 236.

²⁸ GRECO, Marco Aurélio. **Repetição do Indébito**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Repetição do Indébito**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 282.

²⁹ “1. O ISS é espécie tributária que pode funcionar como tributo direto ou indireto, a depender da avaliação do caso concreto. 2. Via de regra, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, nos termos do art. 7.º da Lei Complementar 116/2003, hipótese em que a exação assume a característica de tributo indireto, permitindo o repasse do encargo financeiro ao tomador do serviço. 3. Necessidade, na hipótese dos autos, de prova da não-repercussão do encargo financeiro do tributo, nos termos do art. 166 do CTN. [...]” (STJ, 1 T., AgRg no Ag 692.583/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 11/10/2005, DJ de 14/11/2005, p. 205, rep. DJ de 28/11/2005, p. 208). Exame do inteiro teor do acórdão revela que as situações nas quais o ISS seria “indireto” seriam aquelas nas quais sua base de cálculo é o preço do serviço, aplicando-se o art. 166 do CTN. Entretanto, nas hipóteses em que o ISS é cobrado em valores fixos, como ocorre com as sociedades de profissionais liberais, sua natureza é “direta” e o art. 166 não se aplica, como se decidiu no julgamento do REsp 724.684/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. em 3/5/2005, v. u., DJ de 1/7/2005, p. 493.

³⁰ “É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o adicional de imposto de renda, por tratar-se de tributo direto, não comporta repercussão, sendo dispensá-

Quanto às contribuições previdenciárias, há dois aspectos que merecem registro.

O primeiro diz respeito à introdução, na legislação ordinária, de norma contendo de forma expressa a *passing-on defense*, com a nítida finalidade de “proteger” os cofres públicos dos efeitos da decisão do STF que considerou inconstitucional a exigência de contribuições previdenciárias sobre pagamentos feitos a autônomos e administradores, que não se subsumiriam ao conceito de “folha de salários” originalmente contido no art. 195 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). De fato, com o nítido propósito de não restituir o tributo cuja inconstitucionalidade fora reconhecida, o Poder Público editou a Lei 9.032/95, que inseriu no art. 89 da Lei 8.212/91 um parágrafo com a seguinte redação:

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade.

Conforme será visto mais adiante, algo semelhante ocorreu no âmbito da Comunidade Europeia (CE), na Áustria.

Outro aspecto curioso, ainda no que tange ao uso da *passing-on defense* em relação às contribuições previdenciárias, é que o STJ “deixou de aplicar” o aludido dispositivo de lei, por considerar que tais tributos não são “indiretos” e não se sujeitam ao disposto no art. 166 do CTN, mas não houve a declaração formal da inconstitucionalidade do art. 89, § 1.º, da Lei 8.212/91, em clara ofensa ao art. 97 da CF/88. Trata-se de prática não rara no âmbito dos Tribunais brasileiros, tanto que levou o STF a editar, posteriormente, a Súmula Vinculante 10, segundo a qual “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”.

De uma forma ou de outra, o que importa é que o critério usado pelo STJ para apartar tributos diretos e tributos indiretos não é tão claro e nítido quanto parece. De fato, por que não submeter a ele, também, o Imposto de Transmissão Onerosa e Inter Vivos de Bens Imóveis (ITBI)? E a CIDE-combustíveis? A COFINS e o PIS? O Imposto de Renda incidente sobre o faturamento, quando cobrado sobre o lucro presumido? Por outro lado,

vel a prova do não-repasse ao contribuinte de fato.” Assim, para “a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de adicional de imposto de renda, é inaplicável o teor do art. 166 do CTN, que se dirige aos tributos indiretos” (STJ, 2.ª T., REsp 198.508/SP, j. em 8/3/2005, DJ de 16/5/2005, p. 276)

³¹ “A 1.ª Seção do STJ, por ocasião do julgamento do EREsp 189.052/SP, em 12/3/2003, afastou a necessidade de comprovação da não transferência do encargo de que trata o art. 166 do CTN, relativamente às contribuições previdenciárias, por entender se tratar de tributo direto, que não comporta o repasse de seu ônus financeiro’ (REsp 529.733/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 3/5/2004)”

mesmo os tais impostos indiretos nem sempre têm seu ônus repassados aos preços, e, mais importante, eles, mesmo indiretos, são juridicamente pagos pelos contribuintes e apenas economicamente suportados pelos consumidores, ditos contribuintes “de fato”. Tais críticas serão retomadas a seguir, principalmente depois de se examinar o trato que à mesma questão deu a Corte Europeia de Justiça (CJE).

Enfim, conquanto tenha, bem ou mal, “definido” a quais tributos o art. 166 do CTN se aplica, o STJ não tem aprofundado a discussão relativa à repercussão do tributo em si mesma, e, tal como fazia o STF, sempre presume a repercussão integral do ônus do tributo. Assim, exige do contribuinte dito “de direito”, como condição para lhe reconhecer legitimidade ativa *ad causam*, a prova de que não houve o repasse do ônus, ou de que o contribuinte “de fato” o autorizou a pleitear a restituição. Como essa prova é praticamente impossível, assim como a identificação e a localização dos contribuintes “de fato” para que se consiga a tal “autorização”, a restituição do tributo, mesmo indevido, dificilmente acontece.

Poder-se-ia dizer, em defesa da posição adotada pelo STJ, que ele se teria limitado a aplicar o art. 166 do CTN. Se tal dispositivo exige condição impossível para que se restitua um tributo pago indevidamente, ele seria inconstitucional, o que suscitaria outra questão, a ser deslindada, em última análise, pelo STF, e não pelo STJ. Ocorre que é possível entender o art. 166 do CTN como aplicável apenas àqueles tributos em relação aos quais a lei define mais de um sujeito passivo, ou aloja mais de uma pessoa no polo passivo da relação tributária. É o caso de tributos, ou, melhor dizendo, obrigações tributárias (que podem dizer respeito a qualquer espécie ou subespécie de tributo) que têm em seu polo passivo mais de um contribuinte (*v.g.*, imóvel com coproprietários, devedores solidários do IPTU por força do art. 124, I, do CTN), ou contribuinte(s) e responsável(is) tributário(s)³². Veja-se: a própria lei indica uma pluralidade de devedores ou sujeitos passivos. Em tais hipóteses, ambos podem discutir os termos da relação jurídica, da qual participam, mas, se o tributo for pago, é razoável que se restitua àquele que efetivamente (e – veja-se a diferença! – em qualquer caso, juridicamente) o houver pago.

O STJ *também* tem aplicado o art. 166 do CTN a essas hipóteses³³, pelo que poderia tê-lo considerado abrangente apenas delas, em uma interpreta-

³² Confira-se, a propósito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Substituição Tributária e realidades afins - legitimidade ativa "ad causam". *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 1, n.68, p. 61-76, 2001.

³³ “TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO ADQUIRENTE DA MATÉRIA-PRIMA DE PRODUTOR RURAL. ART. 166 DO CTN. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a pessoa jurídica adquirente de produtos rurais é responsável tributário pelo recolhimento da contribuição para o FUNRURAL sobre a comercialização do produto agrícola, tendo legitimidade tão-somente para discutir a legalidade ou constitucionalidade da exigência, mas não para pleitear

ção *conforme* a Constituição que não estaria situada fora de suas atribuições (até porque, em último caso, trata-se de Corte que *também* é dotada da competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade, desde que respeitado o art. 97 da CF/88). Voltar-se-á a esse ponto na parte final deste artigo.

4.4. A jurisprudência do STJ quanto ao contribuinte “de fato” e suas oscilações

Ao lado da discussão relacionada à legitimidade do contribuinte “de direito” para pleitear a restituição do indébito tributário, e até como consequência das respostas da jurisprudência a ela, suscitou-se a questão de saber se o contribuinte “de fato” poderia pleitear essa restituição. Realmente, se o contribuinte “de fato” tem o poder de autorizar o “de direito” a pleitear a restituição, por que não poderia fazê-lo em nome próprio? Se a justificativa para se denegar a restituição ao contribuinte “de direito” é o suposto repasse do tributo ao contribuinte “de fato”, que teria “verdadeiramente” arcado com o ônus do tributo, nada mais lógico que reconhecer a este a legitimidade para essa recuperação.

Apreciando tais demandas, durante largo período o STJ reconhecia legitimidade ao contribuinte dito “de fato”, o qual, por presumir-se ter sofrido a repercussão, não precisaria, em tese, prová-la. Tais decisões diziam respeito, basicamente, a consumidores de energia elétrica e a compradores de produtos submetidos à incidência do IPI.

Mas esse entendimento foi modificado, passando a Corte a negar também ao contribuinte “de fato” a legitimidade para pleitear a restituição³⁴. Com isso, tornou-se ainda mais difícil alguém conseguir repetir o indébito tributário, relativamente aos tributos classificados como indiretos.

O mais curioso, a esse respeito, é que as decisões que alteraram a jurisprudência para negar legitimidade ao contribuinte “de fato” partiram de premissas contraditórias com a tese, pacífica no STJ, de que o art. 166 do CTN seria aplicável a tais tributos e de que, por isso, tampouco o contribuinte “de direito” poderia, em regra, obter essa restituição. De fato, as decisões fazem remissão a opinião de autores que sustentam que o art. 166 é inconstitucional, ou, na melhor das hipóteses, inaplicável aos tributos ditos “indiretos”, classificação que duramente criticam.

em nome próprio a restituição ou compensação do tributo, a não ser que atendidos os ditames do art. 166 do CTN” (REsp 961.178/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 25/05/09). 2. Agravo regimental não provido.” (STJ, 1.ª T, AgRg no AREsp 198.160/PI, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012)

³⁴ STJ, 2.ª T, REsp 1147362/MT, DJe de 19/08/2010.

Assim, em suma, o STJ passou a adotar uma forma de pensamento para negar legitimidade ao contribuinte “de direito”, calcada na natureza indireta do ICMS, do IPI e do ISS, e na relevância jurídica do “repasso” do ônus ao contribuinte “de fato”, e outra forma, radicalmente oposta, para negar legitimidade também ao contribuinte “de fato”, apoiada na irrelevância jurídica do aludido repasse e na fragilidade da classificação dos impostos em diretos e indiretos. E, o que é pior, nenhuma referência se fez ao fato de que o próprio STJ, por anos a fio, acolhia o entendimento contrário, nem mesmo para se explicar as razões pelas quais a jurisprudência se estaria modificando.

Nem é preciso dizer que essa forma de pensamento, além de contraditória, viola clara e diretamente a garantia fundamental à tutela jurisdicional (CF/88, art. 5.º, XXXV), pois deixa uma lesão ao direito do contribuinte, causada pela cobrança de um tributo indevido, inteiramente imune à apreciação judicial.

Em momento posterior, talvez sensível às críticas recebidas da comunidade acadêmica e advertido dos efeitos nefastos dos seus entendimentos em torno da tributação indireta vistos em conjunto, o STJ abriu exceção, apenas, para os consumidores de energia elétrica, em face da natureza peculiar da relação entre estes e as empresas concessionárias e da forma como é definido o valor das tarifas correspondentes. O entendimento, veja-se, não foi inteiramente modificado, mas apenas esclareceu-se não ser ele aplicável aos casos de energia elétrica, embora alguns julgados anteriores, que eram de consumidores de energia, sugerissem o contrário.³⁵

Essa oscilação na jurisprudência criou algumas situações paradoxais, as quais talvez só deixem mais evidente o equívoco na forma como têm sido tratados os impostos considerados indiretos no Brasil. De fato, durante o largo período em que o STJ reconhecia legitimidade aos consumidores de energia, muitos destes iniciaram demandas questionando o ICMS incidente na energia consumida. E pleiteavam não apenas a restituição do indébito, mas retificação dos valores cobrados, em relação ao período futuro. Muitos obtiveram liminares, confirmadas por sentenças e acórdãos de TJ, suspendendo a exigibilidade dos valores questionados, a serem extintos quando do respectivo trânsito em julgado (CTN, art. 156, X). Quando tais processos chegaram ao STJ, este alterou o entendimento até então pacífico em sua jurisprudência e passou a negar legitimidade aos contribuintes de fato. A consequência foi a extinção, sem julgamento de mérito, de muitos dos referidos processos, o que gerou uma situação paradoxal: de quem a Fazenda Estadual poderia cobrar os valores “atrasados”, não pagos em virtude da liminar?

Se pretendesse cobrar das concessionárias, estas diriam, com razão, que não haviam descontado os valores dos consumidores de energia, em

³⁵ STJ, 1.ª S, REsp 1.278.668/RS e REsp 1.299.303/SC.

cumprimento a uma decisão judicial, não podendo ser compelida a pagá-los agora. E, se cobrasse dos consumidores, estes seriam colocados na inusitada situação de contribuintes de uma exação que não puderam discutir judicialmente por não serem seus... contribuintes!

Com a retificação da jurisprudência, esse paradoxo pode ser resolvido, mas subsistem outros, seja pelo fato de se negar legitimidade aos demais contribuintes “de fato”, seja pelo fato de se negar essa legitimidade, como regra geral, aos contribuintes “de direito”. Voltar-se-á a tais temas ao final deste artigo. Por enquanto, releva notar, apenas, que, em síntese, no âmbito da jurisprudência atual do STJ, relativamente ao ICMS, ao IPI e ao ISS não-fixo:

a) o contribuinte dito “de direito” não pode pleitear a restituição do tributo pago indevidamente, a menos que comprove não ter repassado o ônus do tributo a terceiros, ou esteja autorizado por estes a recebê-la, presumindo-se ocorrer sempre e integralmente a repercussão;

b) o contribuinte “de fato” tampouco pode pleitear, em nome próprio, a restituição, por não participar de relação jurídica com o Fisco, ressalvando-se apenas o caso dos consumidores de energia elétrica. Coloca-se o consumidor, dito contribuinte de fato, na peculiaríssima condição de ter de autorizar o contribuinte de direito a pleitear algo que não pode fazer em nome próprio.³⁶

5. EXAME DA QUESTÃO NO ÂMBITO DA COMUNIDADE EUROPEIA

5.1. Preliminarmente

O argumento segundo o qual o tributo, conquanto indevido, teria sido pelo contribuinte “repassado” a terceiros não é privativo das autoridades fiscais brasileiras. Foi imaginado, e invocado, em alguns outros lugares.

Antes de se iniciar, porém, uma análise comparada, é preciso ter atenção para possíveis particularidades das ordens jurídicas a serem cotejadas, as

³⁶ Daí continuar inteiramente atual a observação arguta de Ives Gandra da Silva Martins, para quem a figura do contribuinte de fato, além de não encontrar amparo no art. 121 do CTN, “seria um ‘contribuinte castrado’, já que, teoricamente, seria o titular do direito, mas não o poderia exercer diretamente. Vale dizer, seria um contribuinte capaz de impedir a restituição do indébito, mas não um contribuinte capaz de repetir.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Repetição do Indébito*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Repetição do Indébito*. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 161. De fato, não há a menor lógica em um terceiro não poder ser cobrado pela Fazenda para pagar o tributo, não poder repetir esse tributo, quando pago indevidamente, mas poder “autorizar” o contribuinte a pleitear essa restituição. Cf. NEVIANI, Tarcísio. *A Restituição de Tributos Indevidos*, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 235.

quais devem ser lembradas quando se avaliarem as soluções que em um ou em outro lugar foram adotadas. No que mais de perto interessa aos propósitos deste artigo, a forma como os preços são formados e como os tributos sobre eles se acrescentam, assim como a posição de compradores e vendedores na relação jurídica tributária no âmbito da qual o pagamento indevido acontece podem ser diferentes de país para país. Isso tem reflexos óbvios no uso da *passing-on defense*, tornando-a menos ou mais inaceitável, a depender do caso.

Por isso, nas linhas seguintes, escolheu-se, para comparação, apenas a Comunidade Europeia, no âmbito da qual a questão fora suscitada relativamente a impostos equivalentes ao ICMS e ao IPI brasileiros³⁷. O trato do problema em outros países, como no Canadá, nos Estados Unidos, no Reino Unido, em Israel e na Austrália, será rapidamente mencionado ao final deste tópico, mas seu aprofundamento, que tornaria o presente artigo demasiadamente extenso, será deixado para outro momento.

5.2. Surgimento da questão no plano doméstico, no Direito Dinamarquês

O surgimento da tese da *passing-on defense* e a sua aceitação pela jurisprudência na Europa deu-se, em um primeiro momento, no âmbito do Direito Dinamarquês, ao final da primeira metade do Século XX, coincidentemente mais ou menos na mesma época em que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, passou a se impressionar mais fortemente com ela. Mas é preciso notar a particularidade da situação dinamarquesa, que levou *juízes locais* a aceitarem o argumento fazendário: com o final da Segunda Guerra Mundial, havia um *tabelamento de preços de cereais*, tendo o Poder Público instituído um tributo a incidir sobre operações com trigo. Os comerciantes de cereais se insurgiram contra a exação, e para satisfazê-los o Poder Público procedeu a uma majoração no preço máximo (tabelado) do aludido cereal. Foi nesse contexto que, tendo sido reconhecido, posteriormente, o caráter ilegal do tributo, os comerciantes pleitearam sua restituição, e o Fisco a indeferiu com o uso da *passing on defense*.³⁸

Veja-se que não era o mercado quem fixava o preço do produto vendido e tributado, mas sim o Poder Público, o qual procedera a um reajuste no preço fixado normativamente, com o específico propósito de permitir aos comerciantes a recuperação do ônus relativo ao tributo. Não fosse o imposto

³⁷ Equivalentes, pelo menos, no que tange à sua influência sobre os preços e ao “repasse” ou à “traslação” do ônus a eles correspondente aos consumidores finais dos produtos ou serviços por eles onerados

³⁸ Confira-se, a propósito: HUBEAU, F. “La répétition de l’indu en droit communautaire”. **Revue Trimestrielle de Droit Européen**. Anne 17, n° 3. 1981, p. 450; PIGNATELLI, José Miguel Martínez-Carrasco. “La devolución de lo indebido tributario en el derecho de la Comunidad Europea”. Disponível em: <<http://ddd.uab.es/record/38056?ln=ca>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

de cuja restituição se cogitava, o preço tabelado não teria sido majorado. O controle governamental da economia, por sua vez, permitira o repasse integral do ônus correspondente.

Foi esse o contexto em que a *passing on defense* foi acolhida por juízes daquele país, o mesmo do qual se originou, alguns anos depois, o primeiro caso referente a esse assunto levado à apreciação da Corte de Justiça Europeia (CJE). É importante saber disso, pois o que muitas vezes ocorre, sobretudo quando da análise de precedentes judiciais, é não se dar atenção ao contexto em que foram proferidos, o que não raro leva a uma indevida deturpação do *alcance* das teses neles consagradas.

5.3. A autonomia processual dos Estados-membros e o caso Hans Just

O primeiro caso levado ao exame da CJE relativamente à *passing on defense* é também oriundo da Dinamarca, mas já dizia respeito a situação um tanto diferente daquela, de cunho exclusivamente local, em que a tese fora originalmente acolhida por tribunais daquele país, comentada no item anterior. Era já um “alargamento” de uma ideia surgida originalmente em um contexto diverso (e que a tornava menos reprovável). Trata-se do caso conhecido como *Hans Just v. Danish Ministry for Fiscal Affaris* (C-68/79), no qual um produtor e importador de bebidas questionou judicialmente a cobrança de um *exercise tax*³⁹ que onerava mais pesadamente produtos importados de outros países membros da Comunidade Europeia, discriminando-os em face dos produtos dinamarqueses, o que é contrário às normas comunitárias da CE. Conquanto o imposto tenha sido, de fato, considerado indevido, o Fisco dinamarquês negou-se a restituí-lo ao contribuinte, sob o argumento de que o ônus correspondente havia sido repassado aos consumidores das bebidas em questão, o que foi admitido pelo Judiciário local, já habituado à tese.

Como se tratava de questão que repercutia sobre a aplicação do Direito Comunitário, o assunto fora levado à CJE, que entendeu legítima a oposição do Fisco dinamarquês.

Mas note-se: a CJE não ingressou no mérito relativamente à procedência ou à correção do uso da *passing on defense*, no caso. O que houve, em verdade, foi a aplicação do *princípio da autonomia*, por se haver entendido que, conquanto o direito substancial, no caso, seja disciplinado comunitariamente, os aspectos formais e processuais devem ser tratados pelo direito doméstico (*autonomia processual*). Por outras palavras, o Direito Comunitário determina como o tributo pode ou não pode ser instituído e exigido, mas o processo por meio do qual se procederá à restituição daquele que houver sido pago inde-

³⁹ Trata-se de imposto semelhante, em linhas gerais, ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) brasileiro.

vidamente, a legitimidade ativa para provocá-lo, os prazos de decadência ou prescrição aplicáveis, os índices de juros etc., são matéria a ser tratada pelo Direito de cada país da CE, não podendo a CJE se imiscuir em tais questões. Foi por isso, e só por isso, que nesse primeiro exame, talvez ainda irrefletido quanto às consequências da aceitação da *passing on defense*⁴⁰, a CJE a tolerou.⁴¹

Em seguida, “abertas as portas”⁴² para o uso da referida tese por parte das Fazendas Públicas dos Países da Comunidade Europeia, intensificou-se na Europa o uso do óbice que até então era invocado precipuamente pela Dinamarca. Foi o que se deu, por exemplo, na Itália, na França e na Áustria.

5.4. O início das restrições com o caso San Giorgio

A questão, porém, é que a autonomia do direito processual é apenas relativa, e a separação entre o direito material e o processual não é tão nítida quanto parece.⁴³ A situação em exame é demonstração notável disso, até porque a discussão referente à legitimidade diz respeito à própria titularidade do direito subjetivo (substancial!) à restituição. Por outro lado, ainda que assim não fosse, a relatividade da autonomia processual⁴⁴ decorre da circunstância de que o processo, conquanto instrumento para a realização do direito material, dependendo de como seja normatizado pode conduzir à criação de armadilhas ou biombos destinados ao inverso disso, a saber, a consolidar e dar aparência de legitimidade a ilegalidades flagrantes. Foi o que a CJE percebeu pouco tempo depois, quando julgou caso conhecido como *San Giorgio*.⁴⁵

⁴⁰ Cf. CAPRILLES, Theo. **On why EU stand on the passing on defence equates to enriching the unjust**. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2006260&fileId=2006296>>. Acesso em: 13 jul. 2012, p. 10-11;

⁴¹ Em sentido semelhante, confira-se o C-61/79, julgado um pouco depois do caso *Hans Just*, no qual a CJE igualmente aceitou o uso da *passing-on defense* e reconheceu que o pagamento da restituição não configuraria subsídio ou ajuda estatal ao contribuinte, vedada no âmbito comunitário (*state aid*).

⁴² A expressão, e o seu uso para designar o caso *Hans Just*, é de CAPRILLES, Theo. **On why EU stand on the passing on defence equates to enriching the unjust**. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2006260&fileId=2006296>>. Acesso em: 13 jul. 2012, p. 10.

⁴³ Aliás, praticamente não há separações nítidas na realidade, senão entre os números naturais e algumas outras figuras existentes apenas no plano abstrato, acessível pela mente humana, como as formas geométricas. Veja-se, a esse respeito: DEEMTER, Kees Van. **Not exactly: In praise of vagueness**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 9.

⁴⁴ Veja-se EIJSDEN, Arjo van; DAM, Janco van. **The impact of European Law on Domestic Procedural Tax Law: wrongfully Underestimated?** EC TAX REVIEW 2010-5, 2010, Kluwer Law International BV, The Netherlands, p. 199-209.

⁴⁵ Case 199/82. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v SpA San Giorgio* [1983] E.C.R. 3595, [1985] 2 C.M.L.R. 658. Como observa Takis Tridimas (TRIDIMAS, Takis. **The general principles of EU Law**. 2nd ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 438-439), a Corte Europeia de Justiça adotou uma postura *não intervencionista* no caso *Hans Just*, vendo-se, posteriormente, forçada a apontar diretrizes mais explícitas – e indubitavelmente *limitadoras* do uso da *passing on*

Em contexto fático semelhante ao do caso *Hans Just, San Giorgio* era um contribuinte que havia recolhido tributo (uma “taxa sanitária”) em desconformidade com o Direito Comunitário, mas que teve sua restituição denegada pelas autoridades italianas sob o argumento de que o ônus correspondente havia sido transferido a terceiros, embutido nos preços praticados. Ao apreciar a questão, porém, a CJE fez uma série de ressalvas ou objeções ao uso da *passing on defense* por parte do Fisco, as quais praticamente correspondem à sua rejeição, ou à sua aceitação apenas diante de casos excepcionalíssimos e devidamente justificados (dos quais seria exemplo, talvez, aquele primeiro, referente aos produtores de trigo na Dinamarca, mencionado no item 5.2., *supra*).

A CJE entendeu, primeiro, que não se pode *presumir* o repasse integral do tributo indevido pelo contribuinte a terceiros, por meio do mecanismo de fixação de preços. O repasse pode ser parcial, hipótese em que a restituição poderia ocorrer, ainda também apenas em parte. Mas, além disso, o mais importante é que tal repasse precisa ser provado.

Embora seja muito difícil provar a ocorrência de um repasse, quando verificado, é ainda mais difícil, ou mesmo impossível, provar a *inocorrência* dele.⁴⁶ Aliás, a transferência do ônus referente ao tributo indevido a um terceiro é típico fato extintivo ou impeditivo do direito do autor do pleito de restituição, a ser, no plano da teoria geral da prova, alegado (e provado) pelo réu da demanda.⁴⁷ Por tudo isso, ainda que admissível a *passing on defense*, o ônus de provar a ocorrência da repercussão deve ser imputado ao Fisco, não se podendo exigir do contribuinte, como condição para que se pleiteie a devolução do tributo indevido, que comprove não o ter repassado.

A Corte deixou claro, ainda, que, *mesmo no caso de repasse comprovado pelo Fisco*, isso, por si só, não é motivo para que se denegue a restituição ao contribuinte. Isso porque pode subsistir um “prejuízo” a ser reparado por

defense – em casos posteriores. Depois de repetir o precedente em que aceitara a *passing on defense*, “It stated, however that any requirement of proof which made virtually impossible or excessively difficult to obtain repayment was incompatible with Community law.” (p. 439) Antes mesmo do célebre *San Giorgio*, a CJE já vinha sinalizando no sentido de que a autonomia doméstica, referente a aspectos processuais, juro, procedimentos etc., autorizaria a invocação da *passing-on defense*, mas não poderia ser feita de maneira discriminatória em relação aos produtos nacionais e aos estrangeiros, e não poderia dificultar a aplicação do direito comunitário. Foi o que se consignou, por exemplo, no C-130/79 e no C-826/79.

⁴⁶ Daí por que a CJE consignou, no já mencionado *San Giorgio*, que “In a market economy based on freedom of competition, the question whether, and if so to what extent, a fiscal charge imposed on an importer has actually been passed on in subsequent transactions involves a degree of uncertainty for which the person obliged to pay a charge contrary to Community law cannot be systematically held responsible.” (§ 15)

⁴⁷ É o que se acha explicitado, no Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, no art. 333, II. Esse aspecto, aliás, já havia sido percebido, com muita agudeza, por Tarcísio Neviani. Confira-se, a propósito: NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 150.

meio da restituição, pois mesmo que o tributo tenha sido integralmente repassado aos preços, é inegável que um aumento destes leva a uma diminuição das vendas.⁴⁸ Sem o tributo, o comerciante poderia ter vendido o produto ou o serviço pelo mesmo preço, se o mercado permitisse, lucrando mais, ou poderia ter reduzido seus preços, vendendo em maior quantidade e da mesma forma ganhando mais. Em qualquer cenário, portanto, em regra, a restituição é medida que se impõe para reparar o dano causado pelo tributo indevido.

Por outro lado, e esse é o aspecto mais importante, a ECJ consignou que, conquanto dotados de autonomia para legislar em matéria processual, no plano do direito doméstico, *os países membros não podem fazê-lo de modo a tornar muito difícil, ou mesmo impossível, a restituição do tributo cobrado em contrariedade ao Direito Comunitário.*

Depois disso, julgando os casos C-331/85; C-376/85; C-378/85, relativos ao uso da *passing-on defense* por parte do Fisco francês, a Corte chegou mesmo a reconhecer que

o Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia deve interpretar-se no sentido de que um Estado-membro não pode adoptar disposições que condicionem o reembolso de imposições nacionais, cuja cobrança violou o direito comunitário, à prova de que não foram repercutidas sobre os compradores dos produtos por elas onerados, impondo o ónus desta prova negativa apenas às pessoas singulares ou colectivas que requererem o reembolso.

E, de certo modo *retificando* as premissas que a levaram a admitir a tese no caso *Hans Just*, a Corte esclareceu que essa resposta “não é condicionada pela existência ou inexistência de retroatividade da norma nacional, pela natureza da imposição em questão e o caráter concorrencial, regulamentado ou monopolista, no todo ou em parte, do mercado.”⁴⁹

Esse entendimento foi reiterado pela CJE em diversas oportunidades posteriores.⁵⁰ Apreciando essa questão, relativa à *passing-on defense*, ou mesmo outras, relacionadas a outros aspectos da restituição do indébito, a Corte

⁴⁸ Entre os estudiosos do assunto no Brasil, Tarcísio Neviani já havia se atentado para esse aspecto, destacando que “o imposto indevidamente pago simplesmente reduz o lucro do contribuinte, que deixa de realizá-lo na medida do montante do tributo que paga. E assim porque, não pagasse ele o tributo, acabaria ficando com maior número de unidades monetárias no seu patrimônio, ou se, em razão de inexistir o tributo, ele reduzisse o preço de bens ou serviços, muito provavelmente ganharia maior competitividade em seu mercado.” NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 68.

⁴⁹ Inteiro teor disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94258&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=271905>>. Acesso em: 3 nov. 2012.

⁵⁰ Cf., *v.g.*, C-30/2002; C-473/2000; C-441/98; C-442/98; C-104/86.

sempre frisou o *limite* a essa autonomia do direito doméstico, relativamente a aspectos formais ou procedimentais, como sendo a efetividade do Direito Comunitário.⁵¹

5.5. O inusitado caso austríaco e a verdadeira finalidade da “*passing-on defense*”

Também digno de registro, a esse respeito, é o caso relacionado ao § 185 do Código Tributário de Viena (*Wiener Abgabenordnung – WAO*). Diante de decisão da Corte de Justiça Europeia declarando inválido tributo indireto (imposto sobre bebidas) instituído em Viena, o parlamento dessa cidade introduziu norma no seu Código Tributário com redação muito semelhante ao art. 166 do CTN brasileiro, com a nítida finalidade de impedir a restituição aos contribuintes que, em face do precedente da CJE, certamente a pleiteariam. Exatamente como se deu, no Brasil, com a edição da Lei 9.032/95, que inseriu no art. 89 da Lei 8.212/91 um § 1.º consagrando a *passing-on defense* (cf. item 4.3, *supra*).

Esse artigo do *WAO*, que até março de 2000 não existia, foi introduzido porque a declaração de inconstitucionalidade, no Direito Austríaco, em regra tem efeitos apenas *ex nunc*. Assim, o tributo, se tivesse sido considerado *inconstitucional* pelo Tribunal Constitucional austríaco, não seria restituído relativamente ao período anterior à declaração. Como a questão não foi de violação da Constituição Austríaca, mas do Direito Comunitário, seu deslinde se deu no âmbito da CJE, que não admitiu “modular” os efeitos de sua decisão declaratória da invalidade do tributo. Foi esse o contexto no qual o parlamento vienense saiu-se com a “solução” do § 185 do *WAO*, o que só deixa mais clara a ideia, subjacente ao uso da *passing-on defense*, de realmente *não restituir* o tributo.⁵² Não se trata, honestamente, de evitar o locupletamento indevido do contribuinte “de direito”, mas pura e simplesmente de criar meios para que o tributo, mesmo indevido, não seja restituído, protegendo-se os cofres públicos e negando-se vigência às normas cuja violação ensejou a arrecadação correspondente.

Pois bem. Apreciando a questão relacionada ao tal § 185 do *WAO*, no julgamento C-147/01, a CJE não apenas reiterou que o ônus da prova do “en-

⁵¹ Julgando o C-386/87, por exemplo, a Corte entendeu que o Estado-membro pode fixar um prazo prescricional improrrogável para o exercício da pretensão à restituição, desde que este não seja tão curto a ponto de inviabilizar a própria restituição. Considerou-se, na ocasião, que não inviabilizaria a restituição um prazo de 3 (três) anos. Já no caso C-240/87, a Corte reputou inválida uma alteração na forma de contagem do prazo para postular a restituição, levada a efeito pela França de forma retroativa justamente para impedir os contribuintes a postularem essa restituição.

⁵² Confira-se, a esse respeito, LANG, Michael. Die landesabgabenrechtlichen Rückzahlungsperren im Lichte des Getränkesteuer-Urteils des EuGH vom 2.10.2002, C-147/01. In: *ÖStZ* 1. November 2003/Nr. 21/Art.-Nr. 976, p. 462 e ss.

riquecimento ilícito” deve ser da Administração, e não do contribuinte (que não poderia ser obrigado a produzir a prova do “não-repasse”), tal como originalmente consignado no caso *San Giorgio*, como uma vez mais frisou que não necessariamente o repasse do tributo nos preços significaria a ausência de prejuízos a serem reparados por meio da repetição do indébito, pois, “ainda que o imposto tenha sido completamente integrado no preço praticado, o sujeito passivo pode sofrer prejuízos associados à diminuição do volume das suas vendas (v. acórdãos Comateb e o., n.º 29, e Michailidis, n.º 35, já referidos).”⁵³

Quanto à circunstância de que o artigo era uma nítida tentativa de frustrar a aplicação do entendimento da Corte, que declarara inválido o tributo, o mesmo julgado registrou que, por razões de segurança jurídica, os Estados até podem estabelecer limites à restituição (v.g., prazos de prescrição), mas estes não podem ser retroativos (como era o tal § 185 do WAO, considerado, por isso, contrário ao princípio da proteção da confiança legítima).⁵⁴ Além disso, essas limitações devem respeitar o princípio da eficácia, “que impõe que o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária não se torne praticamente impossível ou excessivamente difícil”, respeito que não se verifica em relação às normas que acolhem a tese da *passing-on defense*.⁵⁵

5.6. A posição do contribuinte de fato

Estabelecido que o contribuinte dito “de direito” é quem tem legitimidade para pleitear a restituição do indébito tributário, não podendo a *passing on defense*, em regra, ser invocada pelo Fisco para tornar muito difícil ou impossível essa restituição, surgiram situações nas quais consumidores, ditos contribuintes “de fato”, pleitearam a restituição e, tendo-a denegada pelas autoridades locais, levaram a questão à ECJ.

Em tais casos, decidiu a Corte que, em princípio, o consumidor final, contribuinte “de fato” dos referidos tributos indiretos, não tem legitimidade ativa *ad causam* para reclamar a sua restituição. Ou, mais propriamente, decidiu a Corte que não violam o Direito Comunitário as disposições internas dos Países membros que conferem essa legitimidade apenas ao contribuinte “de direito”. Isso porque o consumidor final, ainda que suporte economicamente o ônus do tributo, embutido nos preços dos produtos e serviços postos à sua disposição, não tem relação jurídica com o Fisco.

No *Case C-35/2005 (Reemtsma Cigarettefabriken GmbH v. Ministero delle Finanze)*, por exemplo, uma empresa tomadora de serviços havia suportado,

⁵³ C-147/2001, item 99.

⁵⁴ C-147/2001, item 29.

⁵⁵ C-147/2001, item 38.

nas faturas dos serviços a ele prestados por contribuinte prestador estabelecido na Itália, valor a título de IVA (Imposto sobre Valor Agregado) que, na verdade, não era devido, tendo, por isso, pleiteado diretamente a sua restituição. O Fisco Italiano, porém, afirmou que o consumidor tem direito ao reembolso apenas do IVA *devido*, nas hipóteses em que sai do território do país correspondente com os produtos ou serviços tributados, não lhe assistindo o direito de pleitear, diretamente, o reembolso ou a restituição do IVA recolhido *indevidamente* pelo contribuinte “de direito”, comerciante vendedor.

A CJE, então, entendeu que ele, o consumidor dito contribuinte “de facto”, realmente não poderia ser restituído na mencionada situação, cabendo à empresa prestadora do serviço, contribuinte do IVA, a legitimidade para pleitear a restituição. Nos termos do item 33 do julgado, “é unicamente o fornecedor quem deve ser considerado o devedor do IVA perante as autoridades fiscais do Estado-Membro do lugar das prestações.”

Reiterando a ideia de autonomia processual dos países-membros, a CJE ressaltou, ainda, que

não havendo regulamentação comunitária em matéria de pedidos de restituição de impostos, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro prever as condições em que esses pedidos podem ser apresentados, devendo estas condições respeitar os princípios da equivalência e da efectividade, isto é, não devem ser menos favoráveis do que as condições relativas a reclamações semelhantes baseadas em disposições de direito interno, nem fixadas de modo a impossibilitar na prática o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (v., designadamente, acórdãos de 17 de Junho de 2004, Recheio—Cash & Carry, C-30/02, Colect., p. I-6051, n.º 17, e de 6 de Outubro de 2005, MyTravel, C-291/03, Colect., p. I-8477, n.º 17).⁵⁶

Entretanto, convém notar que a Corte destacou, por igual, que

os princípios da neutralidade, da efectividade e da não discriminação não se opõem a uma regulamentação nacional, como a em causa no processo principal, segundo a qual apenas o fornecedor pode requerer o reembolso dos montantes indevidamente pagos a título do IVA às autoridades fiscais e o destinatário dos serviços pode intentar uma acção cível para repetição do indevido contra este fornecedor. No entanto, se o reembolso do IVA se tornar impossível ou excessivamente difícil, os Estados-Membros devem prever os instrumentos necessários para permitir ao referido destinatário recuperar o imposto indevidamen-

⁵⁶ C-35/2005, item 37.

te facturado, de modo a que o princípio da efectividade seja respeitado.⁵⁷

Como visto anteriormente, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça também tem negado legitimidade ativa *ad causam* ao consumidor final, considerado contribuinte “de fato” dos tributos indiretos correspondentes. Parte-se da premissa, tal como a CJE, de que não há relação jurídica entre ele e o Fisco, reconhecendo-se essa legitimidade apenas em casos excepcionais, como no dos consumidores de energia elétrica, cujo preço é tarifado e a forma como a atividade é exercida por concessionárias de serviços públicos torna a posição do consumidor muito próxima à de um contribuinte “de direito”, e não à de um mero consumidor contribuinte “de fato”.

Mas veja-se. Esse entendimento - posteriormente reiterado pela CJE⁵⁸ - não pode ser comparado ao adotado pelo STJ a partir do REsp 903.394/AL, segundo o qual o consumidor final não pode pleitear a restituição do ICMS ou do IPI incidente sobre as mercadorias por ele adquiridas. Os julgados parecem equivalentes, mas não o são, pois a jurisprudência de ambas as Cortes precisa ser vista de forma mais ampla e global. A CJE nega legitimidade ao contribuinte de fato, em regra, mas a reconhece ordinariamente ao contribuinte de direito sem a exigência de prova do não repasse. Isso faz toda a diferença, pois revela a coerência da CJE, e a total incoerência do STJ⁵⁹. Além disso, em situações nas quais a ilegitimidade do contribuinte de fato poderia conduzir à total impossibilidade de restituição, a CJE admite essa legitimidade, em termos mais amplos que o STJ, que excepciona apenas o caso de consumidores de energia elétrica.

Finalmente, não se pode deixar de comentar a diferença que há entre o IVA europeu e o ICMS e o IPI no Brasil. No caso do IVA, o destaque nas faturas fornecidas ao consumidor é muito mais claro e explícito, tanto que este, quando se trata de turista que retorna ao seu país de origem com produtos comprados na Europa, recebe a restituição correspondente, no aeroporto, algo que no Brasil apenas aos contribuintes de direito exportadores se reconhece, e de forma muito precária. Essa diferença confere ainda mais razões para que no Brasil se adote o entendimento de que, em regra, a restituição do indébito tributário, em relação aos tributos usualmente tidos como indiretos, deve ser deferida ao contribuinte legalmente definido como tal, não se lhe exigindo prova da não repercussão do ônus econômico do tributo e não se considerando relevante, em princípio, a existência de repercussão econômica do ônus do tributo para o consumidor final.

⁵⁷ C-35/2005, item 42.

⁵⁸ Danfoss A/S, Sauer-Danfoss ApS x Skatteministeriet – Case C-94/2010.

⁵⁹ Para uma análise dessa incoerência – mas ainda sem as referências ao posicionamento da CJE ou ao Direito Europeu feitas neste artigo – veja-se: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto**: incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011, passim.

Em suma, no âmbito do Direito Europeu, no entendimento da CJE, a restituição do tributo indireto deve ser feita, em regra, ao contribuinte legalmente definido como tal. A questão de saber se o preço por este cobrado do consumidor final, suposto contribuinte “de fato”, é afetado pela invalidade do tributo, que nele estaria embutido, até pode ser suscitada, mas é um problema a ser resolvido entre contribuinte e consumidor, no plano cível, se for o caso. Trata-se de solução bastante semelhante àquela proposta no art. 117 do anteprojeto de Código Tributário Nacional, elaborado por Gilberto de Ulhôa Canto mas lamentavelmente nunca levado adiante pelas autoridades competentes para transformá-lo em lei. É conferir:

Art. 117. É parte legítima para pleitear a repetição, o sujeito passivo da obrigação tributária ou o infrator que tiver pago a penalidade, ainda que o efetivo encargo financeiro tenha sido transferido a outrem. Quem provar a transferência, disporá de ação regressiva contra o sujeito passivo reembolsado, ou poderá integrar a lide como assistente, e requerer ao juiz que a restituição lhe seja feita.

5.7. Síntese do posicionamento da CJE e de suas preocupações

A análise da jurisprudência do STJ e do STF, e da CJE, relativamente ao tema da restituição dos tributos “indiretos”, revela que esta última tem preocupação importante com a consistência da tese da “*traslação*” do ônus do tributo (*passing-on defense*), e com seus reflexos sobre a efetividade do direito violado pela instituição e pela cobrança de tributos indevidos. Em nenhuma hipótese, para a CJE, a tese em questão poderia ser utilizada para tornar impossível ou muito difícil o exercício do direito à restituição.

No Brasil, exame da jurisprudência do STF, posterior a 1940, e do STJ, revela justamente o contrário. Tais Cortes tiveram o esmero em criar uma tese que, de forma primorosamente incoerente, torna impossível o exercício do direito à restituição do indébito tanto ao contribuinte dito “de direito” como àquele imprópriamente rotulado de “contribuinte de fato”. Talvez o maior distanciamento da CJE da influência do Poder Executivo dos Países membros da CE seja responsável por uma maior imparcialidade dessa Corte, e por sua maior preocupação com a efetividade do Direito Comunitário diante da rebeldia de alguns Países-membros, preocupação que STJ e STF não parecem ter com a efetividade da Constituição e das Leis, em matéria tributária.

Pode-se dizer, no caso brasileiro, que há o art. 166 do CTN, norma que teria conduzido à jurisprudência ora criticada. A oposição, porém, não procede, ou não conduz à conclusão que dela se pretende extrair. Primeiro, porque, como visto, o entendimento do STF a respeito da *passing-on defense* é anterior ao art. 166 do CTN, e de certo modo é responsável por ele. Não se

pode, portanto, colocar no artigo – ou, a rigor, no legislador - a responsabilidade pelo acolhimento da tese pela jurisprudência. Segundo, porque tal artigo será inconstitucional, se visto como um óbice ao acesso à tutela jurisdicional, pois sua incompatibilidade com o disposto no art. 5.º, XXXV, da CF/88 é flagrante. E, terceiro, porque o art. 166 do CTN pode perfeitamente ser interpretado *conforme a Constituição*, entendendo-se que ele não se aplica indiscriminadamente àqueles tributos considerados “indiretos”, mas, a rigor, somente àqueles situações nas quais *a lei aloca mais de uma pessoa no polo passivo da relação tributária*. Por outras palavras, o art. 166 do CTN é aplicável somente àqueles hipóteses nas quais há mais de um *sujeito passivo legalmente definido como tal*, vale dizer, mais de um “contribuinte de direito”, ou um “contribuinte de direito” e um ou mais “responsáveis tributários”, nos termos do art. 128 do CTN⁶⁰, o que, aliás, também é admitido pelo STJ.⁶¹

5.8. Breve registro do trato da questão no âmbito de outros países

A *passing-on defense* também é verificável em lugares como Israel, Austrália, Reino Unido, Estados Unidos e Canadá⁶². O exame em detalhes das particularidades de tais ordens jurídicas, que podem tornar menos ou mais injustificável o uso desse argumento, assim como da receptividade que ele teve por parte dos Tribunais, será feito em outra oportunidade. Por enquanto, é importante apenas fazer o registro de que a Suprema Corte Canadense, depois de aceitar a aludida tese por algum tempo, recentemente modificou sua jurisprudência para rejeitá-la, afastando a ideia de que haveria um “enriquecimento sem causa” do contribuinte de direito ao qual se concedesse a restituição.

Entre os argumentos acolhidos pela Suprema Corte Canadense estão os da dificuldade de provar a não-repercussão, as consequências disso no âmbito da restituição etc., tal como delineado na jurisprudência da CJE. Mas,

⁶⁰ Nesse sentido, confira-se: GONÇALVES, José Artur Lima; MARQUES, Márcio Severo. Repetição do indébito e compensação no direito tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Repetição do indébito e compensação no direito tributário**. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ICET, 1999, p. 207 e ss; NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 191; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto: incoerências e contradições**. São Paulo: Malheiros, 2011, conclusão 11.4.

⁶¹ STJ, 2.T., REsp 608.252/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. em 7/3/2006, DJ de 20/3/2006, p. 235.

⁶² A respeito do uso do argumento pelo fisco australiano e pelo Reino Unido, e uma crítica contundente a isso (fundada em argumentos semelhantes a alguns dos mencionados aqui), confira-se: BHANDARI, Monica. “Recovery of overpaid VAT and GST and the ‘Passing On’ defence” [2005] **Australian Tax Review** 229- 246; RUSH, Michael. The defence of passing on. Oxford: Hart Publishing, 2006, passim. Relativamente a Israel (também em análise comparada com a jurisprudência da CJE e da Suprema Corte canadense), veja-se: NUSSIM, Jacob. The Recovery of Unlawful Taxes, 28 **Va. Tax. Rev.** 893 (2009). Disponível em: <<http://www.thefreelibrary.com/The+recovery+of+unlawful+taxes.-a0215788175>>. Acesso em: 2 out. 2012.

além disso, consignou-se de forma expressa a *inaplicabilidade* da ideia de “enriquecimento sem causa” como fundamento para se conceder ou denegar a restituição de tributos pagos indevidamente. É conferir:

“The passing-on defence is not available to the Crown in the context of a claim for the recovery of taxes paid pursuant to ultra vires legislation. The defence is inconsistent with the basic premise of restitution law. Restitutionary principles provide for restoration of what has been taken or received from the plaintiff without justification. Restitution law is not concerned by the possibility of the plaintiff obtaining a windfall because it is not founded on the concept of compensation for loss. The defence is also economically misconceived and creates serious difficulties of proof as there are inherent difficulties in a commercial marketplace of proving that the loss was not passed onto consumers.”⁶³

Com efeito, se o tributo é indevido, a consequência disso deve ser a recomposição do *status quo ante*, com a sua restituição. Não se há de perquirir se isso traz enriquecimento para o contribuinte. Voltar-se-á ao tema mais adiante.

6. ALGUMAS OBSERVAÇÕES A RESPEITO DAS SOLUÇÕES ENCONTRADAS

Do que foi explicado ao longo deste texto, pode-se concluir, mesmo sem entrar na discussão relacionada à dificuldade de se classificarem os impostos em “diretos” e “indiretos”, ou na tormentosa questão relacionada à análise da “repercussão” ou da “traslação” do ônus econômico de um tributo para terceiros, que a jurisprudência brasileira dá à questão um tratamento que torna muito difícil, ou mesmo impossível, a restituição de um tributo pago indevidamente. Com isso, torna-se difícil, ou mesmo impossível, o restabelecimento do direito malferido pela cobrança correspondente, em contrariedade a todas as normas constitucionais que determinam como os tributos podem ser instituídos e cobrados, e, *a contrario*, como não podem sê-lo. Viola-se, com mais ênfase ainda, o disposto no art. 5.º, XXXV, da CF/88, pois se nega aos contribuintes o próprio acesso a uma prestação jurisdicional que repare a aludida violação.

Situações semelhantes, quando conduzem à ineficácia das disposições *comunitárias* referentes a como os tributos podem ou não podem ser instituídos e cobrados no âmbito da Comunidade Europeia, levaram à Corte Europeia de Justiça a estabelecer inúmeras restrições ao uso da *passing-on defense* por parte da Fazenda Pública e dos Tribunais locais, restrições que deveriam ser examinadas e refletidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e

⁶³ Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance), [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1.

do Superior Tribunal de Justiça, dos quais se espera uma saudável mudança na jurisprudência representada pelas Súmulas 71 e 547 do STF, interpretando-se o art. 166 do CTN *conforme a Constituição*, a fim de que se reconheça a sua aplicabilidade apenas aos casos em que a lei define mais de um sujeito passivo para a relação tributária, nos termos do art. 128 do mesmo Código.

Como consequência disso, ao contribuinte “de direito” se deveria reconhecer a legitimidade para pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente, ainda quando considerados “indiretos”, deixando-se a questão de eventual reflexo desse questionamento no preço praticado para ser solucionada no plano cível, como, aliás, previa o art. 117 do anteprojeto de Código de Processo Tributário elaborado por Gilberto de Ulhôa Canto. Assim, caso o consumidor de determinado produto ou serviço considerar ilegítimo o preço pago, em virtude de ter sido considerado indevido o tributo que sobre ele incidia, poderá acionar o fornecedor, no plano cível, mas isso não poderá servir de impedimento a que este obtenha do Fisco a restituição do que indevidamente foi pago.

Nas linhas seguintes serão resenhadas, em síntese, as razões que justificam esse posicionamento.

6.1. Dificuldade em se determinar a repercussão

O primeiro e principal problema do uso da *passing-on defense*, que recomenda o seu abandono, é a extrema dificuldade em se determinar a repercussão do ônus do tributo, que, aliás, como visto quando da análise do *case San Giorgio*, não é uma questão à qual se possa responder apenas “sim, houve repercussão”, ou “não, não houve repercussão”, na forma de um “tudo ou nada”. A repercussão pode se verificar em graus. E, pior, em múltiplas direções e sentidos, e não apenas da forma sempre imaginada *produção* → *comércio* → *consumo final*.⁶⁴ O aumento do ônus tributário sobre um comerciante, por exemplo, pode se refletir “para trás”, na imposição de uma diminuição no preço de seus fornecedores (*shifting backwards*), ou mesmo sobre os seus empregados, que podem deixar de receber aumento ou mesmo sofrer demissões.⁶⁵

⁶⁴ OJHA, P. D.; LENT, George E. Sales Taxes in Countries of the Far East (Les taxes sur le chiffre d'affaires dans les pays d'Extrême-Orient) (Los impuestos sobre las ventas en países del Lejano Oriente). **Staff Papers - International Monetary Fund**. Palgrave Macmillan Journals, Vol. 16, No. 3 (Nov., 1969), pp. 529-581. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3866284>>. Acesso em: 17 jul. 2012, p. 532.

⁶⁵ GANDHI, I. Ved. P.; MEHTA, B. V.; LALL, V. D. Shifting of Tax by Companies: Comments. **Economic and Political Weekly**, Vol. 2, No. 24 (Jun. 17, 1967), pp. 1089-1093; p. 1095-1097; Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4358066>>. Acesso em: 17 jul. 2012, p. 1096.

Aliás, sabe-se que a repercussão pode ocorrer em tributos diretos,⁶⁶ e não ocorrer em indiretos, o que deita por terra, definitivamente, o uso da classificação em comento para restringir o direito à restituição do indébito tributário em relação àqueles considerados como “indiretos”.⁶⁷

Existem, em suma, inúmeros fatores que, combinados, levam a trilhões de cenários distintos, a serem considerados na determinação da repercussão, de sua direção, sentido e intensidade. É impossível ao Judiciário conhecê-los todos, e este, como aponta Neviani, não pode atalhar o problema da pior forma possível, presumindo-a arbitrariamente em relação a certos tributos e impondo ao contribuinte a impossível tarefa de refutá-la.⁶⁸ A melhor solução seria simplesmente abandonar o uso da *passing-on* defense.⁶⁹

6.2. Mesmo havendo repercussão o contribuinte “de direito” experimenta “dano” a ser reparado

Outro aspecto a ser considerado, na repulsa ao uso da *passing-on defense* por parte da Fazenda Pública, nas ações de restituição do indébito, é o de que *mesmo se o tributo tiver sido repassado a terceiros*, subsiste o direito do contribuinte à restituição, caso seu pagamento tenha sido indevido.

Além da necessidade de se rejeitar o argumento do “enriquecimento sem causa”, aludida na decisão da Suprema Corte canadense antes referida, e por boa parte da doutrina brasileira, há o fato, bem percebido por Tarcísio Neviani⁷⁰, e pela Corte Europeia de Justiça no julgamento *San Giorgio*, de que o encarecimento indevido dos produtos do contribuinte leva a um volume de vendas menor, e, assim, a um “prejuízo” a ser reparado pela restituição do indébito, independentemente de traslação ou repasse do ônus do tributo.

6.3. Distinção entre tributo e preço

O aspecto mais relevante de toda a discussão, porém, talvez seja o de que o tributo pago pelo contribuinte “de direito” não se confunde com preço,

⁶⁶ BODENHORN, Diran. The Shifting of the Corporation Income Tax in a Growing Economy. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, Vol. 70, No. 4 (Nov., 1956), pp. 563-580. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1881865>>. Acesso em: 17 jul. 2012, p. 564; NEVIANI, Tarcísio. *A Restituição de Tributos Indevidos*, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 66-67;

⁶⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Repetição do Tributo Indireto*: incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011, item 2.7.

⁶⁸ NEVIANI, Tarcísio. *A Restituição de Tributos Indevidos*, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 148-149.

⁶⁹ CAPRILLES, Theo. *On why EU stand on the passing on defence equates to enriching the unjust*. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2006260&fileId=2006296>>. Acesso em: 13 jul. 2012, p. 24.

⁷⁰ NEVIANI, Tarcísio. *A Restituição de Tributos Indevidos*, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 68.

pago pelo contribuinte “de fato”, ainda que seja integralmente nele “embutido”. Seus *fundamentos jurídicos* são distintos, pelo que o fato de o primeiro ser indevido não faz com que o segundo também o seja.

Na verdade, o tributo, juntamente com os demais custos, e uma margem de lucro (que não é tabelada, podendo ser maior, menor, ou mesmo inexistente, em certas situações), é um fator a ser considerado pelo comerciante, na determinação de seus preços. Esses preços, porém, não serão definidos apenas por esses custos, mas por inúmeros outros fatores do mercado. E como não há lucro tabelado, pode-se dizer que um menor ônus tributário, se o mercado permitisse a venda pelo mesmo preço, levaria a um maior lucro *legítimo* do comerciante.⁷¹

Em suma, além de tudo o que foi apontado nos itens anteriores, a repercussão, quando há, relativamente aos tributos indiretos, faz com que o consumidor final pague um preço mais alto⁷², apenas. Mas o valor pago pelo consumidor, dito contribuinte “de fato”, não é tributo. É preço, não deixa de ser preço porque tributos são pagos pelo vendedor e considerados em sua fixação, e nem se torna indevido se um desses ingredientes levados em conta na sua fixação for considerado inválido.

Se um comerciante fixa seu preço pensando ter de pagar um aluguel elevado, e o comprador *aceita pagar esse preço* e adquire a mercadoria, celebrando contrato de compra e venda, o fato de depois se constatar que esse aluguel não seria tão elevado, ao final, não transforma o preço pago em indevido, só por isso. O preço é devido, porque fora validamente pactuado, pouco importando, para isso, quais fatores levaram o comerciante a fixá-lo no patamar aceito pelo comprador. Essa aceitação, sim, é relevante.⁷³ E, assim como acontece com aluguéis, salários e outros custos, dá-se com os tributos, sejam diretos ou indiretos.⁷⁴

6.4. Inadequação da ideia de “enriquecimento sem causa”, no caso

Justamente porque tributo e preço são distintos, quando o comerciante encarece o seu preço para recuperar o ônus (econômico) do tributo, o valor

⁷¹ NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 155.

⁷² TERRA, Ben. **Sales Taxation – The Case of Value Added Tax in the European Community**. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, p. 12.

⁷³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto**: incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011, itens 3.24. e 10.38 a 10.44.

⁷⁴ “[...] o tributo pago pelo sujeito passivo da obrigação tributária, quando tem o seu valor por este incluído entre os seus custos operacionais, deixa de ser tributo, que se extingue ontologicamente com o seu pagamento ao erário, para tornar-se apenas um custo destinado a ser eventualmente coberto pelo preço pago pelo adquirente dos bens ou serviços.” NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 122.

recebido a título de preço é legítimo mesmo se o tributo vier a ser considerado indevido. Assim, não há porque afirmar que o comerciante não experimentou um “ônus” com o pagamento do tributo indevido, que, em lhe sendo restituído, não ensejará nenhum enriquecimento sem causa.

A tese do enriquecimento sem causa é afastada, também, se se considerar que, sem o tributo (indevido), o comerciante poderia ter cobrado pelo produto o mesmo preço, experimentando lucro maior. Assim, mesmo repassado ao consumidor sob a forma de aumento de preços, juridicamente o tributo indevido ou enseja uma diminuição do lucro possível em face do preço praticado, ou enseja uma diminuição das vendas, em face de um preço menor possível. De qualquer sorte, sua cobrança causa um “dano”, passível de reparação, apesar de uma suposta e integral repercussão.

Como se isso não bastasse, se o tributo é indevido, a restituição é medida que se impõe, como forma de reparação da ordem jurídica violada. A causa do dever de restituição não é um “empobrecimento” do contribuinte, mas a violação à lei, que há de ser reparada sem perquirição a respeito de quem enriquece ou empobrece com isso. Foi o que percebeu, com muita propriedade, a Corte Suprema do Canadá⁷⁵.

6.5. Ônus da prova da repercussão ou do locupletamento sem causa

Apesar de tudo o que foi dito, se se pudesse cogitar de uma situação, excepcionalíssima, na qual a tese da repercussão do ônus do tributo e do enriquecimento sem causa poderiam ter alguma relevância, o ônus de demonstrá-lo, realmente, deveria ser sempre da Fazenda, ré que estaria assim opondo fato impeditivo ou modificativo do direito do autor da ação de restituição do indébito.

Na verdade, em regra, o correto é rejeitar-se o uso da *passing-on defense*. Mas, se em algum caso particularíssimo seu uso poderia ser justificado, o ônus dessa justificação, e dos fatos que lhe dariam base, não pode ser senão da Fazenda que o alegasse.

6.6. Impossibilidade de se reconhecerem direitos a quem não faz parte da relação jurídica

Outro aspecto a ser considerado, para que se rejeite, definitivamente, o uso da *passing-on defense* do âmbito da restituição do indébito tributário, é a incoerência de se considerar parte da relação jurídica alguém que, por definição, não o é.

⁷⁵ Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance), [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1.

Sim, porque não se pode negar a legitimidade ao contribuinte “de direito”, alegando-se para tanto a repercussão, e não se reconhecer essa legitimidade ao contribuinte “de fato”, que supostamente teria sofrido essa repercussão. Se um não pode repetir porque quem pagou “na verdade” foi o outro, a esse outro se deve reconhecer o direito à restituição.

Mas veja-se. Dar relevância jurídica ao contribuinte “de fato”, conferindo-lhe direitos próprios daqueles que ocupam o polo passivo da relação jurídica tributária, é contraditório com a própria definição de sua posição como sendo meramente “de fato”.

A par dessa incoerência, há outras dificuldades. Como ele, contribuinte de fato, irá pleitear a restituição de um tributo que foi apenas repercutido no preço que pagou, ele terá de provar que o contribuinte “de direito” efetivamente pagou o tributo? Note-se que pode ter ocorrido de o tributo ter sido considerado na fixação do preço, ter sido suportado “economicamente” pelo consumidor final, mas não ter sido recolhido pelo contribuinte de direito aos cofres públicos. Será o fisco obrigado a restituir o que não recebeu? Terá o contribuinte de fato que provar que o contribuinte de direito pagou o tributo? Como?

Tais complicadores só mostram a total falta de lógica em se considerar como titular de “direitos” alguém que, por definição, não participa de relação jurídica alguma, suportando o tributo apenas economicamente, ou “de fato”. E a mesma falta de lógica há em suprimir esses direitos àquele que participa dessa relação como sujeito passivo, tendo assim sido considerado pela legislação criadora do tributo.

6.7. Quais efeitos jurídicos pode ter a natureza “indireta” de um tributo?

Diante do que foi explicado nos itens anteriores, poder-se-ia perguntar se subsistiria alguma utilidade na classificação dos tributos em direitos e indiretos, assim como na consideração do fenômeno da repercussão.

Em verdade, a circunstância de um tributo onerar, indiretamente, a capacidade contributiva revelada por pessoa diversa daquele definida em lei como contribuinte, e a possibilidade de o ônus econômico desse tributo ser repassado a essas pessoas, por meio do encarecimento dos bens e serviços por ela consumidos, conquanto de difícil determinação, pode ser considerada pela legislação em um cenário *macro*⁷⁶, na definição de políticas tributárias e na determinação das alíquotas dos tributos correspondentes. Isso explica a

⁷⁶ NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 111-117.

subsistência da classificação⁷⁷, pois o problema não reside nela, mas nos efeitos jurídicos que podem, ou não, ser extraídos dela.

Dessa forma, se se sabe que o tributo *tende* a encarecer os preços, como qualquer custo, isso pode ser levado em consideração no estabelecimento das alíquotas correspondentes, conforme o produto. É o que determina a CF/88, relativamente ao ICMS e ao IPI, seletivos conforme a essencialidade do produto onerado. Pode, também, determinar a criação de mecanismos destinados a evitar que essas incidências retirem a neutralidade do tributo, introduzindo-se, para tanto, a sistemática da não-cumulatividade.

Mas veja-se. A seletividade, assim como a não-cumulatividade, são reflexos, no âmbito tributário, da ideia de que os tributos ditos indiretos *encarecem o preço* das mercadorias e dos serviços sobre os quais incidem, mas o valor pago pelo consumidor por tais mercadorias e por tais serviços continua tendo a natureza jurídica de *preço*, não sendo contaminado caso o tributo que o encarece seja, posteriormente, considerado indevido.⁷⁸

7. CONCLUSÕES

Diante do que foi visto ao longo deste trabalho, pode-se concluir, em síntese, que:

a) a classificação dos tributos em diretos e indiretos pode ser empregada para fins didáticos, para determinação de alíquotas de tributos, para guiar decisões relacionadas à política tributária, mas não para negar ao sujeito passivo legalmente definido como tal os direitos inerentes a essa sujeição passiva, sobretudo quando isso se dá em concomitância com a não atribuição desses mesmos direitos ao terceiro a quem o ônus do tributo teria sido repassado;

b) apenas se pode cogitar da aplicação do art. 166 do CTN naquelas situações nas quais a legislação define mais de um sujeito passivo, colocando-os no polo passivo da obrigação tributária correspondente, nos termos do art. 128 do CTN. Em tais hipóteses, a relação jurídica poderá ser questionada por quaisquer deles, em conjunto ou separadamente, *antes* do pagamento (*v.g.*, por meio de ação anulatória, mandado de segurança etc.), cogitando-se da aplicação do mencionado artigo apenas quando se tratar de demanda destinada à recuperação de valores indevidamente pagos por contribuinte ou responsável, hipótese em que a restituição será feita àquele que demonstrar haver se sujeitado (juridicamente, e não economicamente) à exação.

⁷⁷ TERRA, Ben. **Sales Taxation** – The Case of Value Added Tax in the European Community. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, p. 12.

⁷⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto**: incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011, itens 7.28 a 7.33 e 10.35.

REFERÊNCIAS

BHANDARI, Monica. "Recovery of overpaid VAT and GST and the 'Passing On' defence" [2005] **Australian Tax Review** 229- 246.

BODENHORN, Diran. The Shifting of the Corporation Income Tax in a Growing Economy. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford University Press, Vol. 70, No. 4 (Nov., 1956), pp. 563-580. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1881865>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

CAPRILLES, Theo. **On why EU stand on the passing on defence equates to enriching the unjust.** Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=2006260&fileOid=2006296>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DEEMTER, Kees Van. **Not exactly:** In praise of vagueness. Oxford: Oxford University Press, 2010

EIJSDEN, Arjo van; DAM, Janco van. **The impact of European Law on Domestic Procedural Tax Law:** wrongfully Underestimated? **EC TAX REVIEW** 2010-5, 2010, Kluwer Law International BV, The Netherlands, p. 199-209.

GANDHI, I. Ved. P.; MEHTA, B. V.; LALL, V. D. Shifting of Tax by Companies: Comments. **Economic and Political Weekly**, Vol. 2, No. 24 (Jun. 17, 1967), pp. 1089-1093; p. 1095-1097; Disponível *on-line* em <http://www.jstor.org/stable/4358066>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

GONÇALVES, José Artur Lima; MARQUES, Márcio Severo. Repetição do indébito e compensação no direito tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Repetição do indébito e compensação no direito tributário**. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ICET, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Repetição do Indébito**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

HUBEAU, F. "La répétition de l'indu en droit communautaire". **Revue Trimestrielle de Droit Européen**. Anne 17, n° 3. 1981.

LANG, Michael. Die landesabgabenrechtlichen Rückzahlungs-perren im Lichte des Getränkesteuer-Urteils des EuGH vom 2.10.2002, C-147/01. In: **ÖStZ** 1. November 2003/Nr. 21/Art.-Nr. 976.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário** – teoria geral do tributo. São Paulo: Marcial Pons/Manole, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto: incoerências e contradições**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Substituição Tributária e realidades afins - legitimidade ativa "ad causam". **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 1, n.68, p. 61-76, 2001.

MACHADO, Brandão. Repetição do indébito no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito Tributário**. Estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO, Hugo de Brito. **O ICM**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

_____. (Coord.). **Repetição do indébito e compensação no direito tributário**. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ICET, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Repetição do Indébito**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Repetição do Indébito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Repetição do Indébito**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política**. Com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2.

NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos**, seus problemas, suas incertezas. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

NUSSIM, Jacob. The Recovery of Unlawful Taxes, 28 **Va. Tax. Rev.** 893 (2009). Disponível em: <<http://www.thefreelibrary.com/The+recovery+of+unlawful+taxes.-a0215788175>>. Acesso em: 2 out. 2012.

OJHA, P. D.; LENT, George E. Sales Taxes in Countries of the Far East (Les taxes sur le chiffre d'affaires dans les pays d'Extrême-Orient) (Los impuestos sobre las ventas en países del Lejano Oriente). Staff Papers - International Monetary Fund, **Palgrave Macmillan Journals**, Vol. 16, No. 3 (Nov., 1969), pp. 529-581. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3866284>>. Acesso em: 17 jul. 2012

PARLAK, Süleyman. Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after *Manfredi* and the White Paper of the European Commission?. In: **World Competition** 33, no. 1 (2010): 31-53. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

PIGNATELLI, José Miguel Martínez-Carrasco. "La devolución de lo indevido tributario en el derecho de la Comunidad Europea". Disponível em: <<http://ddd.uab.es/record/38056?ln=ca>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist**. How prosperity evolves. New York: Harper Collins, 2011.

RUSH, Michael. **The defence of passing on**. Oxford: Hart Publishing, 2006

SACCHETTO, Claudio; MARASSI, Marco (ed.). **Introduction to comparative tax law**. Rubbetino, 2008, Torino: Catanzaro, 2008.

TERRA, Ben. **Sales Taxation – The Case of Value Added Tax in the European Community**. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIDIMAS, Takis. **The general principles of EU Law**. 2nd ed. Oxford University Press, Oxford, 2006.



A POLÊMICA DA INDETERMINAÇÃO DE CONCEITOS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ECOLÓGICO

*Luana Alves Gonçalves Pavan**
*João Luís Nogueira Matias***

Resumo

A dicotomia presente entre os Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Discricionariedade eventualmente conferida pelo legislador é tema que ainda divide os estudiosos da Ciência do Direito. Percebe-se uma forte divergência doutrinária quanto à atribuição ou não de certa margem de liberdade ao Poder Executivo quando da aplicação de conceitos vagos, o que demandaria maior atividade intelectual do administrador diante do caso concreto. No âmbito do Direito Ambiental, deve-se analisar com pormenor esta dualidade, sobremaneira se tendo em vista o bem jurídico tutelado, o meio ambiente, que se encontra, em inúmeras situações, vulnerável à ocorrência de danos irreversíveis.

Palavras-chave

Indeterminação no direito. Discricionariedade. Direito Ambiental.

Abstract

The dichotomy between indeterminate juridical concepts and any judicial discretion conferred by legislature is theme that still divides researchers of the Science of Law. It also indicates a strong doctrinal disagreement about the assignment or not a certain degree of freedom to the Executive, when there's the application of vague concepts. Certainly, this would require greater intellectual activity administrator before the case. Under the Environmental Law, we should analyze in detail this duality, exceedingly well considering the legal guardianship, the Environment, that is, in many situations, sensitive to the occurrence of irreversible damage.

Keywords

Indeterminacy in the Law. Discretion. Environmental Law.

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/UFC.

** Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC. Juiz Federal da Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2000), Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003) e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009).

1. INTRODUÇÃO: O DIREITO E A LINGUAGEM: A BUSCA DO CONTEÚDO NORMATIVO

Quando se almeja pesquisar e entender o direito, percebe-se que o mesmo não é objeto bruto, empírico, sobre o qual se debruça, disseca e, por fim, aponta-se uma conclusão geral para toda a humanidade. O direito tem predicados distintos, dos quais emergem normas, instituições e práticas jurídicas que assinalam suas qualidades, entre as quais a expressão por meio da linguagem, veiculada em diversas formas de signos lingüísticos (fala, escrita, sinais gráficos etc.).

Assim como a linguagem, o direito possui um plano de existência virtual, como um sistema constituído pela sociedade, a pairar sobre esta, e ainda um plano de existência empírico, posto que depende do uso e da aplicação dos discursos pelos sujeitos.

O direito encontra sua forma de realização imediata no discurso, pois se explica por existir apenas como uma prática, que segue prévias e determinadas regras.

O discurso do direito reúne características objetivas aceitas pela maioria dos sujeitos, e que se identificam com toda a comunidade. É sobre estes itens em comum que o discurso jurídico funda sua realidade social, haja vista que adota e disciplina os institutos ou ações reais da sociedade, a exemplo da sucessão, responsabilidade civil, o cárcere, o dano ambiental, entre inúmeros outros.

Certo é que as normas jurídicas, produtos do processo de interpretação, não existem fora da linguagem, pois só se realizam por algum de seus meios de expressão. Ao aplicador do direito impõe-se buscar o conteúdo normativo que decorre da linguagem. A técnica legislativa contemporânea, típica de uma sociedade multifacetada, faz uso de conceitos indeterminados, que demandam processos mais complexos.

2. OS CONCEITOS IMPRECISOS E A DISCRICIONARIEDADE

O estudo sobre conceitos jurídicos indeterminados ou fluidos é indissociável de sua perspectiva empírica, qual seja, o ato administrativo considerado em si mesmo, como o instrumento mais imediato de concretização dos mandamentos legais. Sobre este tema, não seria absurdo tecer comentários sobre a (possível) atribuição de discricionariedade à atividade do administrador.

Sabe-se, desde as preliminares lições sobre o “direito de executar” que, por diversas vezes, o legislador reconhece uma “margem de liberdade” ao administrador no cumprimento das disposições legais, admitindo, assim, a discricionariedade administrativa.

A lei revela discricionariedade no ato administrativo ao circunscrever casos em que se omite de delimitar, objetivamente, a situação de fato, corriqueiramente recorrendo à utilização de expressões eivadas de conceitos fluidos ou imprecisos, tais como “situação urgente”, “significativo impacto ambiental”, “relevante interesse público”. Todavia, quando descreve objetivamente a situação de fato, pode conferir certa liberdade ao administrador quanto ao comando da norma. Esta relativa liberdade enseja-lhe realizar um processo de intelecção, no qual o administrador verifica a conveniência de praticar ou não um ato, a ocasião adequada para fazê-lo, ou mesmo, a melhor opção quanto à forma que recobrirá o mesmo.

Ressalte-se, por ora, que nem sempre a competência discricionária do agente administrativo decorrerá da descrição imprecisa, por meio de conceitos fluidos, da hipótese da norma. Em consonância com o postulado por Bandeira de Mello¹, enquadram-se também como geradoras de discricionariedade administrativa (i) a hipótese da norma, quando da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato; (ii) o comando da norma, na medida em que legitima alternativas de conduta para que o agente opte pela mais adequada ao caso concreto, e por último (iii) a finalidade da norma, tendo em vista que esta sempre se reporta a valores, ou seja, a conceitos plurissignificativos, que podem existir em graus diferentes a depender do contexto social em que um fato se insira. O grande doutrinador aponta esta última causa normativa geradora de discricionariedade como a “diretriz para a intelecção dos outros elementos da estrutura lógica da norma”, frente à sua inerente qualidade valorativa, essencialmente fluida, posto que direcionador ou otimizador da conduta mais adequada.

2.1. Do abismo intransponível entre a discricionariedade e os conceitos indeterminados

Ao contrário do que preceituam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Celso Antônio Bandeira de Mello considera excessivo sustentar que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentem tal característica quando considerados em abstrato, pois, às vistas do mundo real, sempre ganhariam consistência e univocidade suficientes para vincular o procedimento a ser adotado. Segundo os pensadores espanhóis, a questão suscitada pelos conceitos indeterminados resume-se a um problema de interpretação, definível pelo Poder Judiciário, e não acarretam liberdade decisória ao administrador. Paralelamente, para os mesmos autores, “a discricionariedade cinge-se à liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas – indiferentes jurídicos – tendo em vista que a decisão a ser adotada se

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19-36.

fundamenta em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração”².

A técnica dos conceitos jurídicos indeterminados é comum em todas as esferas do Direito, porém a matéria ganha complexidade quando se trata de normas do Direito Administrativo, já que a aplicação inicial desses conceitos é feita pela Administração. No entanto, não se deve confundir essa aplicação prévia com o uso de poder discricionário³. O mesmo se verifica nos órgãos executivos ambientais, que, diante de dispositivos pouco esclarecedores sobre determinados pressupostos de fato, incumbem-se de realizar um processo de inteligência que os permita alcançar a finalidade da lei.

Em posicionamento semelhante a Eduardo García De Enterría e Tomás-Ramon Fernández situa-se José Gomes Canotilho, quando adere à tese de que a concretização de conceitos indeterminados constitui uma tarefa de interpretação no sentido do apuramento da solução correta prevista em lei⁴.

No mesmo sentido preceituou Afonso Queiró, ao afirmar que a existência de imprecisões no texto não é atributiva, por si só, de discricionariedade, resultando esta somente de vontade expressa do legislador. Os conceitos vagos seriam decorrentes da impossibilidade prática, ou dificuldade técnica, do legislador ao enunciar, de forma cristalina o suficiente, as circunstâncias de fato em que os órgãos executivos exercerão as suas competências⁵. Por conseguinte, origina-se que, para estes órgãos, antecede o dever de *interpretar* ao de executar.

Por mais que este procedimento de inteligência do administrador envolva necessariamente elementos subjetivos e ainda intervenham elementos pessoais e autônomos, esta “liberdade interpretativa” nunca poderá se confundir com o poder discricionário da Administração. Ainda assim estar-se-á diante do domínio vinculado⁶.

No âmbito do Direito Administrativo, o tema dos conceitos indeterminados possuem a peculiaridade de que, nos tribunais, o juiz tem a função de fiscalizar se a “Administração” deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos. A interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vincu-

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramon apud PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Adequabilidade Normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, jul./set. 2008, Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

³ *Ibidem*.

⁴ CANOTILHO, José Gomes apud SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994, p.91.

⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues apud SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994, p.94.

⁶ *Ibidem*.

lada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da mesma significaria alargar o campo da discricionariedade ao Tatbestand legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admite.”⁷

2.2. Da Discricionariedade Gerada da Indeterminação de Conceitos

Bandeira de Mello, sob prisma diverso, desconsidera que, no âmbito de inteligência de todos os casos concretos, determinadas expressões legais ganhariam densidade o suficiente para “dissiparem, por inteiro, dúvidas sobre a aplicabilidade ou não dos conceitos indeterminados”. Isto se justifica pelo fato de que, em inúmeros casos, admite-se mais de um entendimento, interpretação ou providência, sem incorrer em violação do direito pátrio, como em noções de “pobreza”, “degradação ambiental”, “urgência”. Estes conceitos vagos, como outros tantos, são suscetíveis de coexistirem em graus e medidas variáveis, em casos concretos, ensejando objetiva certeza, em outros, reconhecendo como admissíveis pela lei duas ou mais opiniões conflitantes. Portanto, não se pode afirmar que “um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”. Há neste argumento a tese pela qual o tema dos conceitos legais fluidos seria ínsito ao da discricionariedade.

O doutrinador brasileiro corrobora sua tese com o postulado de Bernatzik, segundo o qual,

Existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa⁸.

Induvidosamente, Bandeira de Mello pressupõe, em seu entendimento, uma liberdade intelectual que o direito faculta ao administrador, diante de conceitos indeterminados. Sob esta perspectiva, o procedimento de interpretação da lei estaria sendo atribuído também à Administração, ao invés de reservá-lo unicamente ao Poder Judiciário. Para a subsunção de um dispositivo legal, excetuando os de caráter vinculado, o órgão executivo poderia praticar um *ato de inteligência*, se diante de conceitos vagos, ou um *ato de volição*, em que verificaria o mérito do ato (conveniência e oportunidade), se em presença da discricionariedade tradicional.

⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Adequabilidade Normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº15, julho/agosto/setembro, 2008, Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

⁸ BERNATZIK apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit. p. 31.

2.3. Discricionariedade Técnica

Não se olvida também da doutrina que expõe a noção de “Discricionariedade Técnica”. No estudo do tema controle judicial dos atos e decisões oriundos de órgãos ambientais, a discricionariedade administrativa assume relevância imensurável, na medida em que veicula pronunciamentos que constituem decisões administrativas técnicas, resultantes, portanto, do exercício de uma discricionariedade técnica.

A discricionariedade técnica foi sintetizada, por diversos autores, sob o paradigma de que “não há poder discricionário, nem vinculação legal”. Sob esta premissa, não haveria remissão da lei para normas técnicas, inexistindo portanto uma vinculação, de modo que a Administração se guiaria por certas regras técnicas. Note-se que o administrador iria, por sua livre vontade, nor-tear-se por determinadas regras técnicas. Não obstante não se tratar de dispositivo vinculado, não se constata a genuína discricionariedade, uma vez que a Administração não tem liberdade de escolha entre várias soluções legalmente possíveis; seu único dever, direcionador, é o da boa administração. Esta última inegavelmente incorre em danosa insegurança jurídica.

Pela peculiaridade que revestiria cada expressão legal eivada de discricionariedade técnica, afirma-se ainda que seu controle judicial seria bastante precário ou dificultoso, pois,

O controle da discricionariedade técnica não pode, assim, envolver o mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição (que seria o excesso de poder) ou por violação da lei. [...] Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta).⁹

Cumpre-se ressaltar que esta tese não encontra qualquer respaldo legal, por inúmeras razões. Primeiramente, em consonância com a doutrina portuguesa, entende-se que só permanece a classificação de dever da Administração vinculada ou livre, ambas modalidades estabelecidas em lei. Inconcebível é a tentativa doutrinária de inovar, criando uma terceira hipótese de dever da Administração, que agiria por seu livre critério e, ainda à margem do controle jurisdicional. Junte-se a isso um elemento muito simples: a possibilidade de o juiz, se não contar com expertise em determinado tema, requisitar a oitiva de peritos, os quais esclarecerão os fatos sobre os quais decidirá.

⁹ SOUTO apud TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Controle Judicial Das Decisões Do Cade. *Revista do IBRAC*, vol. 12, nº 06/2005, p. 173-188.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro compartilha desta visão ao lembrar que a discricionariedade técnica pode proporcionar lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejando, portanto, a correção judicial. A jurista reitera e explicita a sua posição:

Aliás, tenho entendido que, entre os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, os conceitos técnicos são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico. No direito brasileiro, os peritos são considerados auxiliares da Justiça e, com a sua manifestação, o Poder Judiciário pode transformar em determinado um conceito que, na lei, aparece como indeterminado. Se a definição feita por ato administrativo for incorreta e causar dano ou ameaça de dano, ela pode ser invalidada pelo Judiciário¹⁰.

Cabe aqui fazer referência, por exemplo, ao procedimento de licenciamento ambiental. Esta medida administrativa analisa, de forma preventiva, certos projetos e atividades de particulares ou do Poder Público, que, em geral, afetam as condições ambientais de alguma forma ou mesmo geram degradações.

Como se sabe, a licença ambiental é concedida por meio de uma autorização, considerada por muitos um instrumento precário, posto que sempre sujeito a revisões. Atualmente, entretanto, parece mais oportuno questionar, em cada caso, sobre a concreta margem de liberdade que as leis concedem aos órgãos ambientais, evitando-se generalizações descabidas¹¹.

No decorrer do processo de licenciamento ambiental, a Administração estabelece certas condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, seja pessoa física ou jurídica, em acordo com a Resolução nº 237 no CONAMA. Cristalina é a conclusão de que, dentre os critérios estabelecidos na licença ambiental, bem como durante sua análise para concessão/renovação ou não da autorização, provavelmente se encontrarão expressões legais, ou vigentes em resoluções, que orientem a adoção de medidas técnicas pelo órgão ambiental, no estudo de cada caso concreto. Entretanto, estas prerrogativas dos órgãos ambientais, assim como de qualquer outra instituição da Administração Pública, são plenamente atacáveis judicialmente, ainda que por respeito ao direito fundamental de se postular em juízo.

3. JUDICIALIZAÇÃO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

¹⁰ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹ KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

Durante o estudo de um fato jurídico, indissociáveis são os procedimentos de interpretação e classificação do mesmo na sociedade, como destaca MacCormick, “o raciocínio jurídico depende de provas de fatos, sobre os quais se vai julgar” (MacCormick, 1995:86-98). Acerca dos fatos, apresentam-se dois tipos de teses: questões primárias e questões secundárias.

Primeiramente, insurgem questões sobre a existência empírica dos fatos, sendo este um dos instrumentos de defesa elementares que se constata em juízo. Ao se conjecturar a respeito de fatos no âmbito do “direito ambiental” em juízo, foco do presente trabalho, percebe-se a recorrência de se questionar sobre a ocorrência ou não de danos ao meio ambiente.

Concomitantemente a isto, temos questões secundárias, relacionadas à interpretação e classificação dos fatos. Inegavelmente, “os mesmos fatos empíricos podem ser irrelevantes ou criminosos, a depender de sua classificação, ou circunstâncias tuteladas pelo direito”; entretanto, tal classificação só pode ser examinada em juízo.

Partilhamos da doutrina de José Reinaldo de Lima Lopes¹², segundo o qual, dirimidos os pontos iniciais (nunca totalmente conclusivos), a respeito da ocorrência ou não de um evento, todas as atenções se voltam para as questões secundárias. Constatado o dano, as suspeitas sobre as circunstâncias, sujeitos e responsabilidades permearão todo o processo, em que deverão ser produzidas provas para instruírem o raciocínio do órgão julgador.

Somente no âmbito do Judiciário será possível a adução concreta de relevância de um fato para o direito, ou seja, a averiguação dos fatos mediante a análise de provas que darão razões para se primar por uma versão em detrimento de outra.

Na análise da ordem jurídica, percebe-se que há uma profusão de conceitos indefinidos ou elásticos, em que há uma variação do grau de precisão que apresentam. Nestes, conforme suscitado anteriormente, poderão caber interpretações divergentes pelo aplicador.

Há uma primeira impressão pejorativa que pode emergir dos conceitos jurídicos indeterminados, tendo-os como margem de arbítrio para executor ou magistrado. Não obstante a isto, a elasticidade conceitual é imprescindível para a evolução do direito na sociedade, uma vez que resta totalmente impossibilitada a probabilidade de o legislador abarcar todos os casos de uma mesma natureza. Se assim o fizesse, o Poder Legislativo acabaria por engessar o ordenamento jurídico e proporcionar uma deformidade deste com o mundo dos fatos, com o passar do tempo. Harmonizando o “dever ser” e o “ser”, a existência de conceitos indeterminados “permite disciplinar adequa-

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo, Edesp, 2004, p.31.

damente a vida social em sua rica diversidade, o que só é possível a partir de noções largas e indefinidas¹³”.

A respeito da vagueza, esses conceitos serão sempre passíveis de determinação, sempre que reclamados em casos concretos. Ao aplicador caberá, indistintamente, fundamentar o contexto e as circunstâncias fáticas que lhe convenceram, apoiando-se em parâmetros objetivos, presentes no ordenamento jurídico e na realidade da sociedade. Isto porque, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em verdade, os conceitos legais indeterminados postulam uma única solução justa, estando portanto vinculados a cada caso concreto.

Conforme preceituam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, “trata-se de conceitos com os quais as leis definem pressupostos de fato ou áreas de interesses ou de atuação perfeitamente identificáveis, ainda que o façam em termos indeterminados, que logo terão que se concretizarem no momento da aplicação”.

Neste ínterim, demonstra-se claramente que o Princípio da Legalidade não é absoluto nem o único necessário na aplicação do direito. Apesar de este princípio ter sido glorificado outrora pelo Estado Liberal, atualmente, o direito tem como pilar de sustentação o Princípio da Juridicidade, cujo valor que emerge é o da segurança jurídica. Neste novo contexto, deve-se averiguar não apenas a legalidade de um ato, mas também se sua aplicação coaduna com o interesse público, de acordo com os princípios gerais do direito. Caso contrário, tais atos estariam eivados de uma legalidade apenas aparente.

No decorrer da subsunção de conceitos técnicos (supostamente atributivos de discricionariedade técnica) pelo administrador, seja no proceder à interpretação da lei ou mesmo ao conhecimento de um fato (juízo de constatação de uma realidade), pode haver certo grau de dificuldade. Entretanto, aduz Sérvulo Correia, “o tribunal não pode, pois, recusar-se a apreciar a prova produzida sobre o assunto, sob pena de privar o recorrente da garantia constitucional de impugnabilidade dos actos administrativos”¹⁴. Caso houvesse omissão jurisdicional, diante da recusa de controle jurisdicional de tais conceitos, isto representaria a violação de um dever, cuja gravidade é de se aferir pelos interesses em causa.

António Francisco de Sousa vai além ao asseverar que, “nos casos de discricionariedade técnica, não só é seguro que existe apenas uma solução correta, como essa única solução correta pode ser, pelo menos, amplamente, controlada pelo tribunal”. Resultante da palavra do legislador, direta ou indi-

¹³ BERGEL apud LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo, Edesp, 2004.

¹⁴ CORREIA, Sérvulo apud SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994, p. 90.

retamente, toda atividade administrativa estará subordinada ao controle dos tribunais, órgãos naturais de controle da observância da lei, exceto quando determinado ato estiver excluído do controle jurisdicional por uma autorização legal discricionária¹⁵.

Dissonante da doutrina majoritária ao defender a discricionariedade decorrente da existência de conceitos jurídicos indeterminados, Bandeira de Mello desconsidera a necessidade de apreciação judicial para a correção de uma conduta tomada pela Administração, vez que esta teria optado por uma dentre outras interpretações cabíveis em um mesmo caso concreto. O aparato jurisdicional só seria pertinente para reparar violações de direito, o que se poderia verificar quando o Poder Executivo não se mantivesse no campo significativo da aplicação do conceito ou o tivesse desconhecido, por exemplo.

4. CONCEITOS INDETERMINADOS NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Ao se colacionar as premissas apresentadas sobre as circunstâncias de aplicação de conceitos indeterminados no ramo do Direito Ambiental, deve-se proceder com extremada cautela, em razão do caráter eminentemente geracional da proteção ao meio ambiente. Em novas palavras de Canotilho, em uma perspectiva globalista, “como o patrimônio natural não foi criado por nenhuma geração e como, dentro de uma geração, se deve assegurar igualdade e justiça ambientais, o direito ao ambiente de cada um é também um dever de cidadania na defesa do ambiente”.¹⁶

A compreensão dos problemas do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob este postulado globalista, suscita a proteção do ambiente como premissa que não deve abranger apenas sistemas jurídicos isolados, mas também sistemas jurídicos políticos, internacionais e supranacionais, se estruturando uma responsabilidade global quanto às exigências de sustentabilidade ambiental¹⁷. Esta visão indiscutivelmente pressupõe elevados níveis de educação ambiental e, em contrapartida, um sistema fiscalizatório eficaz, alicerces fundamentais para a criação e a manutenção de uma consciência ecológica.

4.1. A Concepção Integrativa do Meio Ambiente no Processo Legislativo

A existência de um Estado Constitucional Ecológico pressupõe uma atuação integrada no meio ambiente, culminando no que Canotilho chama

¹⁵ SOUSA, António Francisco de. Op. cit., p. 101.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34.

¹⁷ *Ibidem*.

de direito integrado do meio ambiente. Este, ainda que não esteja bem conceituado, implicaria notoriamente na avaliação integrada de impactos ambientais, cujo combate não se reduziria apenas à defesa isolada dos componentes ambientais naturais (ar, luz, água, flora, fauna) ou dos componentes humanos (patrimônio cultural, natural e construído, poluição, paisagens), mas compreenderia uma proteção global e sistemática. Decorre desta concepção integrada as múltiplas compreensões subjacentes à expressão “meio ambiente”, referente não só ao meio ambiente natural, mas ao meio ambiente como “conjunto de sistemas físicos, químicos, biológicos e as suas relações, e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”¹⁸.

Outra consequência da instauração do Direito Ambiental Integrativo seria a necessidade de um conhecimento mais amplo, multidisciplinar, que enseje uma ponderação dos direitos e interesses existentes em empreendimentos públicos e privados, e precipuamente em planejamentos, programas e planos relacionados ao meio ambiente.

Pertinente notar que, em um primeiro momento, a conexão de conhecimentos multidisciplinares durante a elaboração dos planos diretores, programas ou planejamentos nacionais, deve ter incidência imediata na atividade legislativa, que deve proceder com demasiado apreço na apuração de conceitos e expressões, bem como na vinculação e atribuição de discricionariedade ao ato que recobrirá a finalidade da norma.

Ressalte-se que a compreensão multitemática, se presente no Poder Legislativo, possibilitaria o acompanhamento produtivo e de funcionamento de um dispositivo legal. Não se trata de verificar se a *mens leges* estaria sendo cumprida ou não, mas de averiguar se os conceitos empregados no teor do mandamento legal estão verdadeiramente coadunando com o interesse público, que sempre será o de proteger o bem maior de todas as gerações: o meio ambiente.

Desta feita, reincide a premissa de que, para evitar a maior parte dos imbróglis doutrinários, deve-se retornar às lições propedêuticas, ou melhor, às bases de existência e sustentação de determinada norma. Somente esta, a norma fundamental poderá dar validade jurídica aos diversos atos administrativos dela decorrentes, ainda que revistam diferentes fatos.

4.2. A Concepção Integrativa do Meio Ambiente nos tribunais

O direito integrativo do meio ambiente teria, em terceiro plano, interferências relevantes no “modo de atuação dos instrumentos jurídicos do

¹⁸ Idem, p. 36.

Estado de direito ambiental”¹⁹ e, por conseguinte, na atividade desenvolvida nos tribunais pátrios, tendo em vista que “a ponderação de direitos e interesses em uma perspectiva multitemática é, por sua natureza, mais complexa e conflitual”.

A qualificação em matéria ambiental do estado-juiz, sem dúvidas, proporcionaria a diminuição dos questionamentos à legitimação dos julgadores para apreciarem temas bastante específicos. Entretanto, não se defende uma utopia mascarada de projeto, segundo a qual todo o Poder Judiciário se debruçaria sobre o estudo do meio ambiente em termos técnicos, para além dos próprios parâmetros legais.

Sob a perspectiva do direito, existe o dever primário do Estado proporcionar a criação de um comunitarismo ambiental e de efetivar a responsabilidade ambiental, como decorrência da necessidade de preservação do meio ambiente. A toda à sociedade é estendido o mesmo dever. Em todo esse processo, exigida é a participação ativa do cidadão. Seria este o conjunto de deveres fundamentais ecológicos. Um nível elevado de conscientização ambiental será viabilizado pelo Compartilhamento de Responsabilidade ou Responsabilidade Comum (“*shared responsibility*”) entre Estado, empresas, associações, cidadãos e diversos grupos de cooperação no amparo do ambiente. A concretização de tais deveres passa, de forma necessária, pela atuação do Poder Judiciário.

A adoção desta conduta de responsabilização, ou dever fundamental ecológico, implicaria na necessidade de supedâneo constitucional, que disciplinaria a existência deste dever sem incorrer em violações a outros direitos fundamentais, o que demonstra a efetiva importância do Poder Judiciário na efetivação do direito ao meio ambiente sadio.

Ao abordar a importância da atuação do Poder Judiciário, Canotilho suscita alguns instrumentos processuais ambientais fundamentais, como o Mandado de injunção ecológico no Estado Constitucional Ecológico, como meio de se reconhecer o direito a normas concretizadoras e, em contrapartida, extinguir inequívocos déficits de exequibilidade. Ainda com escopo de reconstruir as possibilidades de legitimação ativa nas ações de responsabilidade, o Estado Constitucional Ecológico deverá, primeiramente, dinamizar as mencionadas ações de reparação de danos ao meio ambiente para, como objetivo final, abrir a oportunidade de, pelo menos, as associações não governamentais agirem subsidiariamente na defesa do ambiente, quando o Estado for omissivo ou optar por forma de atuar inadequada.

5. CONCLUSÕES

¹⁹ Idem, p. 37.

A realização máxima dos institutos jurídicos é demonstrada em um plano de existência empírico, pois o direito como prática reúne características comuns da sociedade, essenciais para a adequada subsunção da lei. Neste procedimento, percebe-se que o estudo da linguagem no Direito se configura imprescindível para interpretar e elaborar normas jurídicas. Na busca do conteúdo normativo inserido nos dispositivos legais, encontram-se conceitos indeterminados, que demandam análises mais detalhadas.

A análise minuciosa dos conceitos indeterminados é imprescindível na seara da subsunção da norma, precipuamente para que a vagueza não implique em insegurança jurídica aos administrados.

Ainda que haja divisão da doutrina especializada, principalmente acerca da existência ou não de discricionariedade atribuída pela elasticidade conceitual, demonstrou-se evidente que a qualidade do ato administrativo a ser praticado sempre decorrerá de lei. Portanto, cristalina é a adução de que, em regra, um conceito indeterminado, no plano abstrato, adquire concretude diante de cada situação jurídica do mundo real.

Deste modo, prima-se pela necessidade de certa indeterminação para o ordenamento jurídico, com objetivo de possibilitar a evolução do direito, sem a necessidade de se editar leis constantemente.

Bastante questionada perante os tribunais, a tese da Discricionariedade Técnica se apresenta intimamente relacionada ao Direito Ambiental, posto que muitas vezes se recorre a profissionais especializados para facilitar a adoção de certo procedimento em detrimento de outro. Haveria neste caso a limitação do controle judicial, em face de uma qualidade discricionária, eminentemente concedida pela simples existência de termos técnicos?

Diante de tantos questionamentos acerca da submissão ou não dos atos administrativos ao controle judicial, reitera-se que somente nesta esfera haverá a verificação da ocorrência ou não de um fato danoso para o direito e, conseqüentemente, para toda a sociedade. No caso do Direito Ambiental, subentende-se que os danos sofridos por seu bem tutelado importam em graves conseqüências para as atuais e futuras gerações, razão pela qual é imperiosa a inafastabilidade do Judiciário de atos administrativos ambientais.

Inegável, portanto, a necessidade primeira de uma atividade eminentemente protecionista, a partir de instrumentos de fiscalização ambiental. A adoção destes métodos proporciona a apuração antecipada dos danos ambientais, bem como de seus causadores, que responderão nos domínios civil, penal e administrativo, concomitantemente.

Por sua vez, a atuação do Judiciário, que deve permear as relações jurídicas em matéria ambiental, necessita, em contrapartida, de uma atividade

legislativa com maior apreço às expressões terminológicas para atender as necessidades ambientais e evitar lacunas na lei.

A emersão do dever fundamental ecológico para o Estado, por sua vez, requer instrumentos processuais de acesso facilitado, que possibilite o ingresso subsidiário de associações, quando constatada a omissão do Estado. Ousa-se incluir neste rol de ações ambientais remodeladas em sua legitimidade ativa, a ação penal subsidiária da pública, em se tratando de crimes ambientais, diante de procedimentos não elucidados pelo Estado em seu prazo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Edesp, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Adequabilidade Normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008, Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994.



A QUESTÃO DA EXPORTAÇÃO NO CÓDIGO ADUANEIRO - CAM

*Maria de Fátima Ribeiro**

Resumo

O artigo visa à análise do Código Aduaneiro do Mercosul (CAM), que estabelece o âmbito de aplicação e o território aduaneiro, regulando o comércio entre os países do bloco e entre outros Estados. Pretende-se discutir as implicações da adoção do CAM, a sua relevância e os obstáculos encontrados para a sua implementação, as questões relacionadas à exportação entre os países do bloco, a incidência de impostos sobre a exportação e a necessidade de sua regulamentação, entre outras questões atinentes à temática.

Palavras-chave

Código Aduaneiro do Mercosul (CAM). Exportação. Impostos.

Abstract

The paper aims to analyze the Mercosur Customs Code (MCC), which establishes the field of application and customs territory, regulating trades between the bloc countries and between other countries. The aim is to discuss the implications of the adoption of MCC, its relevance and the obstacles to its implementation, issues related to exportation between the bloc countries, the incidence of exportation taxes, its regulation and other matters about the theme.

Keywords

Mercosur Customs Code (MCC). Exportation. Taxes.

1. INTRODUÇÃO

Na cidade de Buenos Aires na Argentina, nos dias 26 e 27 de agosto de 2010, a Universidade Austral e o Instituto Argentino de Estudos Tributários, promoveram e organizaram o *I Congresso Internacional de Direito Aduaneiro do MERCOSUL*¹ com o objetivo de discutir o Projeto do Código Aduaneiro do MERCOSUL. No entanto, em 02 de agosto de 2010, foi aprovado o *Código Aduaneiro do MERCOSUL - CAM*, pela Decisão nº 27/10 do Conselho do Mer-

* Doutora em Direito Tributário pela PUC de São Paulo, Coordenadora e Professora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – São Paulo, Vice-Presidente do Instituto de Direito Tributário de Londrina – Paraná – Brasil.

¹ Destaca-se a importante coordenação do Congresso pelo Professor Doutor Alejandro D. Perotti da Universidade Austral de Buenos Aires – Argentina.

cado Comum². Durante o Evento foi analisado e discutido o CAM com a participação de diversos representantes dos países que integram o MERCOSUL bem como convidados de outros países. Referido evento teve um papel preponderante na discussão da temática cujas conclusões demonstram a preocupação dos conferencistas sobre a interpretação, a vigência e a eficácia do CAM.

Durante o Congresso mencionado, participamos do Módulo V, referente aos Tributos e Restrições a Exportação, juntamente com os conferencistas Julio C. Lascano³, Juan Pérez-Cotapos⁴ e com o moderador Julio Rodrigo Carrazana Gallo⁵.

O Código Aduaneiro do MERCOSUL é uma realidade. Já era uma necessidade desde a formação do bloco do Cone Sul. A decisão nº 27/10 do Conselho do MERCOSUL que aprovou o Código Aduaneiro, como um Código marco, tem como antecedente o Tratado de Assunção e o Protocolo de Ouro Preto. Inicialmente, por força da Decisão nº 25 do Conselho do Mercado Comum de 16.12.1994 o Protocolo de Ouro Preto criou o Protocolo Relativo ao Código Aduaneiro do MERCOSUL, tendo por escopo harmonizar e uniformizar os métodos e legislações dos quatro países que integram o MERCOSUL. Referido Código não entrou em vigor. Seria necessária a aprovação do mesmo, por pelo menos dois Estados do Bloco. O único país que aprovou o CAM de 1994 foi o Paraguai. De lá, até agosto de 2010, foram realizadas diversas tentativas para aprovação do Código.

O Código Aduaneiro atual estabelece o âmbito de aplicação e o território aduaneiro que regula o comércio entre os países do bloco mercosulino e entre outros Estados. Durante os próximos seis meses, os Estados Partes farão as consultas e gestões necessárias para a eficaz implementação do mesmo dentro de seus respectivos sistemas jurídicos.

É importante ressaltar que a Decisão nº 27/10 do Conselho Comum do MERCOSUL estabeleceu que os Estados Partes se comprometem a harmonizar aqueles aspectos não contemplados no Código Aduaneiro do MERCOSUL e que tal decisão deverá ser incorporada aos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes.⁶ Detalha que as legislações aduaneiras de cada

² Atualmente a Decisão CMC N° 27/10 não se encontra vigente. Está em processo de internalização aos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes do MERCOSUL (novembro – 2012).

³ Advogado em Buenos Aires – Argentina.

⁴ Advogado em Santiago – Chile.

⁵ Advogado e professor da Universidade Santa Maria em Caracas – Venezuela.

⁶ As legislações aduaneiras de cada Estado Parte serão aplicáveis supletivamente dentro de suas respectivas jurisdições, nos aspectos não regulados especificamente por este Código, por suas normas regulamentares e complementares. Manterão sua validade, no que não contrariem as disposições do Código (CAM), as normas editadas no âmbito do MERCOSUL em matéria aduaneira. Manterão sua validade os tratados internacionais que se encontrem vigentes em cada Estado Parte na data de entrada em vigor do Código.

um dos Estados partes serão aplicáveis supletivamente dentro de suas respectivas jurisdições, nos aspectos que não são regulados pelo Código.

Estas normas, do referido Código, passarão a ser aplicadas pelos países integrantes do MERCOSUL, tão logo, os parlamentos nacionais ratifiquem o novo ordenamento jurídico aduaneiro, que regulará o comércio internacional dos Estados Partes do Bloco.

É corrente sinalizar que as crises econômicas têm abalado o mundo com reflexos para diversos países, entre eles os países do MERCOSUL. E isto pode afetar posicionamentos que exigem compensações diferentes daquelas que estão acordadas a partir do Tratado de Assunção. Deve-se ter em conta que as regras estabelecidas não podem ser alteradas a cada crise.

Os regimes de proibições de importação e de exportação também denominados de restrições diretas ou restrições não tarifárias devem ser considerados junto com os regimes aduaneiros como aspectos de vital importância na legislação aduaneira. Também é importante ressaltar que a questão relativa às restrições diretas de mercadorias refere-se a um tema relevante que não só tem sido regulado nos Códigos Aduaneiros dos Estados e também nos Tratados Internacionais, como é o caso do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio).

Também em 02.08.2010 o Conselho do Mercado Comum aprovou a Decisão nº 10/10 que dispõe sobre eliminação da dupla cobrança da TEC – Tarifa Externa Comum e da Distribuição da Renda Aduaneira. De igual modo, tal decisão necessita ser incorporada no ordenamento jurídico dos Estados Partes do Bloco.

O Código Aduaneiro do MERCOSUL é o principal instrumento de regulação das relações do bloco com terceiros países, e a legislação complementar dos tributos sobre o comércio exterior devem atuar no sentido de corrigir as desigualdades regionais sociais e econômicas, promovendo a igualdade com a harmonização ou a uniformização de legislação e os procedimentos aduaneiros.

Não consiste apenas em ter uma tarifa para as importações de fora da região e também eliminar as múltiplas incidências diretas e indiretas de tributos sobre as rendas. Os produtos externos aos países do MERCOSUL, quando importados, estão sujeitos ao pagamento do imposto de importação nos termos da legislação do país de entrada.

Referido Código encontra-se em tramitação nos Estados partes do Bloco mercosulino. Em agosto de 2012, o Poder Executivo do Uruguay remeteu ao Congresso o Projeto do Código juntamente com uma nova Lei de Aduanas. No Brasil, o Projeto encontra-se em análise na Procuradoria da Fazenda. Desde agosto a Venezuela está internalizando o Código em sua legislação.

Na Argentina, no início de setembro o Congresso aprovou uma primeira análise do Código, conforme informou Ricardo Echegaray, titular da AFIP – Administração Federal de Ingressos Públicos, nas Comissões de Relações Exteriores do Senado da Argentina no processo de aprovação do Código Aduaneiro do Mercosul. Echegaray, explicou que *la aprobación de la norma fortalecerá la aplicación de la política fiscal nacional en materia de derechos de exportación*.⁷

2. A QUESTÃO DA EXPORTAÇÃO NO CÓDIGO ADUANEIRO DO MERCOSUL

A implantação e a manutenção de um Bloco de comércio é uma tarefa das mais árduas a serem enfrentadas por governos de diversos países por todo o mundo. No caso do Brasil e sua atuação no MERCOSUL dentre os muitos desafios a serem enfrentados, talvez o maior deles, seja o de harmonizar as legislações pertinentes.

Desta forma, quando entra em vigor uma resolução política, como é no caso o CAM, relacionado a participação num bloco comercial, normalmente isto significa uma vitória para a diplomacia da reciprocidade. Mas, também pode representar problemas de interpretação, de adaptação, de harmonização e questões que podem comprometer a integração econômica do MERCOSUL. Neste caso os interesses de determinados Estados Partes podem conflitar com objetivos maiores como a integração entre os países que compõem o Bloco mercosulino.⁸

O processo de integração aduaneira requer a efetiva realização de três bases formadoras: a livre circulação de mercadorias que ocorre com a plena união aduaneira; a legislação aduaneira, essencial e de natureza econômica, normatizando e regulamentando aspectos concernentes para importação e para exportação das mercadorias; a Tarifa Externa Comum - TEC, lista de mercadorias codificadas segundo a Nomenclatura Comum do MERCOSUL aplicáveis às mercadorias oriundas de terceiros países.

A adoção da TEC estabelece uma base tarifária que rege a incidência tributária. Excluídos da TEC estão os produtos negociados pelos Estados-Partes com os países da ALADI – Associação Latino-americana de Integração

⁷ ECHEGARAY, Ricardo. **El código aduanero del Mercosur es un paso fundamental hacia la unión aduanera**. Secretaria de Comunicación Pública. Presidência da República Argentina. Disponível em: <<http://www.prensa.argentina.ar/2012/08/29/33647>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

⁸ No processo de integração do MERCOSUL podem ocorrer dificuldades de ajustes ou acordos que envolvam as questões de importação e de exportação, sendo as mais comuns são as que envolvem as duas maiores economias do bloco o Brasil e a Argentina. Exemplos destas relações são muitos, como as queixas contra as práticas comerciais provenientes de acordos do Bloco, feitas por produtores de arroz e trigo na região Sul do Brasil ou as barreiras impostas pela Argentina a importação de produtos de “linha branca” brasileiros como fogões geladeiras e máquinas de lavar entre outros.

e também Produtos do Regime de Adequação Final aos quais se aplica uma tarifa decrescente.

O caráter reservado da maioria dos documentos relativos à elaboração do CAM, não permite inferir quais foram avanços efetivos promovidos desde meados de 2006, quando o Grupo do MERCOSUL aprovou a Resolução 40/2006. Vale lembrar, que na ocasião, foram definidas importantes diretrizes a ser seguidas na elaboração do CAM. Dentre elas, destacaram-se⁹:

- *Fato Gerador da Obrigação Tributária*
- *Alcance do Código Aduaneiro*
- *Âmbito de Aplicação Espacial do CAM*
- *Território Aduaneiro*
- *Infrações Aduaneiras entre outras*
- *Mar Territorial*
- *Depósitos Aduaneiros*

Após a aprovação da Res. 40/06, os negociadores nacionais afirmaram com otimismo que mais de 80% do CAM já havia sido acordado. No entanto, dois anos mais tarde, em Tucumán os negociadores afirmaram que ainda tinham alguns obstáculos que deveriam ser superados, pelo menos em três áreas: a) Delimitação precisa do território aduaneiro do MERCOSUL; b) a definição das áreas aduaneiras especiais, inclusive o mar territorial e c) o tema dos direitos de exportação.¹⁰

Referente ao tema dos direitos de exportação, segundo o representante da Argentina, a redação do CAM contemplava três alternativas: a) não incluir os direitos de exportação no Código; b) determinar que esses direitos fossem definidos em nível comunitário ou c) permitir que cada país estabelecesse seus direitos de exportação. O representante da Argentina declarou que seu País defendia a última alternativa. Do outro lado, o Uruguai manifestou sua preferência no sentido de que os direitos de exportação ficassem sujeitos à aprovação do Conselho do Mercado Comum.¹¹

A Decisão nº 27/10 do Conselho do MERCOSUL que aprovou o CAM, destaca no artigo 1º - 4, que as legislações aduaneiras de cada Estado Parte serão aplicáveis supletivamente dentre de suas respectivas jurisdições nos aspectos não regulados especificamente pelo Código, por suas normas regulamentares e complementares. Notadamente tais regulamentos terão como objetivos facilitar a aplicação no âmbito interno de cada país, considerando

⁹ Informe MERCOSUL nº 14 – 2º sem./2008 e 1º sem./2009, CNI, pág. 78/9.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Informe MERCOSUL nº 14 – 2º sem./2008 e 1º sem./2009, CNI, pág. 79, conforme reproduzida na imprensa.

suas legislações específicas, após a recepção do CAM. Trabalho este, de representativa importância para a eficácia do Código.

De igual modo, o Artigo 3º destaca como definição básica: Exportação – a saída de mercadoria do território aduaneiro do MERCOSUL. Já o Artigo 7º ressalta que a Administração Aduaneira é o órgão nacional competente, conforme as normas vigentes em cada Estado Parte, para aplicar a legislação aduaneira, prescrevendo as seguintes situações: alínea “c”) aplicar as normas emanadas dos órgãos competentes, em matéria de proibições ou restrições à importação e à exportação de mercadorias; e, alínea “d”) determinar, arrecadar e fiscalizar os tributos aduaneiros e os que lhe forem demandados.

O artigo 157 do CAM estabelece no item 4 que referido Código Aduaneiro não trata sobre imposto de exportação e, por essa razão, a legislação dos Estados Partes será aplicável no seu território aduaneiro preexistente à sanção do Código, respeitando os direitos dos Estados Partes.

Daí questionar: Como o CAM não dispõe sobre a incidência de imposto de exportação, é possível aos Estados Partes aplicar os direitos de exportação intrazona? Se o CAM não proíbe expressamente é possível os Estados recorrerem para a incidência do tributo? O Código Aduaneiro do Mercosul prevê expressamente que não se aplica às operações de exportação (art. 157 – 4), e, sim somente para a importação, destacando que normas regulamentares, em momento oportuno, tratarão da questão. Há com isso, certa inquietude uma vez que a interpretação dos artigos do CAM podem gerar outros desdobramentos que terão seus reflexos no desenvolvimento dos países do Bloco e conseqüentemente dificultará o seu processo de integração. Para esta questão podemos nos valer do artigo 1º do Tratado de Assunção que reza que os Estados Partes assumem, naquele ato, o compromisso de harmonizar suas legislações para o fortalecimento do processo de integração. Implica assim na livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países, entre eles a eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadores e de qualquer outra medida de efeito equivalente, entre outros o estabelecimento de uma tarifa externa comum. No Anexo I, artigo 2º, inciso b do Anexo I do Tratado de Assunção, vem demonstrado que se entenderá por restrições, qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambiário ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte, impeça ou dificulte por decisão unilateral o comércio recíproco.

3. TRIBUTAÇÃO SOBRE O COMERCIO EXTERIOR: IMPOSTO SOBRE A EXPORTAÇÃO NO BRASIL

Os principais tributos que incidem sobre as operações de comércio exterior previstos na Constituição da República Federativa do Brasil são: Imposto sobre a Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, Imposto de Importação de produtos estrangeiros, ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços), IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) e COFINS/PIS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social/Programa de Integração Social). No entanto, algumas situações que envolvem a exportação de produtos estão imunes ou isentas de alguns dos tributos mencionados, conforme prevê a Constituição Federal e a legislação complementar específica.

O Decreto 6759/09 regulamenta a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, incluindo os impostos acima mencionados.

Segundo a Constituição Federal (art. 153, II), o Imposto de Exportação é de competência exclusiva da União (governo central) e tem como fato gerador a saída de produto nacional ou nacionalizado do território nacional. A exportação significa, portanto, a saída a título definitivo da mercadoria do país.

Este imposto tem função fiscal e regulatória controlando a saída de produtos do país, atendendo assim, também a função extrafiscal do tributo. Não está sujeito ao princípio da anterioridade, podendo ser alterado no mesmo exercício financeiro, pelo Poder Executivo que pode a qualquer tempo, alterar (reduzir ou aumentar) suas alíquotas. Atendidas as condições e os limites previstos em lei (art. 153 § 1º e art. 150, § 1º da Constituição Federal), a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e do comércio exterior, as alíquotas podem ser alteradas, como já exposto anteriormente. Em caso de aumento, a alíquota do imposto não poderá ser superior a 150%. Essas alterações podem surtir efeitos a partir da data da publicação no Diário Oficial da União (DOU). Atualmente, poucos produtos têm incidência do Imposto de exportação, sendo que a grande maioria é tributada com alíquota zero, devido à política governamental de incentivo às exportações¹². Destacam-se entre os produtos sujeitos à incidência do Imposto de Exportação: Peles e couros de animais – 9%; armas e munições – 150%, fumo, cigarro, filtro e papel para cigarros – 150%, couros e peles curtidos de bovinos depilados mas não preparados de outra forma – 9%.

O Imposto sobre Exportação está regulado no Código Tributário Nacional nos artigos de 23 a 28, fixando a As alíquotas, base de cálculo, contribuintes e fato gerador. Referida regulamentação está disposta também no Decreto-Lei nº 1.578/77.

¹² Os produtos sujeitos ao imposto sobre a exportação estão descritos no Anexo N da Portaria SECEX nº 25/08.

O fato gerador se caracteriza com a saída de produto nacional, ou nacionalizado, para outro país, quando da expedição da Guia de Exportação ou documento equivalente, qualquer que seja a finalidade de quem remete. Com exceção dos casos pessoais, como bagagens, estabelecidos no art. 23 do CTN e art. 1º do Decreto-Lei nº 1.578/77, não importa que se trate de doação ou mercadoria do próprio remetente, o fato da saída para fora do país ocasiona o fato gerador.

Contribuinte do imposto é o exportador que deve recolher o tributo ou quem a lei a ele equiparar, considerada qualquer pessoa que promova a saída de produtos do território nacional, podendo também a lei equiparar terceiro ao exportador. O exportador deve recolher o tributo antes de efetivada a saída definitiva da mercadoria para o exterior.

O Poder Executivo indica quais são os produtos que estão sujeitos à incidência do imposto sobre a exportação, que tem como base de cálculo do imposto o preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da exportação, em uma venda em condições de livre concorrência no mercado internacional, não podendo ser inferior ao seu custo de aquisição ou de produção, acrescido dos tributos incidentes e da margem de lucro mínima de 15% sobre a soma dos custos, impostos e contribuições, observadas as normas expedidas pelo Poder Executivo, mediante ato do Conselho Monetário Nacional. As saídas de produtos que tenham ingressado em regime de admissão temporária ou de produtos que devam retornar ao país não configuram propriamente uma exportação.¹³

A lei pode adotar como base de cálculo a parcela do valor ou do preço excedente de valor básico, fixado de acordo com os critérios e dentro dos limites por ela estabelecidos.

A exportação pode ser realizada de forma direta e indireta dependendo da forma de realização da operação. Em razão da política de incentivo fiscal concedida pelo governo brasileiro, as exportações gozam de diversos benefícios tributários. Na exportação direta, o próprio produtor ou revendedor envia a mercadoria para o destinatário (importador) situado fora do Brasil, sem utilizar intermediários. Já na exportação indireta, que ocorre com a remessa com a finalidade específica de exportação, o produtor remete o produto a uma empresa comercial exportadora, com a finalidade específica de exportação, com benefícios e incentivos fiscais, conforme prevê a legislação aplicável.

¹³ O preço à vista do produto, FOB ou posto na fronteira, é indicativo do preço normal. Quando o preço do produto for de difícil apuração ou for susceptível de oscilações bruscas no mercado internacional, o Poder Executivo, mediante ato do Conselho Monetário Nacional, fixará critérios específicos ou estabelecerá pauta de valor mínimo, para apuração de base de cálculo.

Atualmente todas as saídas de mercadorias, produtos ou bens com destino ao exterior gozarão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, IPI¹⁴ em forma de imunidades previstas na Constituição Federal e as isenções previstas em leis e regulamentos referentes ao PIS/PASEP e COFINS, que diferenciam se é cumulativo ou não cumulativo, bem como diferencia a exportação direta e indireta quanto à incidência dos referidos tributos.

No entanto, não há benefício fiscal aplicável a apuração do IRPJ - Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou da CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido¹⁵. Assim, o lucro, renda ou proventos provenientes das operações de exportação será tributável pelos tributos acima mencionados, quer sejam: IRPJ e CSLL, conforme dispuser a legislação federal quando da ocorrência do fato gerador, ou seja, da saída do produto do território nacional.

Todos os benefícios fiscais mencionados, aplicáveis à exportação direta e à indireta são condicionados à efetiva remessa da mercadoria para o exterior.

Há que ser considerado para fins de análise da exportação o *drawback* interno (verde-amarelo). Trata-se de operação realizada no Brasil, entre fornecedor nacional de insumos para uma indústria exportadora, que industrializará tais insumos e realizará a posterior exportação do produto resultante. Com isso ocorrerá a modalidade suspensão dos tributos federais incidentes na venda entre fornecedor e indústria exportadora (IPI, PIS/PASEP, COFINS). No entanto, ocorrerá a tributação do ICMS, podendo ocorrer alguma isenção do imposto se a legislação estadual possibilitar tal benefício.

4. DO TRATADO DE ASSUNÇÃO AOS TRIBUTOS E RESTRIÇÕES ESTABELECIDOS PELO CAM

As restrições correspondem quaisquer medidas de caráter administrativo. O Programa de Liberação Comercial do MERCOSUL estabelece que os países do Bloco se comprometem a eliminar todos os gravames e restrições do comércio recíproco. Por gravame se entende os direitos aduaneiros, e, quaisquer outras medidas equivalentes, seja de caráter fiscal, cambial, monetária ou de qualquer natureza que incidam sobre o comércio exterior, conforme estabelece o Tratado de Assunção.

As restrições diretas aplicadas às importações, via de regra, são quantitativas e de mecanismos de preços. Já as restrições indiretas relacionadas às exportações correspondem às proibições e quotas derivadas da participação

¹⁴ IPI – Imposto sobre produtos industrializados (Constituição Federal art. 153, § 3º, III); ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (Constituição Federal art. 155, § 2º, X, alínea a);

¹⁵ Instituída pela Lei nº 7.689/88.

do governo na fabricação, venda e comércio de determinados produtos; as restrições derivadas de medidas governamentais de incentivo ao desenvolvimento regional e setorial, vantagens fiscais e subvenções; as restrições aos meios de informação e comercialização interna; as restrições creditícias do setor importador bem como os impostos internos discriminatórios.¹⁶ Essas restrições muitas vezes não são fáceis de identificação, o que pode impedir a livre circulação de produtos intra-zona. A harmonização ou a uniformização regulamentar é o procedimento eficaz para diminuir tais entraves ou barreiras.

Com o Tratado de Assunção, os Estados partes assumiram o compromisso de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para o fortalecimento do processo de integração. Restou claro aos Estados Partes que se tratava de um processo para implantar o Mercado Comum.

O artigo 1º do referido Tratado destaca que para construção desse mercado comum, implicaria a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países, entre eles a eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias a circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente e estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum - TEC. Para a união aduaneira o regulamento deve ser unificado, havendo um conjunto de normas aduaneiras obedecidas por todos os Estados Partes.

Nos próximos meses as consultas poderão ser apresentadas e as regulamentações serão necessárias para a viabilidade do CAM, mas fundamentalmente, espera-se que o Código seja recepcionado pelos Estados Partes, e, que seja efetivamente aplicado.

O Artigo 135 do Código Aduaneiro estabelece nos itens 1 e 2 que serão consideradas proibições ou restrições as medidas que proíbem ou restringem de forma permanente ou transitória a introdução ou retirada de determinadas mercadorias no/ou do território aduaneiro. As proibições ou restrições serão de caráter econômico ou não econômico, de acordo com sua finalidade preponderante.

Já o artigo 136, por sua vez ressalta que as proibições ou restrições de caráter econômico somente são aplicáveis aos regimes aduaneiros de importação definitiva e exportação definitiva. E ainda completa que as proibições ou restrições de caráter econômico à importação definitiva não afetam a mercadoria que tenha sido previamente exportada temporariamente. As proibições ou restrições de caráter econômico à exportação definitiva não afetam a mercadoria que tenha sido previamente importada temporariamente.

¹⁶ De igual modo destacam-se as restrições fitossanitárias: Qualidades de produtos e questões relacionadas ao meio ambiente; procedimentos arbitrários na classificação aduaneira e programas de investigação e desenvolvimento financiado pelo governo.

A mercadoria introduzida no território aduaneiro que não possa ser incluída em um regime aduaneiro, em virtude de proibições ou restrições, deverá ser retornada ao exterior, reexportada, destruída ou submetida à aplicação de medidas de outra natureza previstas nas normas regulamentares, complementares e nas emanadas dos órgãos competentes é o que preceitua o art. 137 do CAM.

Merecem destaques as prescrições do artigo 139 do CAM que estabelece que quando a mercadoria submetida a uma proibição ou restrição de caráter não econômico se encontre em depósito temporário de importação, ou for submetida ou se pretender submetê-la a um regime de importação, a Administração Aduaneira, exigirá que o interessado a retorne ao exterior ou a reexporte dentro do prazo estabelecido nas normas regulamentares.

No âmbito do MERCOSUL, os acordos de restrição de exportações surgiram como uma alternativa, diante das dificuldades políticas e jurídicas para a definição de salvaguardas. Por ora, concentra-se na viabilidade jurídica dessa opção, primeiramente à luz das regras do sistema multilateral e, em seguida, do regional.

5. CONCLUSÕES

Um dos objetivos da incidência do imposto sobre a exportação consiste em avaliar as iniciativas para a restrição do comércio no MERCOSUL, a partir de uma perspectiva econômica, política e jurídica.

É importante verificar que a retirada de gravames ou outros obstáculos são importantes para a livre circulação de bens, que é um dos objetivos fundamentais do processo de integração do MERCOSUL. E, mais importante ainda é a possibilidade da existência, no CAM, de um sistema integrado e informatizado, que em tempo real possa ter a interligação de todos os controles aduaneiros dos Estados Partes. Com isso, teriam alfândegas menos burocráticas e mais ágeis, com a diminuição de papéis e demais procedimentos administrativos tradicionais que podem ser diminuídos.

As restrições econômicas e não econômicas (se for o caso) não devem ser minuciosas suas previsões no CAM. A tendência poderia ser, no mesmo sentido, considerando as proibições ou restrições econômicas previstas no GATT. As demais limitações devem ser respeitadas em virtude da supremacia dos tratados internacionais que prevalecem sobre as leis, no Brasil, verificado pelo controle de constitucionalidade.

Deve ser observado o caráter antieconômico do imposto sobre a exportação, que, em geral pode considerar alguns obstáculos para o país na concorrência internacional, onerando os seus produtos e o seu comércio com o estrangeiro.

Diante desta constatação, a sua utilização há de ser feita com extrema prudência. Isto porque, ao incidir sobre produtos que serão adquiridos no exterior, a tributação pode tornar-se o mais das vezes em obstáculo para a conquista dos mercados estrangeiros. É por isso que o imposto de exportação deve incidir sobre produtos relativamente aos quais o país exportador apresente tais vantagens competitivas.

Deve ser incluído no Código Aduaneiro do MERCOSUL, se for o caso, tratativas no sentido de regulamentar as restrições diretas sobre a exportação, que sejam informadas as distinções entre restrições diretas e econômicas. De igual modo se se regule o âmbito temporal de aplicação das proibições à exportação.

O CAM deveria ter por finalidade alcançar o equilíbrio dos interesses contrapostos do Estado, como controlador das exportações e importações e do comércio, atendendo suas necessidades. Deverá ter disposições no Código Aduaneiro que recepcionam as necessidades do comércio, sem obstruí-lo e dar garantias para evitar possíveis abusos através discricionariedade aduaneira. Ocorre que a diferença entre os países em matéria de tributos, infrações entre outros aspectos tributários ou não tributários, requer um estudo cauteloso. Isto porque, a finalidade de uma aduana não deveria ser arrecadatória e sim de controle da exportação e importação.

O CAM integra a legislação do MERCOSUL, portanto, deverá estar em sintonia com o Artigo 1º do Tratado de Assunção, que implica na livre circulação de bens e serviços e fatores produtivos entre os países do Bloco bem como a eliminação de quaisquer direitos alfandegários, restrições não tarifárias, evitando com isso barreiras à circulação do mercado. No entanto, o que se observa é justamente o contrário. A cada dia são estabelecidas barreiras que impedem a circulação de bens, dificultando o processo de integração.

No caso do Código Aduaneiro, a definição do território aduaneiro para a aplicação do Código, o tratamento de áreas aduaneiras especiais e o tema dos impostos sobre a exportação têm sido os principais desafios enfrentados pelos governos, para estabelecer os acordos no nível político do Bloco.

O que deve ser considerado é que a imprescindibilidade de uma harmonização e cooperação entre as administrações aduaneiras para que o Código Aduaneiro do MERCOSUL se torne uma realidade e não mera ficção.

Enquanto o MERCOSUL não tratar dos direitos da exportação, os Estados Partes continuarão aplicando as suas legislações internas e os tratados que não contrariem o CAM.

A seguir são apresentadas as conclusões do Módulo V realizado no *I Congresso Internacional de Direito Aduaneiro do MERCOSUL*¹⁷, que resumidamente consistiram em:

1 - La consagración a texto expreso en el CAM de los tributos aduaneros a la exportación así como las restricciones a la exportación, sin aclaración que las mismas no son aplicables, en general, a los países miembros, son una traba a la integración del bloque com distorsiones en el mercado regional, haciendo crecer las asimetrías entre los socios.

2 - En Chile las exportaciones no pagan derechos de aduanas. En el CAM se prevé expresamente esta posibilidad.

3 - No Brasil os impostos sobre o comércio exterior podem ter alíquotas alteradas pelo Poder Executivo necessitando de alterar a Constituição da Republica nos termos dos objetivos e fundamentos do MERCOSUL.

4 - El art. 157, apart. 4, del CAM prohíbe la aplicación de derechos de exportación a las exportaciones intra Mercosur.¹⁸

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Patrícia. **Barreiras Não-Tarifárias às Exportações Brasileiras no MERCOSUL: O caso dos calçados**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. **Análise da Tributação na Importação e na Exportação**. São Paulo: Aduaneiras, 2010.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____; _____. CORREA, Carlos M. (org.) **Direito, Desenvolvimento e Sistema Multilateral de Comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao Direito Aduaneiro**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

CÓDIGO ADUANEIRO DO MERCOSUL.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

COSTA, Lígia Maura. O Código Aduaneiro do MERCOSUL. In: **MERCOSUL. Seus efeitos Jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹⁷ Realizado em Buenos Aires nos dias 26 e 27.08.2010 na Universidade Austral.

¹⁸ Referem-se às conclusões apresentadas pelos palestrantes identificados na Introdução.

COSTA, Lígia Maura. Os Códigos Aduaneiros do MERCOSUL e da União Européia: Ficção vs. Realidade. In: **Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 1996.

ECHEGARAY, Ricardo. **El código aduanero del Mercosur es un paso fundamental hacia la unión aduaner**. Secretaria de Comunicação Pública. Presidência da República Argentina. Disponível em: <<http://www.prensa.argentina.ar/2012/08/29/33647>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

FERNANDES, Edison Carlos. **Sistema Tributário do MERCOSUL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Maxsoel Bastos de. O Direito Aduaneiro como ramo autônomo do Direito. **Revista do Direito**: Periódico PUCRS, Uruguaiana, RS, v. 3, n. 3, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Importação e Exportação no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

INFORMATIVO MERCOSUL – 2008 e 2009.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Código Aduaneiro do MERCOSUL I**: Comentários ao Protocolo. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

ROCHA, Maria de Conceição Ramos. **MERCOSUL – Alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. **Comércio Internacional & Medidas Antidumping**. Curitiba: Juruá, 2008.

TREVISAN. Rosaldo. **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex, 2008.



A TEORIA DA NORMA JURÍDICA E A EFETIVIDADE DO DIREITO

*Renata de Assis Calsing**

Resumo

O artigo trata da tensão existente entre o Direito, como sistema unificado de valores ideais, e a aplicação concreta das normas, que nem sempre corresponde ao ideal codificado. Desta forma, busca-se trabalhar com conceitos como: existência, vigência, validade, eficácia, efetividade e não-efetividade das normas jurídicas, para que se possa entender a dificuldade de consenso entre a norma e o valor, entre o mundo do *dever-ser* e do *ser*. A importância de tal estudo reside no fato de que um mínimo de efetividade é requisito forçoso para que as normas em seu conjunto sejam válidas, já que o conjunto normativo carece da aceitação social para se impor.

Palavras-chave

Efetividade. Norma Jurídica. Teoria do Direito.

Résumé

Cette article porte sur la tension existante entre le droit tel qu'un système unifié de valeurs idéales, et la mise en œuvre des normes, qui parfois ne correspondent pas à l'idéal codifié. Ainsi, nous cherchons à étudier des concepts tels que: existence, efficacité, validité, effectivité et non-effectivité des normes juridiques, afin que nous puissions comprendre la difficulté d'un consensus entre la norme et la valeur, entre le monde du *doit-être* et d'*être*. L'importance de cette étude réside dans le fait qu'un minimum de efficacité est une exigence pour que les normes dans leur ensemble soient valables, puisque l'ensemble normative a besoin de l'acceptation sociale pour s'imposer.

Mots-clé

Effectivité. Norme Juridique. Théorie du Droit.

1. INTRODUÇÃO

O mundo jurídico não importa em um campo de causalidade fática, mas sim de uma ordem de validade, que é o plano do *dever ser*.¹ Contudo, as normas jurídicas, mesmo estando no plano ideal, referem-se a um fato concreto, gerando uma consequência no plano real. Desse modo, a norma é algo

* Bacharel e mestre em Direito pelo UniCEUB e Doutora em Direito pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora do curso de Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Católica de Brasília. Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União.

¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

abstrato enquanto dita hipóteses, mas passa a incidir efetivamente quando o seu suporte fático se concretiza.

A norma dita regras que devem ser ou acontecer. Assim, o verbo “dever” significa que um ato foi “programado” para ser executado por uma pessoa, intencionalmente. Na verdade, a norma *deve ser* e o ato de vontade que a satisfaz representa o *ser*. Então, o *dever ser* como dever ser objetivo é uma norma válida e vigente, que vincula os destinatários.²

Destarte, todas as normas contêm uma previsão genérica de um fato, com uma proposição categórica, que será exigível e obrigatória. Contudo, o Direito, mesmo dando grande importância para os meios de efetivação de suas normas, também atua como um sistema de criação de normas ideais, de princípios-guia para a atuação social. A elaboração de normas do *dever-ser*, mesmo que não cheguem a se concretizar, tem a sua função de orientação, de coordenação dos valores sociais que são esperados da sociedade.³

Portanto, “uma norma jurídica enuncia um dever ser, porque nenhuma regra descreve algo que (já) é”.⁴ E, se assim fosse, o Direito perderia a sua função de coordenação da vida em sociedade, para ser uma mera descrição de fatos.

Consequentemente, toda norma, desde o seu nascimento, delimita a sua aplicabilidade para culminar em sua utilização prática. Desse modo, todo o corpo de normas criadas no âmbito do *dever-ser* espera se concretizar, para definir o seu “status”, segundo sua finalidade originalmente pretendida.⁵

O problema tema desse estudo reside, então, na tensão existente entre o Direito, como sistema unificado de valores ideais, e a aplicação concreta das normas. O Direito é inseparável de uma análise de valores e fatos sociais, o que transmite para as normas a ideia dominante do e no grupo de pessoas ou países que produzem a norma. Acontece que, certas vezes, essas normas não correspondem aos valores de toda a sociedade, ficando em ambientes separados os anseios sociais e a normatização jurídica. Essa dificuldade de consenso entre a norma e o valor é especialmente agravada em temas polêmicos, uma vez que a comunidade é formada de indivíduos e grupos com enormes diferenças, tanto culturais, como físicas e políticas, além das sociais e jurídicas. Assim, o primeiro passo para que possa haver a efetividade das normas jurídicas é encontrar um consenso entre os valores que devem ser normati-

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 5-9.

³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75.

⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 104.

⁵ GUERRA, Gustavo Rabay. **Efetividade e pensamento crítico no Direito**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2005, p. 2.

zados e a edição de leis que versem sobre a proteção dos bens considerados de maior importância no espaço/tempo determinados.

O estudo da efetividade das normas jurídicas é algo difícil e incerto. As normas jurídicas são dependentes dos fatores socioeconômicos, sendo estudados pela interpretação do mundo real e não da simples análise de sistemas cujas premissas levarão invariavelmente a um resultado. Desta forma, o estudo e análise da efetividade do Direito são formas de melhor entender o mundo atual, na sua máxima manifestação jurídica, mas sem querer alcançar como resultado uma sistematização de regras para aferir a efetividade dessas normas. Longe disso, o objeto de estudo do presente trabalho é lançar luzes sobre como e porque certas normas funcionam e outras não.

O presente estudo trará uma discussão conceitual da estrutura da norma jurídica, em alguns dos seus aspectos, como a existência (2), vigência (3), validade (4), eficácia (5) e efetividade (6), quando chegaremos às nossas conclusões sobre a teoria da norma jurídica e sua efetividade (7).

2. A EXISTÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

A existência de uma norma jurídica depende dos requisitos legais considerados como básicos para que essa norma possa incidir no mundo fático.

Não são todos os fatos da vida que são relevantes para o Direito. Somente parcela dos atos civis se mostra importante para a esfera jurídica, gerando, então, consequências normativas. Desse modo, vários são os atos realizados diariamente que não importam em normatização, como o fato de acordar de manhã e fazer uma refeição. Outros, já são considerados importantes pelo legislador, que transforma um fato comum em um fato jurídico, no momento da criação de uma norma. Assim, se depois de acordar e fazer uma refeição o sujeito necessita de um transporte público para o trabalho, ele estará praticando um ato jurídico, pois no momento em que paga a passagem, ele firma um contrato com a empresa transportadora.

Os fatos cotidianos que fazem parte do mundo jurídico são condicionados por regras e pressupostos de existência, só incidindo no mundo real se cumprirem com essas determinações legais. A existência de um ato jurídico pressupõe a ocorrência de um ato juridicamente tutelado, cujos elementos constitutivos estejam presentes. Os atos que não apresentarem os elementos constitutivos dos atos jurídicos, não serão considerados como existentes pelo Direito, não se podendo questionar neles a validade, eficácia ou efetividade, pois são considerados como algo que nunca existiu, não podendo produzir os efeitos pretendidos pela norma.

A existência jurídica da norma ocorre quando um fato da vida é tipificado normativamente, passando a habitar o mundo do Direito. Quando esse

fato entrar no mundo jurídico, ele estará apto a produzir os seus efeitos, já que por existir, ele terá a presunção de eficácia, própria das normas jurídicas.⁶

3. A VIGÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

A vigência das normas é caracterizada pelo momento em que a observância dessa norma se torna obrigatória.

A vigência da norma pode ser ou não simultânea à sua existência. Há normas que já são exigíveis desde o momento de sua criação, e há normas que só estarão vigentes após um período de tempo. Portanto, quando uma lei é criada, o legislador pode escolher o momento de sua vigência, fazendo-a valer no mesmo dia, ou após alguns anos. Para esse período dá-se o nome de *vacatio legis*.⁷

Assim, a “vigência ou validade formal é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração”.⁸

Para Kelsen, vigência significa a existência específica de uma norma, dizendo que certo ato estabelecido em lei deve ou não deve ser, em seu sentido objetivo. A vigência, juntamente com a existência da norma, determinam o *dever ser*, se separando do *ser*, da realidade.⁹

4. A VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A partir do momento em que o ato existe e apresenta todos seus elementos constitutivos, pode ser apreciada a validade desses atos, que buscará os atributos e qualidades indispensáveis para que as normas sejam atos jurídicos perfeitos.

Esses requisitos são os considerados especiais pela lei. Por exemplo, um tratado que foi assinado no plano internacional, foi aprovado pelo Congresso Nacional, sancionado pelo Presidente da República e ratificado corretamente, é um ato existente. Mas, se esse tratado for inconstitucional, ele será inválido para o nosso ordenamento jurídico.

Desde que a norma existe, ou seja, passou por todos os passos básicos considerados fundamentais para a sua existência, resta a questão de sua validade, a questão do valor. O Direito estabelece exigências para que a lei entre no mundo jurídico com formação regular, determinando, assim, os requisitos

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

⁷ No Brasil, a *vacatio legis* é regulada pelo decreto-lei 4.657, de 1942, nos arts. 1 e 2.

⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 118.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11.

de validade. A validade é a qualidade da lei, que ao entrar em vigor, está de acordo com as regras do Direito, sendo, assim, regular.¹⁰

A validade, para Kelsen, é a conformidade da norma para com a norma fundamental, ou seja, a Constituição.¹¹ Sendo assim, “O fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental”.¹²

Contudo, “não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça os requisitos de validade, para que seja obrigatória. A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal, ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”.¹³

Consequentemente, não basta que as normas sejam válidas técnico-juridicamente, pois elas podem violentar a consciência de um povo, ou ir contra a tradição da sociedade, ou ainda, não serem legítimas quanto aos valores dela esperados. A validade e vigência de uma norma não garantem a sua finalidade. Por uma norma estar em vigor, estar apta a produzir os seus efeitos, ela não será necessariamente válida, se, em tempo razoável, não ganhar um mínimo de efetividade.

Como preceitua Kelsen, a vigência vem antes da eficácia (social). “Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia (social) é, nessa medida, condição de vigência, visto ao estabelecimento de uma norma ter de seguir a sua eficácia (social) para que ela não perca a sua vigência.”¹⁴

Contudo, apesar de ser indispensável certa aplicabilidade da norma para a sua validade em sentido objetivo, toda norma foi feita considerando-se a previsibilidade de seu descumprimento. Preceituar um evento que se sabe certo é invalidar o Direito como mera ciência descritiva de fatos, ao mesmo tempo em que prescrever condutas impossíveis inviabiliza o próprio conceito de Direito, como ciência condutora dos atos sociais.¹⁵

A validade do Direito, então, reside na consumação das propostas por ele efetuadas, como manter a segurança e promover a igualdade. Dessa forma, a efetividade do Direito garante a validade das normas, pois só serão aceitas as restrições nas liberdades individuais no momento em que um resultado prático e positivo surgir da criação das regras positivadas. Nesse sen-

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23, p. 42.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.

¹² Idem, p. 163.

¹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 115.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12.

¹⁵ Idem, p. 12.

tido, a inobservância de uma norma, pela ausência do reconhecimento desta pela comunidade, poderia interferir na aplicação do Direito e na validade de uma norma consuetudinária. Assim, a efetividade somente promove o reconhecimento de uma lei justa.¹⁶

Concluindo, a validade é o meio pela qual o Direito é qualificado, o meio estabelecido para dizer se uma norma é ou não ética, se está ou não conforme as normas fundamentais.¹⁷

5. A EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Uma norma passa a ser eficaz no momento em que ela recebe a capacidade jurídica de produzir os seus efeitos.

A eficácia normativa equivale à incidência da norma jurídica, ela “define o efeito que tem a norma jurídica de juridicizar o seu suporte fático quando concretizado no mundo das realidades, gerando o fato jurídico”.¹⁸

Dessa maneira, a eficácia dos atos jurídicos traduz a sua aptidão para produzir os seus efeitos próprios, ou seja, é a possibilidade do ato de produzir consequências. A eficácia de uma lei permite que ela seja um meio idôneo para alcançar a sua finalidade, possuindo as qualidades necessárias para ser aplicada, exigida e executada.¹⁹ Assim, a norma eficaz é aquela que tem a possibilidade de impor no mundo do *ser* a finalidade que lhe foi dada no mundo do *dever ser*.

Como foi dito anteriormente, uma norma pode não entrar em vigor no mesmo momento de sua criação. Então, enquanto não ocorre o advento de cláusula indispensável para a entrada em vigor de uma norma, mas essa já preencheu seus requisitos legais, ela é válida, mas ainda é ineficaz, por não estar apta a produzir os seus efeitos.²⁰

Um exemplo disso em nível internacional é o Protocolo de Quioto, que necessitava da assinatura de 55 países que representassem pelo menos 55% do percentual de emissões de gases do efeito estufa do mundo. Enquanto esse número não foi alcançado, o Protocolo permanecia válido, pois tinha

¹⁶ GUERRA, Gustavo Rabay. **Efetividade e pensamento crítico no Direito**. Disponível em <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2005, p. 6.

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

sido criado conforme as regras e princípios de Direito, mas era ineficaz, pois não tinha capacidade de sair do plano do *dever-ser* para o plano do *ser*.

6. A EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A busca pela efetividade das normas, ou seja, da conformidade do mundo do *dever ser* com o mundo do *ser* é um requisito essencial para que o ordenamento jurídico como um todo obtenha validade social. A *realizabilidade* dos preceitos normativos deve ser uma busca incessante pelos legisladores, uma vez que as leis devem buscar a sua máxima efetividade.

Esse ponto será estruturado de modo a facilitar a compreensão do que se considera a efetividade das normas. Para tanto, primeiramente, apresentar-se-á alguns conceitos de efetividade, seguido de uma pequena discussão da sua importância para a validade do ordenamento jurídico. Em um segundo momento, será apresentada uma das faces do problema da efetividade, ou da falta dela, para as normas jurídicas. A seguir, será considerado, rapidamente, o princípio da máxima efetividade.

6.1. O conceito de efetividade

A efetividade de uma norma é a sua aceitação pela comunidade e seu uso contínuo e real.

A efetividade, ou como chamam alguns autores, a eficácia social das normas, é o cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade, que reconhece as normas e as cumprem, concretizando, assim, seus comandos, fazendo com que seus preceitos incidam efetivamente na vida social.²¹

A efetividade refere-se à aplicação ou execução da norma jurídica, sendo a regra normativa enquanto conduta humana. A norma efetiva é incorporada à maneira de ser da sociedade, transfigurando-se em um agir. “A regra do direito, deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz”.²²

“A realidade do direito, a sua efetividade, desse modo, revela-se na coincidência do comportamento social com os modelos e padrões traçados pelas normas jurídicas (=efetividade da norma jurídica)”²³. O fato de o direito se materializar no meio social, adequando as condutas às normas, concretiza o entendimento de que o Direito é um fato social.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

²² REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 124.

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14.

Kelsen retrata a efetividade como sendo o fato real de aplicação da norma, com a conformação da conduta humana com a ordem normativa. Para ele, a eficácia social da norma, “é o fato real de ela (a norma) ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”.²⁴

O termo eficácia social é um sinônimo de efetividade, que designa a efetiva realização da norma jurídica no seu meio social, transformando em realidade aquilo que a norma prevê.

Para BARROSO, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.²⁵

A efetividade é a atuação prática e concreta da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores determinados pelo *dever-ser* do Direito. Desse modo, os valores e princípios contidos nas normas são realidade na sociedade, uma vez que os objetivos das normas são concretizados.

Em conclusão, a efetividade é a “atividade real, o resultado verdadeiro”, a coincidência do querido pelas normas com os acontecimentos no mundo dos fatos. A efetividade torna factível o que as normas propuseram intelectualmente.

6.2. A efetividade como requisito de validade do ordenamento jurídico

Um mínimo de efetividade é requisito forçoso para que as normas em seu conjunto sejam válidas, já que um conjunto normativo carece da aceitação social para se impor.

A efetividade pode ser vista como a conduta efetiva dos homens de acordo com a ordem jurídica vigente em um espaço determinado. A efetividade do sistema jurídico será parâmetro para a validade das normas em si, representando uma condição de validade, sem que, contudo, seja um requisito indispensável. Isto é, a validade de uma norma depende dos requisitos legais traçados como indispensáveis para a sua criação. Contudo, uma norma que não preencha o requisito da eficácia social por longo período de tempo, perderá sua validade por “dessuetude”, que é o efeito negativo do costume.²⁶

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11, 29-30.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.

Esclarecendo, não é esperado que uma norma tenha efetividade plena, pois há que haver certo antagonismo entre a ordem normativa e a conduta humana. Pensar em um regime sendo válido somente na condição de ele ser totalmente efetivo é incorrer no erro de confundir a validade de uma norma com a sua eficácia social, ou, como diz Kelsen, descrever o Direito como um enunciado do *ser* e não do *dever ser*.²⁷

Assim sendo, para que um regime jurídico seja válido, ele terá que ser efetivo, pelo menos em certa medida. Essa situação se agrava especialmente no Direito Internacional, que tem como suas fontes principais a lei e os costumes. Desse modo, se uma lei positivada não for efetiva por um longo tempo, ela poderá ser substituída por um costume, perdendo a sua validade enquanto condutora da relação internacional.

6.3. O problema da efetividade

As leis constituem o mundo do *dever-ser*, não havendo a necessidade de sua total aplicação no mundo real. Entretanto, se a lei não é realizável de pronto, seus preceitos perdem a categoria de condutores da sociedade para se transformarem em “letra morta”.

A conjunção de valor-norma deve seguir o limite do possível, vez que o Direito não pode e não deve tentar ultrapassar as barreiras que lhe são impostas. Normatizar o inalcançável é um dos caminhos mais eficientes para se chegar ao fatalismo da imposição de idéias inatingíveis, que geram a inflação jurídica e o descrédito da sociedade para com a eficiência do Direito. Essa separação entre as normas e a realidade provoca a decadência do Direito, já que passa a noção de que a existência legal é ineficaz para a criação, modificação ou condução da vida em sociedade.²⁸

Não faltam exemplos de leis ou tratados que, embora em vigor, não se concretizam, permanecendo, por assim dizer, “no limbo da normatividade abstrata”.²⁹

Assim, “a *realizabilidade* é a essência do Direito e este se opera com sua expectativa, no momento em que surge uma identificação entre as aspirações e a interferência jurídica, na qual uma interseção entre a provocação e a dicção do Direito é possível pelos elementos que se pretende coligir.”³⁰

²⁷ Idem, p. 176.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

²⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo, Bushatsky, 1974, p. 125.

³⁰ GUERRA, Gustavo Rabay. **Efetividade e pensamento crítico no Direito**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2005, p. 10.

Cumpra esclarecer que, inicialmente, nenhuma lei é promulgada para não entrar em vigor, ou entrando, não ser efetiva. Contudo, é inegável que existe uma separação irremediável do mundo do *ser* e do *dever-ser*. O *dever-ser* criado e tipificado nas normas contrasta com a realidade do *ser*, formando um antagonismo iminente entre essas duas esferas. “Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre”³¹. Portanto, a exata correlação norma/realidade seria a negação do Direito. Mas, o contrário também se faz verdadeiro, porque a separação total do Direito com os fatos o invalidaria permanentemente. O equilíbrio entre os dois meios é que torna o ordenamento jurídico efetivo e necessário.³²

Assim, para que as normas sejam efetivas, elas devem ter limites razoáveis de alcance e execução; estarem de acordo com as regras e valores de ao menos parte da sociedade; terem preposições claras e com meios e objetivos bem definidos; terem conseqüências jurídicas para os que não cumprirem com suas regras, não sendo necessário, contudo, a sanção em sua acepção tradicional.³³

O fato de a norma prever uma sanção ou conseqüência para o seu descumprimento não dá àquela norma um caráter de alternativa, ou seja, de opção entre a adimplência ou inadimplência. Muito pelo contrário, “a hipoteticidade da norma expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e, ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação”.³⁴

Quando uma norma institucionalizada é desrespeitada, a sua inobservância gera uma sanção, que deve ser entendida como um modo de se buscar salvaguardar o Direito, preservando a sua efetividade. Assim, a sanção é uma resposta externa e institucionalizada à contrariedade das normas, podendo ser positiva ou negativa. Desse modo, a existência ou não de sanção corresponde apenas à sua efetividade, não influenciando na sua validade.³⁵

Consequentemente, a força não é o fim do Direito, mas é uma garantia de sua eficácia social.³⁶ Ressalta-se, que não basta ter uma sanção possível para que o Direito seja efetivo, mas será o conjunto de meios favoráveis para a instauração e aplicabilidade da lei que determinará sua efetividade.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

³³ Versão adaptada de BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

³⁴ O valor a ser atingido seria o fim da norma, o objetivo a que ela se propõe.

³⁵ FERRAZ JR, Tercio Sampaio, in BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997, p. 9-10.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997, p. 65 e 66.

Para que as normas tenham efetividade, elas precisam de garantias políticas, sociais e jurídicas, sendo indispensáveis instituições, políticas, ações e procedimentos capazes de fazer atuar concretamente os comandos normativos.³⁷

O Direito, como produto real da tensão entre as normas e a sociedade, tem como um dos seus princípios gerais o da máxima efetividade, que confere a todas as normas um dever de concretização. Assim, as normas não são dependentes de circunstâncias ideais para se realizarem. Pelo contrário, devem figurar nos setores que mais necessitam de regulamentação.

Portanto, para que as normas possam se materializar é necessário que o jogo real de poder permita que suas disposições sejam cumpridas, não dependendo de situações ótimas para se concretizarem.³⁸

7. CONCLUSÕES

A efetividade das normas só será possível se estiverem presentes os planos da existência, validade e eficácia. Além disso, as normas têm que ter a capacidade de serem implementadas com sucesso, quer dizer, as normas devem ser teoricamente realizáveis, para que possam ser concretizadas pela sociedade. Uma norma que determine a realização do impossível não será efetiva *per se*.

Cabe ressaltar, entretanto, que a efetividade “tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” do Direito pela comunidade, ou mais particularmente, aos efeitos de uma regra suscitada através do cumprimento”.³⁹

Dessa maneira, a efetividade será considerada não somente como o meio pela qual os governos executam leis e decretos, mas também pelo o modo como são cumpridas as normas determinadas. Não é o suficiente criar leis; é indispensável, também, cumpri-las, mantendo a finalidade para que foram cunhadas.

Concluindo, a efetividade das normas deveria ser a regra, já que o Direito é válido enquanto determinador da conduta social segundo os valores sociais presentes. Assim, uma norma válida e eficaz será, em regra, efetiva.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 280.

³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. LTR, São Paulo, 1999, p. 18.

³⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 126. Assim, para Reale, em uma comparação com a sua inovadora teoria tridimensional do direito, a vigência representa a norma, a eficácia social representa o fato e o fundamento da norma representa o seu valor.

Mas, a realidade nos prova que existem diversas normas que não possuem efetividade, seja pela contrariedade com os valores e sentimentos sociais, seja pela contrariedade com os princípios econômicos dominantes, ou pela disputa de valores com a classe dominante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Efetividade e pensamento crítico no Direito**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTR, 1999.



A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO NA AMÉRICA LATINA NA PRIMEIRA DÉCADA DO SÉCULO XXI

*Renata Ribeiro Rolim**

Resumo

Na primeira década do século XXI, a temática do direito à comunicação ganhou impulso na América Latina com a adoção de políticas públicas de comunicação e cultura tendentes a desconcentrar o espaço midiático e fomentar novas vozes. O exemplo mais emblemático ocorreu na Argentina, país pioneiro na formulação de novo marco regulatório que adotou as diretrizes do direito à comunicação como princípio organizativo de seu espaço midiático. Este trabalho analisa as alterações promovidas nessa legislação a partir do processo político que lhe deu causa com o objetivo de compreender as perspectivas, limites e desafios para a positivação do direito à comunicação.

Palavras-chave

Democracia. Liberdade de imprensa. Direito à comunicação.

Resumen

En la primera década del siglo XXI, el tema del derecho a la comunicación en América Latina cobró impulso con la adopción de políticas públicas de comunicación y cultura destinadas a descentralizar el espacio mediático y fomentar nuevas voces. El mejor ejemplo ocurrió en Argentina, país pionero en la formulación del nuevo marco regulador que ha adoptado las directrices del derecho a la comunicación como principio organizador de su espacio mediático. Este artículo analiza los cambios introducidos en la legislación desde el proceso político que le dio causa con el objetivo de comprender las perspectivas, desafíos y límites a la positivación del derecho a la comunicación.

Palabras clave

Democracia. Libertad de la prensa. Derecho a la comunicación.

1. INTRODUÇÃO

Na primeira década do século XXI, a temática do direito à comunicação ganhou novo impulso na América Latina. Na Venezuela, depois do golpe

* Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Es; professora da graduação e da pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB; coordenadora do grupo de pesquisa Marxismo, Direito e Lutas Sociais; colaboradora do Núcleo de Documentação dos Movimentos Sociais (NUDOC) da UFPE.

de 2002, Hugo Chávez vem implementando programas de incentivo às rádios e TVs comunitárias, que acabou se configurando no Sistema Nacional de Meios Alternativos e Comunitários. Desde seu primeiro mandato (2005/2009), Evo Morales, presidente da Bolívia, fomenta rádios comunitárias com isenção do pagamento pelo licenciamento e uso das frequências, doação de equipamentos para organizações de camponeses e povos originários e criação de rede nacional. No Uruguai, em 2007, Tabaré Vázquez conseguiu aprovar no Senado lei que retirou da definição de rádio comunitária a cobertura geográfica restrita.

Em 2005, foi criada a TELESUR, empresa pública multiestatal que conta com o apoio de Argentina, Bolívia, Cuba, Equador, Nicarágua e Venezuela, com o objetivo de contribuir com o processo de integração dos povos latino-americanos. Em 2008, o presidente do Equador, Rafael Correa, realizou auditoria das licenças de rádio e TV com o objetivo de detectar presença de oligopólios, diretos e indiretos, bem como averiguar investimentos de instituições financeiras internacionais nesse setor, práticas pela nova Constituição. Um ano antes, Correa havia implantado o canal ECUADOR TV, a primeira emissora estatal da história do país. Em 2007, Luís Inácio Lula da Silva criou a Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), com a finalidade de fortalecer o sistema público de comunicação a partir da gestão dos canais TV Brasil, TV Brasil Internacional, Agência Brasil, Radioagência Nacional e do sistema público de rádio. Na Argentina, em 2007, Kirchner lançou o CANAL ENCUESTRO, emissora que veicula conteúdos pedagógicos e científicos feitos no país, na região e por outros canais públicos europeus.

Exemplos como esses podem ser multiplicados e não se restringem ao apoio aos meios sem fins lucrativos e à reconfiguração do serviço público de radiodifusão; abrangem também conteúdos, como o incentivo à produção cultural independente e estímulo à indústria audiovisual nacional.¹ As mudanças convergentes nas políticas de comunicação e cultura se explicam por elemento comum que unem essas iniciativas: chegaram aos governos desses países forças políticas que propuseram agenda oposta, de muitas maneiras e em graus diferentes,² ao que vinha sendo adotado pelo menos desde meados da década de 1970 no Chile e que, posteriormente, tomou o continente.

¹ MORAES, Dênis de. **A batalha da mídia**: governos progressistas e políticas de comunicação na América Latina e outros ensaios. Rio de Janeiro: Pão e Rosas, 2009, p. 98-229.

² Autores como Michel Löwy (2007) e Boaventura de Sousa Santos (2008) identificam três blocos de governo na América Latina, que se distinguem entre si em razão da estrutura socioeconômica de cada país e das alianças políticas que interferem na prática governamental: o primeiro bloco se articula em torno da Alternativa Bolivariana das Américas (ALBA) e é formado pela Venezuela, Cuba, Bolívia e Nicarágua; o segundo compõe atualmente o MERCOSUR e conta com Brasil, Argentina e Chile e, por fim o que se perfila com a ALCA, hoje representada pela Colômbia.

É certo que tal oposição fez com que os governos eleitos, a partir da catalisação do descontentamento popular, entrassem em choque com os setores beneficiados pelas políticas neoliberais que, entrincheirados nos meios de comunicação privados, passaram a invocar a liberdade de imprensa para se contrapor ao direito à comunicação enquanto princípio organizativo do espaço midiático. O caso da Argentina é o mais emblemático: ao ser o primeiro país a definir novo marco regulatório da comunicação que incorporou muitas diretrizes daquele princípio, acabou se definindo como referência para o debate teórico e para os que lutam pela democratização da comunicação na região.

Nesse sentido, este trabalho analisa as principais alterações realizadas na legislação argentina a partir de estudo da organização de seu espaço midiático e da conjuntura política que possibilitou tal aprovação. Sem deixar de considerar as profundas diferenças que existem entre os países latino-americanos no que diz respeito às estruturas socioeconômica e à articulações das forças políticas, tal abordagem pretende compreender os desafios, perspectivas e limites que se colocam para a positivação do direito à comunicação. E, para contextualizar essa discussão, parte dos contornos conceituais desse direito que, pelo menos desde a década de 1960, vêm se desenhando na América Latina e em outras partes do mundo.

2. CAMINHOS E ENCRUZILHADAS DA DEFINIÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

2.1. NOMIC: impasse na arena internacional

Na década de 1970, em meio à Guerra Fria, era difícil romper com a visão geopolítica que dividia o globo em duas ideologias inconciliáveis, porém o debate sobre o fluxo transfronteiras de informação conseguiu revelar a presença de um grupo de países – chamados Não Alinhados³ – que, apesar de heterogêneos, tinham interesses e preocupações não redutíveis aos dos dois grandes blocos em disputa. O desenvolvimento e o controle dos satélites de difusão direta nas mãos dos Estados Unidos fizeram aumentar os temores da influência econômica, política e cultural sobre a antiga União Soviética, que passou a se apoiar no princípio da soberania nacional para tentar barrar esse processo, e sobre os Países Não Alinhados, que, na esteira da “Nova

³ O Movimento dos Países Não Alinhados (MPNA) é uma associação de países que se originou na Conferência Ásia/África, realizada em Bandung, Indonésia, em 1955. Seus principais temas são as lutas nacionais pela independência e combate à pobreza, além de se oporem ao imperialismo e ao neocolonialismo. Entre os países da América Latina que compõem o MPNA estão Cuba e Colômbia. O Brasil não integra essa associação, mas participa como observador.

Ordem Econômica Internacional”, se apressaram em se organizar em torno da “Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação” (NOMIC).⁴

À época ficava cada vez mais claro que a *informação*⁵ participa decisivamente do processo de produção da riqueza, cuja insuficiência poderia tanto comprometer o desenvolvimento econômico como tornar vulneráveis política e militarmente os países que se descuidassem dos investimentos nas infraestruturas de telecomunicação. De fato, Estados Unidos, Japão e Alemanha, mas sobretudo o primeiro, não só fabricavam os dispositivos técnicos como também os alimentavam e os controlavam amparados no modelo do *free flow of information*, versão informacional da livre circulação de capitais. Além disso, as estratégias de desenvolvimento estimuladas pela lógica de industrialização internacional e incorporadas por parte desses países nos anos 1950 e 1960 revelavam que a noção de *progresso* que a embasavam, asentada no binômio tradicional/moderno, negava a mudança social por meio de processo endógeno e autodependente.⁶

Na esteira dessas constatações e críticas, os Países Não Alinhados formularam o modelo da *self realiance* que, por definição, atribui à *informação* papel que transborda a área estritamente econômica, demonstrando a necessidade de mobilizar todos os aspectos da vida social. Diferentemente do *free flow of information*, o campo cultural não é mais considerado setor onde se aplicam técnicas para a conquista e ampliação de mercados, mas terreno de participação política. Por isso, aos meios de comunicação não caberia ser propagadores da *boa nova*, de um padrão de consumo assimilável pelas técnicas de publicidade, mas canais de expressão que favorecem a participação da população nos esforços de mudança social. E, a partir dessas diretrizes, a função do Estado é definida pela adoção e aplicação de políticas públicas de comunicação e de cultura que propiciem tal participação com ações que concretizem desde a universalização da educação e da cultura à repartição democrática das frequências radioelétricas.

Não é difícil localizar as fontes do modelo da *self realiance*. Durante as décadas de 1960 e 1970, em vários países africanos, asiáticos e latino-americanos, vicejavam experiências de comunicação popular, que tinham importante referência teórico-política nas contribuições do pedagogo brasi-

⁴ SCHMUCLER, Héctor. **Memoria de la comunicación**. Buenos Aires: Biblos, 1997, p. 257-265.

⁵ A construção política da saída da crise estrutural da década de 1970 elegeu a *informação* como pivô. Considerada matéria prima essencial da indústria, deveria também preparar mentes e espíritos para a reestruturação produtiva que possibilitaria a continuidade da acumulação capitalista em escala mais ampliada. Daí que palavras como *cultura*, *educação*, *informação factual*, *conhecimento*, *saber*, *saber-fazer*, etc. foram arrastadas para o domínio da *informação*, dificultando muitas vezes a identificação dos temas tratados. Rótulos, como *Sociedade da Informação* e *Sociedade do Conhecimento*, corroboram a diluição dos sentidos daquelas palavras e não contribuem para o avanço das investigações e dos debates.

⁶ MATTELART, Armand. **Comunicação-mundo: história das ideias e das estratégias**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 170-175.

leiro Paulo Freire. Em texto no qual contrapõe explicitamente comunicação e extensão, Freire⁷ insistia na necessidade de resgate do diálogo – relação não autoritária na qual os sujeitos intercambiam os papéis de educador e educando – para verdadeira prática social libertadora. Demais disso, a *self realiance* também pôde se apropriar da contribuição das rádios livres europeias que questionavam o centralismo e a ausência de pluralidade engendrados pelo então anacrônico monopólio estatal da radiodifusão.

Assim, apesar de compreender que, tanto no espaço nacional quanto no internacional, os fluxos de informação são de *mão única*, a *self realiance* não se limitou a reivindicar nova repartição da ordem estabelecida, baseada em índices quantitativos de circulação de mensagens. O conceito de *direito à comunicação* que emerge desse modelo se debruça sobre aspectos qualitativos, evidenciando a necessidade da emergência de *novos* protagonistas, cujas demandas, coletivas e individuais, foram historicamente interdidas pelos sistemas de comunicação que se orientam pelas lógicas mercantil e institucional dominantes.

Coube à UNESCO tentar dissipar os choques entre o princípio da soberania nacional, o *free flow of information* e a *self realiance*. No entanto, a Comissão MacBride, na qual foi elaborada o famoso relatório *Un sólo mundo, voces multiples: comunicaci3n e informaci3n en nuestro tiempo*,⁸ não só revelou a fratura intransponível entre os Países Não Alinhados e os centrais, como deixou claro que certos países do então chamado Terceiro Mundo, como o Brasil, estavam mais interessados em proteger e garantir posição privilegiada na divisão internacional do trabalho nos mercados militar e cultural⁹ que fundar nova ordem internacional. Diante do impasse, e com o relatório apontando a necessidade de democratização do processo comunicacional *intra* e *extra* muros, Estados Unidos e Reino Unido se retiraram da UNESCO sob protestos de desrespeito à liberdade de informação e *politizaç3o* dos debates, enquanto a União Soviética manteve-se fiel ao princípio da soberania nacional como recusa implícita para enfrentar a questão da censura política.

No entanto, a NOMIC foi mesmo gradualmente abandonada à medida que as políticas neoliberais foram ganhando espaço nas agendas políticas dos países e nos organismos internacionais *mais técnicos*, como a União Internacional das Telecomunicações (UIT) e a Organização Mundial do Comércio

⁷ FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** 10. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

⁸ MACBRIDE, Sean. **Un sólo mundo, voces multiples: comunicaci3n e informaci3n en nuestro tiempo**. 2. ed. México, Fondo de Cultura Econ3mica, 1988.

⁹ Fazia parte das pretensões dos governos do período da ditadura brasileira (1964/1985) construir computador nacional para fins militares e, futuramente, econômicos. Demais disso, a doutrina da Segurança Nacional não só se adaptou ao regime privado de produção cultural, como também o incentivou: o *padr3o Globo* de novelas e séries televisivas também era difundido por outros meios de comunicação, periféricos e centrais, ajudando a diminuir as chances de expressão verdadeiramente autóctone.

(OMC), principal organização internacional encarregada de concretizar o modelo do *free flow of information* ao propor e, de certa forma tentar impor aos países periféricos, a desregulação dos meios de comunicação e do mercado de bens culturais.

2.2. Direito à comunicação e direitos à comunicação

Os resultados na adoção do modelo do *free flow of information* foram devastadores. No começo dos anos 1980, cinquenta corporações globais dominavam quase todos os meios de comunicação, mas hoje esse número foi reduzido para menos de oito que, não por causalidade, representam os principais blocos de poder no mundo.¹⁰ Esse processo se iniciou com a desregulação do setor nos Estados Unidos e se expandiu via OMC, consolidando estratégia de concentração e expansão global dos grupos de mídia que, depois de sucessivas modificações nas legislações, desestatizou as telecomunicações, liberou a propriedade dos meios audiovisuais e habilitou investimento estrangeiro nessas indústrias na maioria dos países e regiões.

Nenhuma das *global players* de primeiro escalão, como News Corporation, Viacom, Sony, Time Warner, Bertelsmann e Disney, são de origem latino-americana. No entanto, a integração horizontal e vertical dos meios dentro das fronteiras nacionais gerou conglomerados regionais que trataram de estender continuamente sua presença territorial mediante relações estreitas com governos e vínculos com empresas transnacionais e grupos financeiros. Televisa do México, Globo do Brasil, Clarín da Argentina e Cisneros da Venezuela, por exemplo, não se opõem à expansão do mercado de mídia global, mas estão coordenados por intrincados acordos societários para minimizar os efeitos da concorrência que, de fato, está cada vez mais reduzida.¹¹

A integração entre indústrias de conteúdo e de distribuição em uma economia de escala permite diminuir os custos e, assim, ultrapassar os concorrentes na programação e nos novos suportes tecnológicos de distribuição que se pretenda adquirir. Assim as empresas globais e regionais controlam boa parte da mídia do mundo desde a edição de livros, revistas e jornais; gravação de música e produção de TV; emissão de TV; canais a cabo e sistemas de televisão por satélite à produção de filmes e distribuição nas salas de cinema. Contudo, não obstante essa articulação, a maioria dos dividendos não fica na região: Estados Unidos concentra 55% dos lucros mundiais gera-

¹⁰ O caso mais paradigmático foi a fusão da AOL-Time Warner em 2001, negócio vinte vezes superior às maiores fusões da década de 1980.

¹¹ MCCHESENEY, Robert W. Mídia global, neoliberalismo e imperialismo. In: MORAES, Dênis de (org.). **Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 217-242.

dos pelos bens culturais e comunicacionais; União Europeia, 25%; Japão e Ásia, 15% e América Latina, apenas 5%.¹²

A ferocidade com que as empresas transnacionais, apoiadas por seus países de origem, se lançam no mercado cultural é explicada pelas cifras envolvidas. Em 2003, esse mercado respondeu por cerca de 7% do produto interno bruto (PIB) mundial, com movimentação financeira de 1,3 trilhão de dólares.¹³ Esse montante equipara-se às participações das indústrias bélica e petrolífera, no entanto as atividades de criação, produção, circulação, difusão e consumo de bens culturais representam o setor mais dinâmico da economia mundial, crescendo em média, entre as décadas de 1990 e 2000, o dobro da economia geral.¹⁴ Daí a importância econômica desse setor, cujas estimativas de crescimento não foram abaladas pela crise financeira e recessão mundial, para países como Inglaterra e Estados Unidos. De fato, neste o mercado cultural responde por 6% do PIB e emprega 4% da força de trabalho, enquanto naquele representa 8,2% do PIB e ocupa 6,4% dos trabalhadores no país.¹⁵

O crescimento e expansão mundial do mercado cultural, além das disputas que ensejam, deram-se às custas do fechamento de espaços para produções simbólicas cuja lógica interna não se adequa ao retorno comercial mais imediato, o que acabou por imprimir novos desafios para os sujeitos que, a partir de suas práticas e lutas cotidianas, procuram influir na atualização do direito à comunicação como princípio de organização do espaço midiático.

As experiências de comunicação popular das décadas de 1960 e 1970 na América Latina colocavam como horizonte, e possibilidade, a concretização do direito à comunicação a partir da criação de dispositivos de comunicação *alternativos*, considerados como tais aqueles em que, em grandes linhas, a propriedade e o controle são coletivos, orientam-se pelo princípio da ampla participação na escolha dos temas e elaboração da programação e emitem discurso antiautoritário. É certo que tais diretrizes deveriam ser ajustadas conforme as características do veículo – imprensa, rádio, vídeo, super 8, teatro etc. – mas o *conteúdo* das mensagens era considerado o elemento comum dessas práticas.¹⁶ Não é o caso aqui de proceder ao balanço dessas *alternativas*, basta pontuar que seu objetivo primordial consistia em criar *enclaves* demo-

¹² CANCLINI, Nestor García. Los países latinos en la esfera pública transnacional. **Revista Observatório**. Dossier Economía y cultura. Buenos Aires: Secretaria de Cultura, n. 1, novembro, p. 45, 2004.

¹³ PORTA, Paula. **Economia da cultura**: um setor estratégico para o país. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/04/01/economia-da-cultura-um-setor-estrategico-para-o-pais>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

¹⁴ UNCTAD. **World Investment Report 2004**. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf>, p. 5. Acesso em: 12 jul. 2012.

¹⁵ PORTA, Paula. Op. cit.

¹⁶ GRINBERG, Máximo. **A comunicação alternativa na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 25-30.

cráticos, lugares de certa forma *puros*, fora da história e ausentes de contradições, desprezando, assim, as relações de força e a orientação hegemônica que imprimem as práticas e as formas de organização adotadas pelos veículos *massivos*.¹⁷

Dada a dimensão que as estratégias oligopólicas e descentralizadas da empresa-rede adquiriram no contexto atual, tal perspectiva foi amplamente descartada. Para os múltiplos sujeitos que lutam pela democratização da comunicação não se trata de focalizar determinado segmento do sistema, mas reformular o conjunto do espaço midiático – sistemas privado, público e comunitário/alternativo – com a perspectiva de garantir a diversidade *qualitativa* de vozes. Em outras palavras, reivindica-se espaço para as rádios comunitárias, que em muitos países estão criminalizadas; controle do setor privado, que faz uso socialmente indevido do bem comum que é o espectro radioelétrico, e reformulação e/ou criação do serviço público de radiodifusão, que muitas vezes é instrumentalizado pelos governos da ocasião.

Em 2001, a Plataforma pelos Direitos da Comunicação, grupo que aglutina organizações não governamentais (ONG) internacionais com atividades em meios de comunicação e que tem entre suas principais impulsionadoras a Associação Mundial para a Comunicação Cristã (WACC, em inglês), lançou a Campanha pelos Direitos da Comunicação na Sociedade da Informação (CRIS, sigla em inglês). Essa campanha mundial direcionou-se para influir na Cúpula da Sociedade da Informação (CSI),¹⁸ mas também colocou-se a tarefa de transbordar seus limites a partir da divulgação da temática do direito à comunicação e dos parâmetros para sua realização. Nesse sentido, CRIS lançou em 2005 o *Manual para avaliação dos direitos à comunicação*, buscando traduzir para a linguagem dos direitos humanos experiências realizadas em países como Filipinas, Colômbia, Quênia e Brasil.¹⁹

Com a perspectiva de romper com a tradicional divisão dos direitos humanos em, por um lado, direitos civis e políticos e, por outro, direitos econômicos, sociais e culturais, o *Manual* se refere aos *direitos à comunicação*, no plural, articulando-os de forma interdependente em quatro pilares: esfera pública, conhecimento, direitos civis e direitos culturais. No pilar da esfera pública estão incluídos liberdade de expressão e diversidade e pluralidade de meios e conteúdos; no conhecimento, disponibilidade de conhecimento rele-

¹⁷ Em outro texto (ROLIM, Renata Ribeiro. **Direito à comunicação: possibilidades, limites e contradições** pra a lógica dos movimentos sociais. Recife: 8 de Março, 2011), tive oportunidade de discorrer sobre o *alternativo* em comunicação e as possibilidades de incorporação de suas demandas pelo direito positivo.

¹⁸ A Cúpula da Sociedade da Informação foi evento internacional organizado pela UIT com o objetivo de discutir as tecnologias de informação e comunicação. Houve duas etapas: a primeira em 2003 em Genebra e a segunda em 2005 na Tunísia.

¹⁹ CRIS. **Manual para la evaluación de los derechos a la comunicación**. 2005. Disponível em: <<http://centreforcommunicationrights.org>>. Acesso em: 22 jun. 2012, p. 9-10.

vante e regime equilibrado de intercâmbio com medidas e práticas de apoio; no direito civil, direito à honra e privacidade e, por fim, no direitos culturais, a possibilidade de se comunicar na língua materna e estímulo ao intercâmbio e à identidade cultural. O *Manual* ainda ressalta o direito de participar ativamente, em nível nacional e internacional, da formulação e implementação das políticas públicas de comunicação, conhecimento e cultura como direito transversal a todos os pilares, diferenciando os direitos à comunicação do mero acesso à informação e à comunicação.²⁰

Desde 2006, o direito à comunicação ganhou espaço privilegiado no Fórum Social Mundial, no entanto as ONGs não tiveram força suficiente para inserir o termo como parâmetro da discussão na CSI, muito em razão da recordação do debate ocorrido na NOMIC e na UNESCO, que também deixou de adotá-lo. Ainda assim, a partir das diretrizes colocadas pelo *Manual* da CRIS, é possível vislumbrar os desafios que se colocam para a democratização do espaço midiático latino-americano. Historicamente, esse espaço configurou-se mediante processos de concentração econômica que resultaram na criação de um reduzido número de grupos de mídia nacionais detentores de posições de mercado privilegiadas quanto à produção e distribuição de informações e conteúdos culturais. Em geral, governos autoritários, a despeito de exercerem controle político sobre os conteúdos, respaldaram a lógica do capital no desenvolvimento do rádio e da televisão criando infraestrutura adequada à sua expansão, em detrimento de investimentos no setor do serviço público e reprimindo o acesso das organizações de trabalhadores e de movimentos populares. A redemocratização do continente, sobretudo a partir da década de 1980, bem como a convergência tecnológica dos últimos anos não alteraram esse panorama; ao contrário, a adoção de políticas neoliberais no campo da comunicação social intensificou as economias de escala, a concentração horizontal e vertical e a maior integração e dependência do setor no sistema global comercial.

3. ESPAÇO MIDIÁTICO E CONJUNTURA POLÍTICA NA ARGENTINA

3.1. Pouco regulado e fortemente controlado

Em busca por reverter o processo inflacionário, a dívida externa e o déficit fiscal que perdurava desde os anos 1980, a Argentina talvez tenha sido o país latino-americano que adotou a versão mais rígida das políticas neoliberais dirigidas à abertura da economia aos grupos transnacionais, à valorização da renda financeira, à privatização do patrimônio estatal e à remoção de direitos trabalhistas e sociais. O Plano de Convertibilidade estabeleceu a paridade um a um do dólar com o peso e o processo de privatização, cujo ápice

²⁰ CRIS. Op. cit., p. 45-50.

se deu entre os anos de 1990 e 1994 e que resultou em vantagens financeiras duvidosas para o setor público, transferiu para grupos econômicos locais, bancos estrangeiros e nacionais e certas empresas transnacionais setores estratégicos da economia, como telefonia, aeroportos, eletricidade, petróleo, gás, siderurgia entre outros.

Da mesma forma, é possível que tenha sido o país da região onde, em termos relativos, mais avançaram os processos de concentração econômica e desnacionalização do espaço midiático. Tais processos são perceptíveis na trajetória recente dos dois maiores grupos de mídia do país, ADMIRA e Clarín, que na televisão aberta são responsáveis pela retransmissão de 81% dos conteúdos e programas, todos de origem estadunidense, para cerca de 60% da população nacional.²¹

O grupo ADMIRA, controlado pela empresa espanhola Telefónica, foi constituído pela aquisição da maior parte das ações do grupo financeiro Citicorp Equity Investments (CEI),²² que na década de 1990 possuía vários canais de TV a cabo e de televisão aberta, além de emissoras de rádio e da casa editorial Atlántida.²³ Clarín, por sua vez, iniciou atividades no campo da comunicação social com a criação de jornal em 1945 e desde 1960 é sócio da Papel Prensa,²⁴ empresa que produz e distribui papel e que atualmente controla mais de 90% do mercado. Ingressou no setor de radiodifusão na década de 1980 e em 2000, quando já estava estruturado como grupo multimídia, vendeu 18% de seu capital ao grupo financeiro estadunidense Goldman Sachs.²⁵ Esse foi o início de uma série de operações que diversificou os negócios e inversões do grupo, transbordando as fronteiras do setor estritamente comunicacional mediante fusões com empresas transnacionais, entre elas montadoras de carros e empresas que exploram gás e petróleo no país.²⁶

²¹ ARGENTINA. Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. 5to. **Informe de Contenidos de la Televisión Abierta Argentina**. 2010. Disponível em: <<http://www.afsca.gob.ar/web/>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

²² Boa parte dos veículos de comunicação não absorvidos pela Telefónica acabaram formando parte do Grupo Hicks, Muse, Tate & Furst Incorporated (HMT&F), de capital estadunidense (GINIGER, Luis Pablo. *Legislación y concentración mediática en la Argentina*. **Revista del CCC**, an. 1, n. 1, set./dez., 2007. Disponível em: <<http://www.iade.org.ar/uploads/c87bbfe5-d04c-6202.pdf>>, p. 3. Acesso em: 20 jun. 2011).

²³ GINIGER, Luis Pablo. *Op. cit.*, p. 3.

²⁴ A história da criação do grupo Clarín é cercada por polêmicas. Atribui-se à compra da Papel Prensa, por exemplo, à ingerência de governos da ditadura militar, após sequestro e julgamento da família Graiver que detinha 75% do capital da empresa.

²⁵ É interessante observar que o Goldman Sachs é o grupo financeiro que está por trás da falsificação da dívida externa grega que deflagrou o processo de desestabilização monetária na Europa, como recentemente revelou o EUROSTAT, instituto europeu que controla os dados financeiros de Estados membros da União Europeia.

²⁶ MASTRINI, Guillermo e BECERRA, Martín. **50 años de concentración de medios em América Latina: del patriarcado artesanal a la valorización en escala**. Material de la Cátedra de Políticas y Planificación de Comunicación. Universidad de Buenos Aires. Disponível em: <www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/textos/>, p. 13. Acesso em: 20 jun. 2012.

Essas posições privilegiadas no mercado midiático foram conquistadas ora em desrespeito à lei ora mediante uso político do vácuo legislativo sobre a disciplina das novas tecnologias de informação e comunicação. Ainda sob o regime autoritário, a Lei n. 22.285, inspirada na doutrina da segurança nacional, estabelecia repartição equitativa de emissoras de rádio e TV entre as três Forças Armadas; proibia expressamente a presença de cooperativas ou organizações sociais sem fins lucrativos e impunha severos limites ao ingresso de capital estrangeiro nas empresas do setor. Apenas em 1999, com o Decreto n. 1005 do governo Carlos Menem, foram regularizados as inversões desse capital, bem como a ampliação da acumulação do número de licenças em radio-difusão e a permissão da atuação de cadeias, o que acabou também por legalizar a transmissão permanente de uma mesma programação para todo o país.

Estudiosos do mercado de mídia na América Latina alinham-se na conclusão de que os processos monopólicos se beneficiaram historicamente de legislações permissivas adotadas para ajustar situações de fato definidas antecipadamente pelas estratégias de mercado dos grandes grupos de mídia.²⁷ Na Argentina, porém, desde a redemocratização em 1983 não foram poucas as tentativas que buscaram alargar as margens da diversidade no espaço midiático. No Congresso da Nação tramitaram vários projetos de lei de iniciativa pessoal ou de grupos, mas a sorte de cada um deles foi definida por relações obscuras e alianças não explicitadas entre Executivo, parlamentares e conglomerados de telefonia e mídia. Da mesma forma, com a tecnologia cada vez mais acessível, inúmeros indivíduos, grupos, movimentos sociais e populares, das mais diversas orientações e projetos políticos, passaram a transmitir sem autorização por emissoras que não tinham fins lucrativos – as chamadas rádios *truchas*.²⁸

Contando com legislação benevolente e governos generosos, os interesses dos grupos de mídia estavam amplamente satisfeitos, porém no final da primeira década do século XXI essa situação se modificou. Como foi possível a aprovação de lei com clara orientação antimonopólica e que abre espaço para vozes contrárias ao neoliberalismo?

3.2. Contexto político: clivagens e acomodações

Essa não é uma questão fácil de ser respondida nem seria este o lugar adequado para se debruçar sobre os múltiplos fatores e contradições – muito menos o peso de cada um deles – que atuaram para essa solução. No entan-

²⁷ MASTRINI; BECERRA. Op. cit., p. 2.

²⁸ SEL, Susana. Actores sociales y espacio público. Disputas por la ley de servicios de comunicación audiovisual en Argentina In: SEL, Susana (coord.). **Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo**. América Latina y sus encrucijadas. Buenos Aires: CLACSO, 2010, p. 193.

to, é possível explicitar os contornos gerais da conjuntura política desse momento a partir da compreensão da ampliação do espaço de disputa pela hegemonia que foi possível graças, dentre outros, à crise econômica, à crise da política da classe dominante e à pressão, a partir de certo grau de organização e unidade política, de sindicatos, movimentos sociais, grupos culturais e diversos atores ligados direta ou indiretamente às lutas pela democratização da comunicação social. E para isso é preciso voltar a 2001.

No início da década, o fracasso das políticas neoliberais era evidente. O país havia mergulhado em profunda crise econômica que se expressou na desestruturação do mercado de trabalho e na deterioração nos padrões de distribuição de renda, com mais da metade da população abaixo da linha da pobreza.²⁹ A proximidade dos parâmetros estruturais do subdesenvolvimento latino-americano, sem precedentes em sua história, propiciou intensa crise política que culminou com a renúncia do governo de Fernando De la Rúa (1999/2001), seguida por sucessão de governos provisórios – quatro presidentes em pouco mais de uma semana –, em um contexto de saques e protestos. *¡Que se vayan todos!* Essa era a frase da *insurreição espontânea* da população, do rechaço generalizado, mas politicamente inoperante, atirada aos governantes.

Somente em 2003 começou a se definir as forças que seriam capazes de recompor, ainda que com fragilidade, a institucionalidade política. Néstor Kirchner assumiu a presidência da república com discurso que articulava recuperação da soberania e das funções do Estado ao desenvolvimento com distribuição de renda. Isso o aproximava do perfil progressista construído na época de sua militância juvenil no peronismo de esquerda, mas sua prática política não se opôs ao neoliberalismo nem rompeu com os agentes que lucraram com o governo Menem, entre eles oligopólios estrangeiros que exploraram setores estratégicos da economia e a oligarquia financeira e rentista. Kirchner manteve-se fiel ao perfil político dos mais de dez anos que ocupou o governo de Santa Cruz, província petrolífera do sul do país. É essa a avaliação de Atilio Borón,³⁰ cientista político argentino que acompanha de perto o cenário político de seu país e da América Latina, e que é compartilhada por outros cientistas políticos e sociólogos, ainda que com diferenças de enfoque.³¹

²⁹ CEPAL. **Panorama social de América Latina 2006**. Santiago, Chile: Comisión para América Latina y Caribe, 2006.

³⁰ BORÓN, Atilio. La izquierda latino-americana a comienzos del siglo XXI. In: GRAVITO, César Rodríguez, BARRETT, Patrick e CHÁVEZ, Daniel (orgs.). **La nueva izquierda en América Latina: sus orígenes y trayectoria futura**. Buenos Aires: Norma, 2005, p. 11-17.

³¹ LÖWY, Michel. A esquerda na França e na América Latina. **Esquerda.Net**, Lisboa, 20 de dezembro de 2007. Disponível em: <www.esquerda.net>. Acesso em: 12 jun. 2012. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Conocer desde el Sur**. Para una cultura política emancipatória. La Paz: CLACSO, 2008.

A retomada da direção política e a recuperação econômica da Argentina permitiram, de fato, certos avanços, como a diminuição da pobreza e do desemprego e a ampliação do sistema de proteção social e previdenciária, mas não foram suficientes para modificar de forma significativa os níveis de desigualdade social nem transformar as instituições sociais e políticas. No setor da indústria cultural, o compromisso do governo Kirchner com a estrutura herdada se evidenciou em pelo menos três medidas.³² A Lei n. 25.750, sancionada em julho de 2003, excluiu as empresas que exploram o espectro radioelétrico do mecanismo previsto na lei de falência que possibilita a apropriação da empresa devedora até o montante da dívida; essa lei também incluiu controvertido artigo que, a partir das demandas do Grupo Clarín, limitou em 30% o capital estrangeiro nas empresas de comunicação e o Decreto n. 52712, de dezembro de 2004, suspendeu o prazo de contagem da renovação das licenças, o que se deu após os canais 11 e 13 da televisão aberta (Telefónica e Clarín, respectivamente) terem suas licenças renovadas por mais dez anos.

Ainda assim, nessa conjuntura desenvolveu-se renovação parcial de algumas instituições, como a Corte Suprema e as Forças Armadas, adoção de política internacional que fortaleceu autonomia regional, além de avanço sobre algumas questões pendentes da agenda democrática, como a promoção de processos de crimes ocorridos na ditadura militar.

Uma das expressões dessa renovação institucional e do avanço da agenda democrática ocorreu em 2003 quando a Corte Suprema, com base no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, declarou a inconstitucionalidade do art. 45, da Lei n. 22.285, que proibia as cooperativas sem fins lucrativos de serem concessionárias de radiodifusão. Em agosto de 2005, tal decisão consolidou-se com a alteração desse dispositivo legal graças, em parte, à pressão do campo popular e de seus aliados, que um ano antes haviam se reunido em torno da Coalizão por uma Radiodifusão Democrática (CRD), organização que congrega mais de 300 organizações sociais, entre elas sindicatos, federações e associações empresariais, cooperativas, universidades, organismos de direitos humanos, meios comunitários e comerciais e povos originários.³³

A partir de grande esforço de mobilização nacional, a CDR elaborou os “21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação”,³⁴ que previa o controle dos oligopólios, a reformulação do sistema público de radiodifusão e a inclu-

³² MARINO, Santiago. Estudio de caso. Argentina. In: AMARC. **Las mordazas invisibles**. Nuevas e viejas barreras a la diversidad en la radiodifusión, 2009. Disponível em: <<http://legislaciones.amarc.org/mordazas/Libro.pdf>>, p. 58. Acesso em: 10 jun. 2012.

³³ SEL, Susana. Op. cit., p. 197-198.

³⁴ Essa proposta se chamou “Iniciativa Cidadã por uma Radiodifusão Democrática: 21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação”, que está disponível no sítio www.coalicion.org.ar.

são de setor não comercial no espaço midiático. Em 2008, essa proposta recebeu forte impulso com o novo governo de Cristina Fernández que, em conjunto com a CDR, realizou por todo país fóruns participativos de consultas públicas, além de inúmeras assembleias e atos públicos destinados a divulgar e discutir aqueles 21 pontos, posteriormente incorporados em larga medida ao projeto de lei que foi enviado ao Congresso da Nação pelo Poder Executivo em agosto de 2009.

A decisão de Cristina Fernández de apoiar essa iniciativa democrática deu-se em novo contexto de crise na política da classe dominante que, em não encontrando solução nos canais institucionais convencionais, acabou resvalando em conflito através dos meios de comunicação, sobretudo a imprensa escrita que se desvencilhou dos últimos pudores de imparcialidade.

Antônio Gramsci,³⁵ ao analisar a imprensa italiana do início do século XX, referiu-se aos jornais como partidos políticos, órgãos que aliavam a função de informação à de direção política geral na falta de partidos organizados e centralizados. Fenômeno semelhante foi detectado em países da América Latina que elegeram *governos progressistas* e adotaram medidas que não eram consenso entre os setores da classe dominante.³⁶ Até mesmo Barack Obama, presidente dos Estados Unidos, decidiu tratar publicamente o conglomerado de comunicação FOX como extensão do partido Republicano, em razão da oposição às diversas reformas propostas no início de seu mandato.

Na Argentina, após o governo anunciar, em março de 2008, a elevação da retenção compulsória dos impostos de exportação de diversos produtos agrícolas, contrariando interesses de distintos estratos da propriedade rural e de setores urbanos das classes dominantes, a reação de certos jornais, especialmente os do Grupo Clarín, foi de confronto aberto. O *conflito do campo*, como foram chamados os três meses de protestos, bloqueios de estradas e boicotes à comercialização de certas exportações, selou o rompimento do acordo de respeito mútuo que durava desde o primeiro mandado de Kirchner em 2003, segundo o *Diario sobre Diarios*,³⁷ portal dedicado a observar os nove principais jornais portenhos. A cobertura midiática desse conflito chegou a receber críticas do Conselho Diretivo da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires que, em resolução, convidou as organizações

³⁵ GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. v. 2, p. 218.

³⁶ FONTES, Virginia. "Intelectuais e mídia — quem dita a pauta?". In: COUTINHO, Eduardo Granja (Org.). **Comunicação e contra-hegemonia: processos culturais e comunicacionais de contestação, pressão e resistência**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008. MORAES, Dênis de. **A batalha da mídia: governos progressistas e políticas de comunicação na América Latina e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Pão e Rosas, 2009.

³⁷ DIARIO SOBRE DIARIOS. **Ocho años de kirchnerismo: el comportamiento de los diarios**. 21 de diciembre de 2011. Disponível em: <<http://www.diariosobrediarios.com.ar>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

de jornalistas a chamar a atenção de seus filiados para as *faltas éticas graves* cometidas. Paralelamente, o governo partiu para o contra-ataque com o Clarín: anunciou veto à fusão de Cablevisión e Multicanal, revisou contratos de exclusividade para a transmissão de jogos de futebol e pressionou para mudança de controle acionário do Papel Prensa.

Se essas medidas serviram para os oligopólios midiáticos e para a Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP), associação que congrega os principais grupos de mídia do continente, acusar Fernández de atentar contra a liberdade de expressão e de imprensa, para o campo popular e seus aliados foi o sinal de alerta para, na falta de força política autônoma capaz de disputar a direção do país, reforçar ações de demonstração de apoio à continuidade do governo. Assim, após descenso entre os anos de 2003 a 2007, voltaram à cena os atos públicos, passeatas e protestos, que foram também cruciais para aprovação da *Ley de Medios* tanto na Câmara dos Deputados como no Senado da Nação.

Essa foi a segunda vez na história do país que a principal instituição da democracia representativa sancionou lei sobre a organização do espaço midiático; a primeira foi aprovada pelo Congresso da Nação em 1953 e desde que a ditadura militar foi instaurada, em 1973, o setor foi regulado por atos do Poder Executivo.

4. LEI DE MEIOS: “FALEMOS TODOS”³⁸

4.1. Complementariedade e disposições antimonopólicas

A amplitude do debate entre os mais variados setores da sociedade argentina acerca de nova regulamentação para os meios audiovisuais reflete-se no alcance normativo da Lei n. 26.522/2009. Sem romper com o mercado como principal eixo de direção e organização da comunicação social, essa lei disciplina o espaço midiático através de mecanismos de promoção, desconcentração e fomento da concorrência com o objetivo de democratizar e universalizar o uso e a fruição da palavra pública e dos produtos audiovisuais. Daí porque sua abrangência vai além da regulação do uso desta ou daquela tecnologia, mas adota o critério da influência³⁹ que os órgãos de produção e distribuição exercem sobre a audiência nas fronteiras do Estado Nacional.

³⁸ *iHablemos todos* foi o mote da campanha realizada pelo governo para divulgar as audiências públicas e seminários onde se discutiam os parâmetros do novo marco regulatório.

³⁹ A nota ao art. 1º da Lei n. 26.522/2009, que trata do seu objeto, esclarece que tal critério se baseou na diretiva da Comissão Europeia para a televisão sem fronteiras (TVSF) de dezembro de 2007, para quem a regulação da TV deve depender apenas da influência que se exerce sobre a opinião pública e não da tecnologia de transmissão. A mesma orientação é repetida na nota 33 ao art. 3º, dessa vez embasado na Resolução do Parlamento Europeu 2003/2237 (INI).

A *Ley de Medios* é, sem sombra de dúvida, contribuição original da sociedade argentina para a democratização da comunicação social, mas ao mesmo tempo teve o cuidado de se amparar nas tendências legais e jurisprudenciais observadas em outros países e regiões, notadamente Estados Unidos e União Europeia, assim como em organismos internacionais.⁴⁰ E, como convém a uma regulação dessa natureza, trata de maneira detalhada – em seus 166 artigos, subdivididos em incisos, alíneas e parágrafos – das mais diversas questões que influem na configuração do espaço midiático. Não é objeto do presente estudo abordar, diretamente, os aspectos técnico-jurídicos dessa lei, mas discutir as soluções normativas encontradas para tentar compatibilizar democratização do espaço midiático com os mecanismos de produção e distribuição de informação e bens simbólicos no bojo do modo de produção capitalista, tal como se configura atualmente na Argentina.

Nesse sentido, as características técnicas da transmissão de conteúdos por meios audiovisuais, diferentemente da imprensa escrita e da internet, propiciam maior protagonismo ao Estado e exigem, por isso, regras claras que concretizem os princípios de sua atuação bem como as condições para os que pretendem ser concessionários desse serviço público. Daí que, na *Ley de Medios*, a consideração da comunicação audiovisual como atividade de interesse público fundamental para o desenvolvimento sociocultural ganha contornos precisos com a delimitação do papel do Estado na organização e fomento dessa atividade, assim como na definição dos indivíduos e grupos aptos a explorá-la.

Enfatizando o papel do Estado como garantidor da liberdade de expressão, do pluralismo informativo, da participação e do acesso universal, a lei inovou ao erigir tratamento equitativo entre os meios de gestão estatal e de gestão privada sem e com fins lucrativos (arts. 2º e 21),⁴¹ dando-lhes regras específicas conforme as características de cada regime e a capacidade de influência. Assim, pretendeu-se que o espaço para a diversidade de vozes fosse assegurado, de um lado, pelo incentivo à criação de veículos por organismos da *sociedade civil*⁴² e pela reformulação do serviço de radiodifusão público e,

⁴⁰ A Lei n. 26.522 traz, por meio de notas à maioria dos artigos, referências expressas à contribuição dos vários setores da sociedade argentina, assim como à legislação comparada, sobretudo dos Estados Unidos e da União Europeia, tratados internacionais de que o Estado é parte, declarações internacionais e decisões de várias cortes internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

⁴¹ A complementariedade entre os sistemas público, privado e estatal de radiodifusão é respaldada por vários documentos internacionais, como a Declaração Conjunta sobre a Diversidade na Radiodifusão, firmada em 2007, pelos relatores da Liberdade de Expressão da ONU, OEA, OSCE e CADPH.

⁴² A expressão *sociedade civil* é geralmente utilizada como conjunto de instituições que se diferenciam do mercado e do Estado. Do ponto de vista teórico-político, essa posição guarda relação com as correntes liberais e marcam seu distanciamento com a tradição materialista dialética. Neste trabalho, o termo é empregado em sua forma usual, mas com a ressalva de que não

de outro, pela inibição da concentração empresarial dos meios de comunicação.

Na *Ley de Medios* é inegável o reconhecimento da importância das emissoras comunitárias para o conjunto do espaço midiático. Definidas como veículos independentes e não governamentais, geridos por organizações sociais sem fins lucrativos (art. 4º), não lhes é imposto restrição geográfica de alcance ou de temática; ao contrário, não só podem constituir-se em rede, respeitadas as cotas de programação própria e local (art. 64), como lhes são reservados 33% das frequências de radiodifusão sonora e televisiva terrestres (art. 89, f). Além disso, foram contempladas na incorporação de novas tecnologias e serviços, como a transição do sistema analógico para a digital (art. 92, b), e está previsto o repasse de 10% do tributo cobrado pela utilização das frequências, que deve ser dividido com outros serviços de comunicação audiovisual sem fins lucrativos, entre eles os dos Povos Originários (art. 97, f).⁴³

Os meios de gestão estatal podem ser titularizados pelos Estados Provinciais, Municípios, Cidade Autônoma de Buenos Aires, Universidades Nacionais, Povos Originários e Igreja Católica, sendo a todos reservadas as frequências necessárias para que cumpram com seus objetivos institucionais (arts. 89 e 121). Os veículos de radiodifusão dirigidos pelo Estado Nacional foram agrupados na *Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado* (RTA S.E.) que sofreu modificações estruturais inspiradas no modelo participativo das televisões públicas alemãs e francesas. A RTA passou a contar com um Diretório executivo, cujos membros são escolhidos pelo Poder Executivo Nacional e pela Comissão Bicameral da Comunicação Audiovisual do Congresso da Nação (art. 132), e com um Conselho Consultivo que, formado por pessoas indicadas pelas faculdades nacionais de jornalismo, sindicatos do setor da radiodifusão, organizações não governamentais entre outros. O Conselho Consultivo tem por competência exercer o controle social sobre o cumprimento dos objetivos e obrigações da RTA (arts. 124 a 130), dentre os quais estão o respeito e a promoção ao pluralismo político, social e cultural; a garantia do direito à informação e a difusão das atividades dos poderes do Estado a nível nacional e provincial (arts. 121 e 122).⁴⁴

compartilha a visão de que existam *setores* da sociedade que atuem politicamente desligados da base produtiva.

⁴³ Dado o *status* constitucional do reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas argentinas (art. 75, inciso 17, da Constituição Nacional), os Povos Originários, ao lado da Igreja Católica, Universidades Nacionais e Institutos Universitários, fazem parte dos meios audiovisuais públicos, em oposição aos meios privados e estatais. Daí receberem tratamento diferenciado pela *Ley de Medios*, especialmente nos arts. 4º, 22, 30, 64, 89 e 145 a 152.

⁴⁴ Observe-se que os dispositivos que fazem da RTA uma instituição de serviço público e estatal estão em discordância com o princípio 12 dos “21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação” proposto pela Coalizão por uma Radiodifusão Democrática.

No entanto, em razão da saturação física do espectro radioelétrico argentino, as disposições da *Ley de Medios* favoráveis à diversidade de vozes seriam esvaziadas caso não houvesse previsão de limites à concessão de licenças a grupos empresariais, seguida da redistribuição desse direito a fim de conformá-lo aos novos parâmetros estabelecidos. É disso que tratam os arts. 45 a 48 e 161, sem dúvida os mais polêmicos e que geraram as mais contundentes objeções do setor empresarial.

Para coibir práticas monopólicas e/ou oligopólicas, o art. 45, amparado no princípio 12 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH, utilizou a combinação de dois critérios – o número de licenças e a cota de mercado – a serem averiguados nos níveis nacional e local. Assim, no plano nacional, um mesmo concessionário só pode ter: a) uma licença de comunicação audiovisual por satélite, excluída a possibilidade de prestar quaisquer outros serviços no setor; b) até dez licenças de radiodifusão sonora, televisão aberta e/ou por assinatura; c) até vinte quatro licenças de radiodifusão por assinatura. E, ainda que preveja multiplicidade das licenças, a lei limita a prestação do serviço a 35% da audiência nacional. Da mesma forma, na ordem local, só é possível titularizar uma licença de radiodifusão AM e FM e uma de televisão aberta e paga, não cumulativamente.

Seguindo disposições semelhantes em países como Inglaterra, França, Itália e Estados Unidos, a lei também exige como pré-requisito para adjudicação das licenças a inexistência de processos de integração vertical ou horizontal de atividades relacionadas ou não com a comunicação social (art. 48), o que não permitiria, por exemplo, a coexistência de vínculos societários entre empresas de radiodifusão, agências de publicidade e meios impressos.

Já o art. 161 prevê como regra de transição a devolução, em um prazo de um ano, de licenças radiofônicas dos grupos de mídia que não se adequam aos limites da multiplicidade de concessões (art. 45). Essa disposição, tão inédita no continente quanto necessária para a desconcentração do espaço midiático,⁴⁵ tem por fim compatibilizar o princípio da pluralidade de vozes – inerente a qualquer serviço de radiodifusão que se pretenda democrático – com o direito de propriedade, não mais considerado irrestrito ou intocável. No entanto, como era de se esperar de qualquer tentativa que busque reorganizar atividade concentrada e predatória, esse dispositivo transformou-se no principal campo de batalhas judiciais. Até o momento o art. 161 encontra-se com a eficácia suspensa em razão de inúmeras medidas cautelares ajuizadas na primeira instância – em um primeiro momento propostas por parlamentares da oposição que invocavam desrespeito ao trâmite legislativo e, posteriormente, por grupos de mídia que sustentam o desrespeito à proprie-

⁴⁵ Observe-se que esse dispositivo encontra-se previsto no princípio 21 dos “21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação” proposto pela Coalizão por uma Radiodifusão Democrática.

dade privada – e confirmadas em sede recursal pela Corte Suprema que, porém, se pronunciou no sentido de que as liminares concedidas não poderiam ter efeito definitivo.

4.2. Reforma institucional e controle social

Os dispositivos legais destinados a garantir o pluralismo e a diversidade de vozes estão estreitamente vinculados a um certo tipo de arranjo institucional capaz de efetivá-los. Estrutura organizacional prevista para acolher mecanismos de representação formal e de participação direta, lastreados na mais ampla transparência e pautados por critérios republicanos, respondem melhor a esses objetivos ao marcar distância tanto de processos decisórios verticais como, do ponto de vista ético-político, da apropriação privada de bens públicos. Não se pode deixar de reconhecer que em vários países da América Latina, nos quais a gênese dos espaços midiáticos se respaldaram em normas e estruturas institucionais de governos autoritários e se desenvolveram no bojo da adoção de políticas neoliberais, tal configuração representa um grande desafio que, no entanto, pode ser enfrentado pela incorporação da experiência acumulada a partir das pressões do campo popular que, desde a década de 1990, como resposta à crise da representação parlamentar, tem aberto novas vias para a participação cidadã direta e para a renovação institucional.⁴⁶

Nesse aspecto particular, a ruptura que a *Ley de Medios* promoveu com relação à legislação anterior é comparável ao significado da adoção de normas antimonopólicas, com a peculiaridade de apresentar desenho institucional originário e inovador. De acordo com os arts. 10 a 20, a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual, órgão que tem a função de aplicar a lei com independência orçamentária e administrativa do governo nacional (art. 13), é conformada pelo Diretório (art. 14), pelo Conselho Federal de Comunicação Audiovisual – CFCA (art. 15) e pelo Conselho Assessor da Comunicação Audiovisual e Infância – CACAI (art. 17), perante os quais ainda atua a Defensoria do Público de Serviços de Comunicação Audiovisual (art. 19).

⁴⁶ Na década de 1990, em um contexto de crise econômica e de instabilidade política, movimentos contestatórios passaram a reivindicar uma refundação do Estado democrático com vistas a garantir maior controle social e participação popular. Tais processos foram particularmente vigorosos no Equador, Bolívia e Venezuela que, mediante reformas constitucionais, incorporaram mecanismos de participação direta, tais como revogação de mandatos eletivos e leis, controle popular sobre atos e contas públicas, cogestão administrativa com organismos da sociedade civil e autonomia indígena (FLORES, Fidel Pérez, CUNHA FILHO, Clayton Mendonça e COELHO, André Luiz. Participación ampliada y reforma del Estado. Mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela. **Revista Observatorio Social de América Latina**. Estado, cooperación e integración en América Latina. Buenos Aires: CLACSO, ano XI, n. 27, abr., 2010).

O Diretório, que conduz e administra a Autoridade, é composto por sete membros designados pelo Poder Executivo Nacional, pela Comissão Bicameral de Promoção e Seguimento da Comunicação Audiovisual do Congresso Nacional (art. 18), respeitando a representatividade das maiorias e minorias parlamentares, e pelo CFCA, órgão que congrega representantes dos concessionários públicos e privados com e sem fins lucrativos, das universidades, das entidades sindicais, dos povos originários entre outros.

Como o Diretório tem a competência de outorgar as licenças (art. 12, 6), observa-se que a previsão da participação direta do Poder Legislativo e, especialmente, de entidades da sociedade civil constitui um avanço sem precedentes no continente latino-americano. De fato, essa reformulação institucional, aliada a adoção de critérios mais democráticos para a avaliação das solicitações das frequências (art. 34) e a proibição expressa da presença de juízes, legisladores, servidores civis ou militares entre sócios de empresas concessionárias (art. 24, h), conferem à radiodifusão a característica de atividade de interesse público fundamental para o desenvolvimento sociocultural da população. Nesse sentido, e de acordo com os princípios 12 e 13 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH, a capacidade de exploração econômica dos meios de comunicação deixa de ser o fundamento da liberdade de expressão e do direito à comunicação.

O CFCA, órgão que como vimos incorpora entidades da *sociedade civil*, está dotado de amplas funções, entre elas assessorar no desenho da política pública de radiodifusão; propor medidas à Autoridade e jurados para as licitações públicas; elaborar informe anual sobre o cumprimento da lei a ser apresentado à Comissão Bicameral do Congresso da Nação e destituir os diretores da Autoridade, mediante maioria qualificada de dois terços, assegurada a ampla defesa.

Se o Diretório e o CFCA são órgãos que zelam prioritariamente pela organização do espaço midiático argentino, o CACAI e a Defensoria do Público de Serviços de Comunicação Audiovisual exercem controle social sobre os conteúdos que vem a público. Esse tipo de controle – bastante controvertido para os grupos de mídia que, ao se orientarem pela busca de margens de lucro cada vez mais ampliadas, preferem chamá-lo de censura – vincula-se ao respeito a parâmetros éticos da programação que são estabelecidos em lei e, por vezes, como no caso do Brasil, nas constituições. Nesse sentido, a *Ley de Medios*, que considera objetivo dos meios de comunicação influir na formação de sujeitos e atores sociais respeitando os diferentes modos de compreensão da vida e do mundo (art. 3, i), estabelece a proibição de discriminações baseadas na etnia, religião, origem nacional ou social, aspecto físico, opiniões políticas, gênero ou orientação sexual e outras (art. 70), além de ter sido especialmente cuidadosa com os programas e a publicidade e destinados às crianças por consideração a sua inexperiência e credulidade (arts. 68 e 81, h). Daí

que entre as funções do CACAI estão a criação de critérios para conteúdos recomendados às crianças e adolescentes, sempre com o aval de argumentos teóricos e análises empíricas; a elaboração de um Programa de Formação em Recepção Crítica dos Meios e Tecnologias da Informação e Comunicação, que além de capacitar esse público na apreciação dos programas tem a missão de apoiar a criação e funcionamento de redes de informação entre crianças e adolescentes, e, ainda, monitorar o cumprimento da legislação que rege o trabalho infantil na televisão (art. 17).

Já a Defensoria do Público, por ter legitimação processual e administrativa, exerce o controle social canalizando judicialmente as reclamações e denúncias do público, em caráter de interesses coletivos e difusos, além de ter competência para propor modificações na legislação e formular recomendações às autoridades administrativas em consonância com os debates e consensos estabelecidos a partir de audiências públicas que pode convocar nas diferentes regiões do país com o objetivo de avaliar o funcionamento dos meios radiofônicos (art. 19). Seu titular é indicado pelo Congresso da Nação a partir da indicação da Comissão Bicameral de Promoção e Seguimento da Comunicação Audiovisual, devendo reunir os mesmos requisitos exigidos dos componentes da Autoridade (art. 20).

5. CONCLUSÕES

Liberdade de informação e direito à comunicação, enquanto princípios organizativos do espaço midiático, partem de perspectivas distintas acerca do sujeito de direito. Na liberdade de informação, tal como invocada pelos grupos de mídia na América Latina, trata-se do sujeito de direito abstrato que, a despeito das desigualdades econômicas e culturais, troca informações, *comunica-se*, de forma transparente e igual. Não importa que a realidade aponte para as profundas transformações na exploração e uso das tecnologias de informação, segue-se pleiteando o artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1979 e apontando o Estado como principal agente a ser contido. No direito à comunicação ganha espaço o sujeito de direito concreto que, situado nas contradições que imprimem as práticas e formas de organização comunicacionais inauguradas pela sociabilidade capitalista, aponta para a necessidade de levá-las em consideração à hora de definir as normas.

Historicamente, em larga medida, vem prevalecendo o sujeito de direito abstrato pois foi sobre ele que se constituiu o monopólio da comunicação, do conhecimento e da cultura. Em certas ocasiões muito especiais, contudo, o sujeito concreto reaparece graças à intensidade e acúmulo das lutas sociais cujos resultados são impressos no direito positivo. Na Argentina isso se mostrou possível. Em julho de 2011, Bolívia também adotou novo marco regulatório cujo eixo se articula no princípio da divisão equitativa das fre-

quências de rádio e TV, ao passo que no Equador projeto de lei no mesmo sentido, e com grandes chances de ser aprovado, está em tramitação no Poder Legislativo. No Brasil, contudo, as perspectivas não são alentadoras. Depois da I Conferência Nacional de Comunicação (CONFECOM), realizada em dezembro de 2009 com a presença de setores da *sociedade civil* e que apontou amplas diretrizes para a reformulação do nosso espaço midiático no sentido do direito à comunicação, essa pauta saiu da agenda governamental. Certamente, o descompromisso com as forças sociais que lutam pela democratização da comunicação apenas pode ser compreendido em razão das alianças políticas com setores da classe dominante. Aqui, à diferença da Argentina por exemplo, a continuidade do processo de acumulação do capital não esteve sob risco.

No entanto, como bem demonstra a experiência argentina, a adoção do direito à comunicação como princípio do marco regulatório não encerra a questão. Por trás dela encontra-se a trincheira do Poder Judiciário. Pouco antes da I CONFECOM, o Supremo Tribunal Federal julgou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130/DF) no qual afirma textualmente, logo na ementa, a inexistência fática de monopólios e/ou oligopólios no espaço midiático brasileiro porque a Constituição proíbe tal prática! A doutrina, por sua vez, parece não conseguir se desvencilhar da dicotomia liberdade positiva/liberdade negativa, subscrevendo a lógica do sujeito de direito abstrato. Na literatura jurídica, a discussão predominante acerca da comunicação social centra-se na definição dos limites do poder do Estado e na extensão da atuação da imprensa quanto ao respeito aos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e, em casos mais raros, aos princípios constitucionais da programação da radiodifusão. Por mais que esses sejam temas importantes, estão longe de esgotar a discussão; ou melhor, eles apenas podem ser definidos e compreendidos se contextualizados na realidade da organização do espaço midiático.

Há alguns anos o direito à comunicação vem ganhando mais espaço nos cursos de Comunicação e Ciências Sociais. O acolhimento dessa temática pelos juristas e nas faculdades de Direito caminha a passos mais lentos, mas já se demonstra algum interesse especialmente entre os que se aproximam dos múltiplos sujeitos que lutam pela democratização da comunicação social no país.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. 5to. **Informe de Contenidos de la Televisión Abierta Argentina**. 2010. Disponível em: <<http://www.afsca.gob.ar/web/>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BORÓN, Atílio. La izquierda latino-americana a comienzos del siglo XXI. In: GRAVITO, César Rodríguez, BARRETT, Patrick e CHÁVEZ, Daniel (orgs.). **La nueva izquierda en América Latina: sus orígenes y trayectoria futura**. Buenos Aires: Norma, 2005.

CANCLINI, Nestor García. Los países latinos en la esfera pública transnacional. **Revista Observatorio**. Dossier Economía y cultura. Buenos Aires: Secretaria de Cultura, n. 1, noviembre, p. 44/49, 2004.

CRIS. **Manual para la evaluación de los derechos a la comunicación**. 2005. Disponível em: <<http://centreforcommunicationrights.org>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

CEPAL. **Panorama social de América Latina 2006**. Santiago, Chile: Comisión para América Latina y Caribe, 2006.

DIARIO SOBRE DIARIOS. **Ocho años de kirchnerismo: el comportamiento de los diarios**. 21 de diciembre de 2011. Disponível em: <<http://www.diariosobrediarios.com.ar>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

FLORES, Fidel Pérez, CUNHA FILHO, Clayton Mendonça e COELHO, André Luiz. Participación ampliada y reforma del Estado. Mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela. **Revista Observatorio Social de América Latina**. Estado, cooperación e integración en América Latina. Buenos Aires: CLACSO, ano XI, n. 27, abr., 2010.

FONTES, Virginia. “Intelectuais e mídia — quem dita a pauta?”. In: COUTINHO, Eduardo Granja (Org.). **Comunicação e contra-hegemonia: processos culturais e comunicacionais de contestação, pressão e resistência**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** 10ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

GINIGER, Luis Pablo. Legislación y concentración mediática en la Argentina. **Revista del CCC**, an. 1, n. 1, set./dez., 2007. Disponível em: <<http://www.iade.org.ar/uploads/c87bbfe5-d04c-6202.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. v. 2.

GRINBERG, Máximo. **A comunicação alternativa na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 1987.

LÖWY, Michel. A esquerda na França e na América Latina. **Esquerda.Net**, Lisboa, 20 de dezembro de 2007. Disponível em: <www.esquerda.net>. Acesso em: 12 jun. 2012.

MACBRIDE, Sean. **Un sólo mundo, voces múltiples**: comunicación e información en nuestro tiempo. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

MARINO, Santiago. Estudio de caso. Argentina. In: AMARC. **Las mordazas invisibles**. Nuevas e viejas barreras a la diversidad en la radiodifusión, 2009. Disponível em: <<http://legislaciones.amarc.org/mordazas/Libro.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

MASTRINI, Guillermo e MARTÍN, Berra. **50 años de concentración de medios en América Latina**: del patriarcado artesanal a la valorización en escala. Material de la Cátedra de Políticas y Planificación de Comunicación. Universidad de Buenos Aires. Disponível em: <www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/textos/>. Acesso em: 20 jun. 2012.

MATTELART, Armand. **Comunicação-mundo**: história das ideias e das estratégias. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MCCHESENEY, Robert W. Mídia global, neoliberalismo e imperialismo. In: MORAES, Dênis de (org.). **Por uma outra comunicação**: mídia, mundialização cultural e poder. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 217-242.

MORAES, Dênis de. **A batalha da mídia**: governos progressistas e políticas de comunicação na América Latina e outros ensaios. Rio de Janeiro: Pão e Rosas, 2009.

PORTA, Paula. **Economia da cultura**: um setor estratégico para o país. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/04/01/economia-da-cultura-um-setor-estrategico-para-o-pais>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Conocer desde el Sur**. Para una cultura política emancipatória. La Paz: CLACSO, 2008.

SCHMUCLER, Héctor. **Memoria de la comunicación**. Buenos Aires, Biblos, 1997.

SEL, Susana. Actores sociales y espacio público. Disputas por la ley de servicios de comunicación audiovisual en Argentina In: SEL, Susana (coord.). **Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo**. América Latina y sus encrucijadas. Buenos Aires: CLACSO, 2010, p. 183-210.

ROLIM, Renata Ribeiro. **Direito à comunicação**: possibilidades, limites e contradições pra a lógica dos movimentos sociais. Recife: 8 de Março, 2011.

UNCTAD. **World Investment Report 2004**. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2012.



REFLEXÕES SOBRE A (IN)VIABILIDADE DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO DIREITO DOS POVOS DE JOHN RAWLS

*Renato Barbosa de Vasconcelos**
*Gustavo Fernandes Meireles***

Resumo

As reiteradas violações às normas de direitos humanos ocorridas no século XXI indicam que a valorização desses direitos na esfera internacional não tem implicado a sua efetiva observância em todo o mundo. Discutir os desafios que devem ser superados para que seja efetivada uma jurisdição dos direitos humanos consiste, assim, em etapa fundamental para evitar que o apoio as suas normas não passe de mero artifício retórico. Com base nisso, este trabalho pretende analisar as questões concernentes à jurisdicionalização dos direitos humanos a partir do modelo proposto pelo filósofo estadunidense John Rawls: o Direito dos Povos. Ao final, procura verificar em que medida a teoria de Rawls fornece elementos para a superação daqueles obstáculos.

Palavras-chave

Direitos humanos. Jurisdicionalização. Direito dos Povos.

Abstract

The persistence of human rights violations to rules during the XXI century indicate that the importance of these rights at the international level has not implied their effective observance throughout the world. Therefore, discussing the challenges that must be overcome in order to provide an effective jurisdiction of human rights is a fundamental step to avoid using

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela UFC. Membro do “Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFC”. Membro do projeto de pesquisa “Possibilidades e riscos de políticas comuns de direitos e garantias fundamentais nos Estados integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição sul-americana” (UFC/UFSC/UNIVALI/CAPES). Membro do grupo de pesquisa “Filosofia dos Direitos Humanos (CNPq/UFC)”. Assistente em administração da UFC.

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela UFC. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Membro do “Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFC”. Membro do projeto de pesquisa “Possibilidades e riscos de políticas comuns de direitos e garantias fundamentais nos Estados integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição sul-americana” (UFC/UFSC/UNIVALI/CAPES). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogado.

their standards as mere rhetorical device. From this standpoint, this research intends to analyze the questions related to human rights jurisdictionalization based on the model proposed by the american philosopher John Rawls: the Law of Peoples. We conclude trying to verify how much able to overcome those holdbacks the elements Rawls' theory offers are.

Keywords

Human rights. Jurisdictionalization. Law of Peoples.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O exame do desenvolvimento histórico dos direitos humanos demonstra que não foi curto o itinerário percorrido até que suas normas gozassem do atual prestígio (COMPARATO, 2004)¹. Até poucas décadas atrás, o Direito das Gentes regulava apenas as relações entre Estados soberanos, ao passo que os indivíduos (quando muito, objetos de tratados bilaterais) não eram considerados titulares de direitos no plano internacional.

Já se disse, por isso, que o texto da Declaração de 1948 (especificado em inúmeros diplomas posteriores) introduziu a “concepção contemporânea”² dos direitos humanos. Desde então, vem se firmando o entendimento de que a proteção desses direitos não mais cabe apenas ao domínio particular dos Estados, ou seja, a forma como estes cuidam de seus nacionais não pode ser encarada como um problema de exclusiva jurisdição doméstica.

Ocorre que, embora já inseridas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, as normas de direitos humanos consagradas nos tratados internacionais vêm sendo reiteradamente violadas neste século. Em seu informe anual de 2011, por exemplo, a Anistia Internacional denunciou que pessoas ainda são torturadas em, pelo menos, 98 países, e são proibidas de se expressar livremente em, ao menos, 89 nações³.

Dados como esses demonstram que o fortalecimento da ideia de que os direitos humanos devem ser respeitados implica a discussão sobre que providências devem ser tomadas em face dos Estados que assim não procedem (seja porque se recusam a reconhecê-los, seja porque não possuem condições socioeconômicas para tanto). Cresce, então, a demanda por instrumentos que assegurem a efetividade⁴ desses direitos.

¹ Segundo as Nações Unidas (2006), até julho de 2006, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 156 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais contava com 153 Estados-partes; e a Convenção contra a Tortura contava com 141 Estados-partes.

² Expressão adotada por Flávia Piovesan (2007, p. 143).

³ Os dados da Anistia Internacional (2011) apontam, ainda, que, no ano de 2010, em ao menos 55 nações foram realizados julgamentos injustos e, em pelo menos 54 países, prisioneiros de consciência continuam detidos.

⁴ Conforme Marcelo Neves (1994, p. 47-48), não se identifica, aqui, “efetividade” com “eficácia”. Esta indica à concretização do “programa condicional”, isto é, do vínculo “se-então”, abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal. Aquela refere-se à implementação do “programa

Frente à atual conjuntura, todavia, é forçoso reconhecer que inexistente uma jurisdição internacional dos direitos humanos que garanta a estes o respeito almejado. O fato é que, não obstante os inegáveis avanços na matéria, nem a incorporação de seus tratados pelo direito interno nem a criação de órgãos internacionais que fiscalizem sua observância têm se revelado suficientes para a efetivação das suas normas.

Nessa toada, Norberto Bobbio (1992, p. 25-47) lembra, com acerto, que os direitos humanos somente poderão ser protegidos quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”. No entanto, a viabilidade de tal jurisdição envolve diversos desafios cuja análise, não raro, é menosprezada.

Considerando a importância e a atualidade do tema, reveste-se, assim, de cada vez maior relevo a investigação de paradigmas teóricos que auxiliem na superação dos óbices a uma efetiva jurisdição dos direitos humanos. Para tanto, optou-se neste trabalho por analisar o *Direito dos Povos*, modelo de Direito Internacional formulado pelo filósofo estadunidense John Bordley Rawls. Dois, aliás, foram os motivos de tal escolha.

Em primeiro lugar, nenhuma discussão teórica sobre direitos humanos pode prescindir de uma teorização acerca do “justo”, tema sobre o qual Rawls é, reconhecidamente, um dos maiores pensadores⁵. Em segundo lugar, Rawls teve a oportunidade de refletir sobre o problema em meio a um contexto muito semelhante ao hodierno, o que reduz os riscos de se incorrer em interpretações historicamente equivocadas das suas propostas⁶.

Dessa forma, na primeira parte deste artigo, verificar-se-á como, em sua última obra, *The law of peoples* (1999)⁷, Rawls pretendeu estender a sua teoria da justiça do plano doméstico para o plano internacional. Na segunda

finalístico” que orientou a atividade legislativa ou a concretização do vínculo “meio-fim” que decorre, abstratamente, do texto legal. Por exemplo, uma convenção destinada a coibir a discriminação racial será “efetiva”, quando a prática de tal discriminação for reduzida, relevantemente, por força da sua “eficácia” (observância, aplicação, uso). A mesma convenção pode, contudo, ter eficácia sem efetividade (*v.g.*, a convenção ser observada, mas não ensejar nenhuma redução significativa das práticas discriminatórias).

⁵ Nythamar de Oliveira (1999, p. 164) destaca que: “[n]enhuma outra obra de filosofia política tem recebido tanta atenção nos meios acadêmicos e culturais do mundo inteiro quanto a *Teoria da Justiça* de John Rawls. O trabalho monumental de Rawls emerge como ponto de referência necessário para explorarmos a cartografia ético-política contemporânea, opondo universalistas e comunitaristas, construtivistas e intuicionistas, deontologistas e universalistas”. Robert Nozick (1999, p. 183), por sua vez, assevera que “political philosophers now must either work within Rawls’ theory or explain why not”.

⁶ Rawls viveu entre os anos 1921 e 2002. Thomas Pogge (2007, p. 3-27) apresenta uma breve biografia do autor.

⁷ Para as citações originais da obra mencionada, será utilizada a seguinte edição: RAWLS, John. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard, 1999. Para as citações em português: RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

parte, por sua vez, examinar-se-á quais são as principais contribuições ao debate sobre a jurisdicionalização dos direitos humanos que podem ser inferidas da teoria rawlsiana.

2. O DIREITO DOS POVOS E OS DIREITOS HUMANOS

2.1. O Direito dos Povos como uma utopia realista

Por *Direito dos Povos*, Rawls denomina uma concepção liberal que generaliza a ideia de *justiça como equidade*⁸ com o intuito de orientar as normas de Direito Internacional e assegurar a coexistência pacífica entre os diversos povos⁹. Estes, sejam liberais ou não, comporão a chamada *Sociedade dos Povos* na medida em que suas condutas recíprocas estiverem pautadas pelos princípios daquele modelo jurídico.

Segundo Rawls, em que pese o fato de viverem em um mundo violento, a base para a paz e a estabilidade das sociedades não pode consistir simplesmente no equilíbrio de poderes e na *Realpolitik*¹⁰. A condição para que aquelas sejam alcançadas é a existência de regras e instituições legítimas que possam regular, imparcialmente, as relações entre os membros da Sociedade dos Povos, limitando-lhes a soberania.

O Direito Internacional necessita, portanto, de uma teoria de justiça política que lhe forneça diretrizes publicamente acordadas e poderes para fazê-las valer no caso de não serem observadas. O objetivo de Rawls é estabelecer uma nova estrutura normativa para as relações internacionais, baseada em princípios morais que arbitrarão os conflitos entre os povos em todos os níveis: político, econômico, territorial etc.

Duas ideias principais motivam o desenvolvimento do Direito dos Povos. A primeira é a de que os grandes males da história humana (como as guerras injustas, a perseguição religiosa, a fome e a pobreza, entre outras) decorrem da injustiça política. A segunda é a de que esses males desaparecem (ou diminuem) quando as formas mais graves de injustiça política forem eliminadas por políticas sociais e instituições básicas justas.

Rawls (1999, p. 8) postula que, por meio do Direito dos Povos, muitos dos problemas da política externa contemporânea seriam resolvidos sem

⁸ A concepção de *justiça como equidade* é fundamentada em: *A theory of justice* (1999)

⁹ Catherine Audard (2007, p. 232) lembra que tanto uma teoria da *justiça* como uma teoria *normativa* são ideias "novas" no âmbito da teoria das relações internacionais, que até pouco tempo era dominada pelo pensamento *realista*. Somente após a 2ª Guerra Mundial, e a consequente maior preocupação com os direitos humanos e com a limitação da soberania dos Estados, é que foi elaborado um discurso normativo sobre as relações políticas na esfera internacional.

¹⁰ *Realpolitik* (do alemão *real* "realístico", e *politik*, "política") designa a política ou diplomacia baseada especialmente em considerações práticas, em detrimento de noções ideológicas.

maiores dificuldades. Isso porque os integrantes da Sociedade dos Povos possuem estruturas internas democráticas que respeitam a independência e a igualdade dos demais povos, de modo que não teriam motivos para, por exemplo, guerrear entre si ou participar de uma corrida armamentista.

No entanto, diferentemente das teorias políticas clássicas, Rawls preconiza que os povos, e não os Estados, sejam os atores nas relações internacionais (1999, p. 23-24). Para o filósofo, os povos possuem características que os distinguem dos Estados, ao mesmo tempo em que determinam afinidades comuns e uma identidade coletiva¹¹, e os Estados geralmente só levam em conta os *seus* interesses básicos.

A esse respeito, Rawls (2001, p. 36) afirma que:

A visão típica das relações internacionais é fundamentalmente a mesma dos tempos de Tucídides e não foi transcendida nos tempos modernos, quando a política mundial ainda é marcada pelas lutas dos Estados por poder, prestígio e riqueza em uma condição de anarquia global. Até que ponto os Estados diferem dos povos fundamenta-se em até que ponto a racionalidade, a preocupação com o poder e os interesses básicos dos Estado são preenchidos¹².

Dentre as condicionantes históricas do modelo rawlsiano, destaca-se o chamado *pluralismo razoável*¹³. Isso porque, se no plano interno as sociedades são marcadas pela variedade de concepções de bem, no plano internacional as discrepâncias são ainda mais acentuadas, visto que os diferentes povos elegem regimes políticos diversos incompatíveis uns com os outros.

Essa diversidade é inevitável e só pode ser suprimida mediante o uso da força. Não é ela, porém, um obstáculo intransponível à formação de uma Sociedade dos Povos, pois, assim como no âmbito doméstico os distintos planos de vida dos cidadãos podem conviver sob a égide de uma democracia liberal, no âmbito externo os povos podem relacionar-se sob regras comuns que respeitem a autodeterminação de todos.

¹¹ São elas: um governo justo e razoável, que serve aos interesses dos cidadãos; cidadãos unidos em torno de “simpatias comuns”, um conceito tomado de J. S. Mill, que envolve antecedentes políticos, história nacional, orgulho e honra coletivo e outros elementos; e uma natureza moral, expressa por um comprometimento com uma concepção política de justiça.

¹² No original (1999, p. 28): “[t]he typical view of international relations is fundamentally the same as it was in Thucydides’ day and has not been transcended in modern times, when world politics is still marked by the struggles of states for power, prestige, and wealth in a condition of global anarchy. How far states differ from peoples rests on how rationality, the concern with power, and a state’s basic interests are filled in”.

¹³ Trata-se, em suma, da coexistência de posições pessoais – filosóficas, morais e religiosas – que abrangem, de modo mais ou menos sistemático e completo, todos os diversos aspectos da existência humana, e não somente as questões meramente políticas.

A partir do modo como a estrutura básica das sociedades se adéqua ao modelo descrito pela justiça como equidade, Rawls (1999, p. 4) classifica os povos em cinco tipos diferentes, a saber: os povos “liberais razoáveis”, os povos “decentes”, os “Estados fora da lei”, as “sociedades sob o ônus de condições desfavoráveis” e, finalmente, as sociedades que são “absolutismos benevolentes”.

Os povos “liberais razoáveis” são aqueles que aderem, em maior ou menor grau, ao paradigma da justiça como equidade, isto é, as sociedades que subscrevem aos princípios de um Estado democrático de direito. Os povos “decentes” são sociedades não liberais que possuem uma estrutura básica denominada por Rawls de “hierarquia de consulta decente”, que permite aos cidadãos desempenhar um papel substancial na tomada das decisões.

“Estados fora da lei” se recusam a aceitar um Direito dos Povos razoável e recorrem à guerra e ao terrorismo para promover seus interesses. “Sociedades sob o ônus de condições desfavoráveis” são aquelas cujas circunstâncias históricas, sociais e econômicas dificultam o alcance de um regime bem-ordenado. “Absolutismos benevolentes”, por fim, honram os direitos humanos, mas negam aos seus membros um papel significativo nas decisões políticas.

Rawls concebe, assim, uma “utopia realista”¹⁴. O autor pretende ampliar os limites do que se geralmente pensa como sendo possível (aspecto utópico), sem imaginar que determinados traços permanentes da história humana serão alterados (aspecto realista). Ele persegue a ideia kantiana de “*foedus pacificum*”¹⁵ (1999, p. 10), buscando conciliar normativamente o factível com o desejável.

2.2. Os princípios do Direito dos Povos

Como consequência do pluralismo razoável, Rawls (1999, p. 36) entende que um Estado global é inviável. Dada a diversidade de regimes políticos, uma instituição “responsável” por todo o mundo ou seria fraca, caso não recorresse à violência e se curvasse a todas as concepções de justiça dos dife-

¹⁴ Nas palavras de Rawls (2001, p. 15): “[...] a filosofia política é realisticamente utópica quando estende o que comumente pensamos ser os limites da possibilidade política praticável e, ao fazê-lo, nos reconcilia com a nossa condição política e social.” No original (1999, p. 11): “[...] political philosophy is realistically utopian when it extends what are ordinarily thought to be the limits of practicable political possibility and, in so doing, reconciles us to our political and social condition”.

¹⁵ Kant (1995) concebe uma Liga da Paz, que difere de um mero tratado de paz pelo fato de que este previne ou termina apenas uma guerra, enquanto a Liga pretende encerrar todos os conflitos para sempre. A Liga existiria com o único fim de manter e assegurar a liberdade dos Estados a ela afiliados.

rentes povos, ou seria opressiva, caso tentasse impor a todos os mesmos princípios de justiça, o que poderia ser feito apenas à força¹⁶.

Rawls (1999, p. 14) concebe a Sociedade dos Povos como detentora de um caráter liberal, por defender que as instituições liberais são as mais adequadas para a Sociedade dos Povos como um todo. Não pretende, todavia, que tal concepção seja imposta aos outros povos, razão pela qual defende que os princípios exteriores, formulados a partir de um ponto de vista liberal, sejam razoáveis também de um ponto de vista não-liberal decente.

Para tanto, Rawls (1999, p. 36) recorre novamente ao artifício de uma *posição original*, já utilizado para a formulação dos princípios de justiça que devem orientar as sociedades na esfera doméstica¹⁷. Nesse momento, contudo, as partes serão *povos*, e não *pessoas*, visto que estas, conforme o autor, escolheriam princípios de justiça para reger o mundo inteiro, resultando no governo global cuja viabilidade é por ele refutada.

A alteração das partes deve-se, ainda, ao fato de que, para Rawls, não há uma cultura pública global prescrevendo que os cidadãos dos diferentes países devem relacionar-se uns com os outros, em um esquema de cooperação social (WENAR, 2002, p. 62-63)¹⁸. Da mesma forma, não há uma ideia suficientemente forte de que a distribuição dos recursos e riquezas globais não deve estar baseada em fatores arbitrários de um ponto de vista moral.

Nessa medida, inexistente, segundo Rawls, um traço cultural global que seja equivalente à ideia, presente na cultura pública de uma democracia liberal, de que os cidadãos devem considerar-se igualmente livres, apesar de suas diferenças mais particulares. São os povos, e não os indivíduos, quem as instituições políticas internacionais consideram livres e iguais (WENAR, 2002, p. 63)¹⁹.

¹⁶ Rawls, contudo, não descarta a possibilidade de existirem associações e federações cooperativas entre os povos, encarregadas de regulamentar a cooperação entre eles e de cumprir certos direitos reconhecidos. Algumas dessas organizações, como a ONU idealmente concebida, podem ter a autoridade de expressar para a sociedade de povos bem-ordenados a sua condenação de instituições nacionais injustas em outros países e esclarecer, ou mesmo sancioná-las, em casos de violação aos direitos humanos.

¹⁷ Confira-se, para tanto, *A theory of justice* (1999).

¹⁸ Leif Wenar ressalta, ainda, que a *Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948*, v.g., quando proclama a liberdade e a igualdade de todos, o faz para determinar como os cidadãos devem ser tratados *pelos seus próprios governos nacionais*. Esses dispositivos não definem como os cidadãos de diferentes países devem ter-se em conta ou relacionar-se entre si. As principais instituições políticas internacionais estão estruturadas com vistas não aos cidadãos individuais, mas, na linguagem de Rawls, aos *povos*.

¹⁹ Com isso não se quer dizer, ressalte-se, que Rawls não considera que todos os seres humanos devem ser tratados como livres e iguais. Ocorre que, para o filósofo, como não se pode presumir que os “cidadãos globais” se veriam como indivíduos igualmente livres que deveriam relacionar-se equitativamente entre si, não é interessante que se desenvolvam instituições coercitivas que presumam essa ideia.

O Direito dos Povos, portanto, não prescreve regras diretamente para os cidadãos, mas apenas para as sociedades a que estes pertencem. Ao contrário das visões cosmopolitas, a teoria de Rawls não tem o bem-estar dos indivíduos como finalidade imediata, mas somente mediata, atingível a partir da justiça e da estabilidade de cada *sociedade* integrante da Sociedade dos Povos²⁰.

Enquanto no caso de uma sociedade interna os cidadãos elaboram os princípios de justiça que buscam assegurar os justos termos de cooperação social, na Sociedade dos Povos, as partes optam por diferentes formulações ou interpretações dos oito princípios do Direito dos Povos. De acordo com Rawls (2001, p. 47-48), eles podem ser deduzidos a partir da história e dos costumes do Direito Internacional.

São eles os seguintes:

1. Os povos são livres e independentes, e a sua liberdade e independência devem ser respeitadas por outros povos;
2. Os povos devem observar tratados e compromissos;
3. Os povos são iguais e são partes em acordos que os obrigam;
4. Os povos sujeitam-se ao dever de não-intervenção;
5. Os povos têm o direito de autodefesa, mas nenhum direito de instigar à guerra por outras razões que não a autodefesa;
6. Os povos devem honrar os direitos humanos;
7. Os povos devem observar certas restrições especificadas na conduta da guerra;
8. Os povos têm o dever de assistir outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente²¹.

Apesar de considerar a lista incompleta, Rawls acredita que ela constitui a “Carta Básica do Direito dos Povos”, isto é, compreende os princípios que os povos bem-ordenados aceitam mutuamente como os padrões de conduta de suas políticas externas. Desse modo, a seleção dos princípios de justi-

²⁰ Segundo Rawls (2001, p. 157), “[e]la [a visão cosmopolita] se preocupa com o bem-estar dos indivíduos, e portanto com determinar se o bem-estar da pessoa globalmente em pior situação pode ser melhorado. O que é importante para o Direito dos Povos é a justiça e a estabilidade, pelas razões certas, de sociedades liberais e decentes, vivendo como membros de uma sociedade de povos bem-ordenados”. No original (1999, p. 120): “It is concerned with the well-being of individuals, and hence with whether the well-being of the globally worst-off person can be improved. What is important to the Law of Peoples is the justice and stability for the right reasons of liberal and decent societies, living as members of a Society of well-ordered Peoples”.

²¹ No original (1999, p. 37): “1. Peoples are free and independent, and their freedom and independence are to be respected by other peoples. 2. Peoples are to observe treaties and undertakings. 3. Peoples are equal and are parties to the agreements that bind them. 4. Peoples are to observe a duty of non-intervention. 5. Peoples have the right of self-defense but no right to instigate war for reasons other than self-defense. 6. Peoples are to honor human rights. 7. Peoples are to observe certain specified restrictions in the conduct of war. 8. Peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime.”

ça permite a construção de um ambiente adequado a que todas as sociedades estabeleçam entre si organizações cooperativas (RAWLS, 1999, p. 37)²².

A aplicação dos princípios deve, ainda, implicar a implementação de um processo paralelo ao senso de justiça desenvolvido no caso nacional. É essencial a realização de tal processo para se atingir a paz democrática, pois, por meio dele, as sociedades liberais democráticas aceitam de boa vontade as normas do Direito dos Povos e as pessoas passam também a ver as vantagens de tais normas e a adotá-las como um ideal de conduta.

2.3. As funções dos direitos humanos

Diversamente do que se poderia supor, o conjunto de direitos humanos previstos por Rawls não abrange todos os oriundos dos princípios de justiça em uma sociedade liberal. Figuram entre eles: a vida; a liberdade (frente à escravidão, servidão e alguma liberdade de consciência quanto à religião e ao pensamento); a propriedade pessoal; e a igualdade formal, ou seja, a garantia de que casos iguais serão tratados igualmente.

Normalmente, a função atribuída aos direitos humanos é a de servir de fundamento moral para que a efetivação deles seja reivindicada onde eles não sejam respeitados, de sorte que pedir direitos humanos seria pedir aquilo que é justo para *qualquer* ser humano (JESUS, 2011, p. 124). Por que, então, a lista rawlsiana de direitos do homem não contempla todos os direitos que o próprio autor considera devidos a todos os seres humanos?²³

Rawls (2001, p. 105) enumera os três papéis centrais daqueles direitos:

1. Seu cumprimento é condição necessária da decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica.
2. Seu cumprimento é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por exemplo, por meio de sanções diplomáticas e econômicas, ou em casos graves, de força militar.
3. Eles estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos²⁴.

²² Conforme Thomas Pogge (2001, p. 253), Rawls sustenta que a preocupação com a justiça das sociedades exaure a preocupação com a liberdade e o bem-estar das pessoas. A ideia rawlsiana, contudo, parece partir da premissa equivocada de que as causas da desigualdade internacional seriam puramente domésticas. A situação econômica de uma sociedade, sobretudo as de economias mais frágeis, é, na verdade, influenciada por fatores internos e externos a ela.

²³ Segundo Burleigh Wilkins (2007, p. 109), diversos críticos apontam que o elenco de direitos humanos previstos por Rawls é muito restrito para ser aceitável. Allen Buchanan, por exemplo, aponta que as omissões desse rol permitiriam uma sociedade na qual discriminações étnicas e de gênero pudessem existir.

²⁴ No original (1999, p. 80): "1. Their fulfillment is a necessary condition of the decency of a society's political institutions and of its legal order [...] 2. Their fulfillment is sufficient to exclude justified and forceful intervention by other peoples, for example, by diplomatic and

Nota-se pelo segundo papel citado que a exiguidade da lista decorre do fato de que o respeito aos direitos humanos e a não agressividade são os dois critérios que separam os povos *decentes* das *sociedades fora da lei*. Assim, se aqueles são parceiros dos povos liberais na sociedade internacional, estas, por outro lado, encontram-se sujeitas à intervenção internacional para se adequarem ao Direito dos Povos²⁵.

Se a lista de direitos humanos de Rawls fosse tão ampla quanto a de direitos da sociedade liberal, por coerência, o autor teria de admitir que qualquer povo que os violasse estaria sujeito à intervenção internacional, ou seja, quase todas as sociedades poderiam sofrer intervenção²⁶. Além do problema relativo a *quem* faria a intervenção, seria improvável que, na segunda posição original, algum povo assentisse com tal possibilidade (JESUS, 2011, p. 124).

Pode-se dizer, portanto, que os direitos humanos para Rawls têm uma função precipuamente *estratégica*, e não *reivindicatória*. O autor não pretende demonstrar tudo aquilo a que uma pessoa faz jus pelo simples fato de pertencer à espécie humana, mas, sim, “firmar um parâmetro mínimo de respeito pelo ser humano que possibilite o *acordo* entre povos democráticos e decentes em uma sociedade internacional” (JESUS, 2011, p. 127).

Dessa forma, em contraste com a visão tradicional, o conteúdo dos direitos afigura-se “disponível”, isto é, não abrange tudo o que é justo, mas somente aquilo que não inviabiliza o acordo entre os povos em uma sociedade internacional. Para uma teoria que se preocupa sobretudo com a política externa, como é a de Rawls, é mais prudente reduzir tais direitos a um mínimo com que todos possam concordar.

3. RAWLS E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Na terceira parte de *The law of peoples*, Rawls, que até então havia desenvolvido a generalização de uma concepção liberal de justiça em um qua-

economic sanctions, or in grave cases by military force. 3. They set a limit to the pluralism among peoples”.

²⁵ Nas palavras de Rawls (2001, p. 118-119), “alguns Estados não são bem ordenados e violam os direitos humanos mas não são agressivos e não acalentam planos de atacar os vizinhos. Não sofrem de condições desfavoráveis mas simplesmente têm uma política de Estado que viola os direitos humanos de certas minorias entre eles. São, portanto, Estados fora da lei porque violam o que é reconhecido como direitos pela sociedade dos povos razoavelmente justos e decentes e podem estar sujeitos a algum tipo de intervenção em casos graves.” No original (1999, p. 90): “Some states are not well-ordered and violate human rights, but are not aggressive and do not harbor plans to attack their neighbors. They do not suffer from unfavorable conditions, but simply have a state policy that violates the human rights of certain minorities among them. They are therefore outlaw states because they violate what are recognized as rights by the Society of reasonably just and decent Peoples, and they may be subject to some kind of intervention in severe cases”.

²⁶ Os dados estarrecedores que foram citados nas considerações iniciais deste artigo parecem não deixar dúvidas quanto a essa possibilidade.

dro ideal, passa a analisar as questões oriundas das condições *não ideais* do mundo. A teoria não-ideal trata exatamente desses desafios e de como devem se portar os membros da Sociedade dos Povos em face das condições dos povos que não são “bem ordenados”.

O objetivo de Rawls com a teoria não-ideal é buscar políticas e cursos de ação moralmente permissíveis, politicamente possíveis, e com probabilidade de serem eficazes, para a solução das querelas envolvendo povos bem ordenados e povos não bem ordenados (1999, p. 90). É no âmbito da teoria não-ideal, portanto, que se pode discutir os problemas apontados sobre a viabilidade de uma *jurisdição internacional dos direitos humanos*.

Rawls distingue dois tipos de teoria não ideal. A primeira lida com as condições de não-aquiescência dos *Estados fora da lei*, que se recusam a aceitar um Direito dos Povos razoável, pois acreditam que a guerra pode promover seus interesses racionais. A segunda, por sua vez, lida com as sociedades *oneradas*, que, por motivos históricos, sociais e econômicos, não conseguem alcançar um nível de ordenação liberal ou decente.

Examinando o primeiro aspecto, Rawls avalia que, conforme o quinto princípio do Direito dos Povos, “os povos têm o direito de autodefesa, mas nenhum direito de instigar à guerra por outras razões que não a autodefesa”²⁷ (2001, p. 47). Dessa forma, a guerra é justificada apenas em caso de autodefesa, para proteger e preservar as liberdades básicas dos cidadãos²⁸ e pode ser realizada por qualquer sociedade que honre os direitos humanos²⁹.

Rawls (1999, p. 94-97) sustenta que os princípios da guerra justa³⁰ devem ser discutidos e interpretados, fazendo parte da cultura política. Deve haver, ainda, uma profunda compreensão da sua importância, pelos cidadãos em geral, para que eles possam bloquear o apelo ao raciocínio de meios e fins que negam todas as distinções razoáveis, implicando que qualquer coisa vale para acabar com a guerra tão logo seja possível.

²⁷ No original (1999, p. 37): “Peoples have the right of self-defense but no right to instigate war for reasons other than self-defense”. Rawls frisa que o direito à guerra normalmente inclui o direito de ajudar a defender os aliados”.

²⁸ Rawls (1999, p. 91) assevera que uma sociedade liberal não pode exigir com justiça que os seus cidadãos lutem para conquistar riqueza econômica ou obter reservas naturais, muito menos conquistar poder e império. Em coerência com os princípios de justiça que postula para o âmbito doméstico, o autor afirma que violar a liberdade dos cidadãos pela conscrição ou outras práticas semelhantes na formação das forças armadas só é permitido em nome da própria liberdade, ou seja, como necessário para defender as instituições democráticas liberais, as tradições religiosas e não-religiosas, e as formas de vida da sociedade civil.

²⁹ Incluem-se nesse rol as sociedades classificadas por Rawls como *absolutismos benevolentes*.

³⁰ Entre esses princípios, inclui-se o de que os povos bem ordenados devem respeitar, tanto quanto possível, os direitos humanos dos adversários, sejam civis ou soldados.

Nesse sentido, ações interventivas militares somente serão possíveis em *ultima ratio*, isto é, se as agressões aos *direitos humanos*³¹ praticadas pela sociedade não forem coibidas pela imposição de sanções políticas e econômicas³². No entanto, diferenciar os casos em que a intervenção é necessária daqueles em que uma medida mais leve é suficiente é uma questão de política internacional, que foge ao escopo de uma teoria normativa (1999, p. 93)³³.

Por outro lado, Rawls oferece critérios mais específicos acerca de como as intervenções decorrentes do *dever de assistência*³⁴ deverão ocorrer. Examinando o segundo aspecto da teoria não-ideal, Rawls (1999, p. 106) afirma que o papel do dever de assistência é ajudar sociedades *oneradas*³⁵ a se tornarem membros plenos da Sociedade dos Povos, não tendo como objetivo ajustar o nível de bem-estar ou riqueza entre as sociedades.

Uma primeira diretriz afirma que uma sociedade bem ordenada não precisa ser uma sociedade rica. Para Rawls (1999, p. 107), ser um povo rico não significa ser necessariamente um povo bem-ordenado, pois uma grande riqueza não é necessária para estabelecer instituições justas, isto é, uma sociedade com poucos recursos naturais pode ser bem-ordenada desde que as suas tradições e sua estrutura sustentem uma sociedade liberal decente³⁶.

Uma segunda diretriz é perceber como elemento de extrema importância a cultura política de uma sociedade onerada, visto que, segundo Rawls (2001, p. 142), é nela que se “encontram as causas da riqueza de um povo e as formas que [ela] assume” Desse modo, mesmo os povos dotados de poucos recursos podem, a partir dos parâmetros do racional e do razoável, se tornar bem-ordenados.

Uma terceira (e última) diretriz orienta que o objetivo da intervenção é alcançado quando as sociedades oneradas são capazes de gerir os seus pró-

³¹ Recorde-se o sentido específico que essa expressão assume para Rawls.

³² Rawls considera, ainda, a possibilidade de que os povos não bem ordenados, se expostos à civilização liberal e aos princípios e ideais básicos da cultura liberal de uma maneira positiva, podem se dispor a atuar baseados neles, e as violações aos direitos humanos podem diminuir. Dessa forma, o círculo de povos que se inter-relacionam pode se expandir ao longo do tempo.

³³ Da mesma forma, a definição de *quem* deverá intervir e *como* deverá ser a intervenção é altamente dependente do cenário político internacional.

³⁴ Segundo o oitavo princípio do Direito dos Povos: “Os povos têm o dever de assistir outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente.” (RAWLS, 2001 p. 48). No original (1999, p. 37): “Peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime”.

³⁵ Como se viu, para Rawls, apesar de essas sociedades não terem características expansionistas ou agressivas, elas também não possuem tradições políticas e culturais, capital humano ou técnico, e recursos materiais ou tecnológicos necessários para que sejam bem-ordenadas.

³⁶ Rawls afirma que o propósito é estabelecer instituições básicas justas para uma sociedade democrática, de modo que a interferência pode cessar assim que elas tenham sido estabelecidas, não implicando necessariamente uma regulamentação das desigualdades econômicas e sociais entre os povos.

prios negócios de um modo razoável e racional, tornando-se, por fim, membros da sociedade dos povos bem ordenados. A intenção fundamental dessa diretriz, para Rawls, é assegurar a autonomia dos povos, defendendo uma pluralidade razoável, na qual os povos tenham sua cultura respeitada.

Rawls, dessa forma, não aceita os princípios de justiça distributiva em nível global defendidos por Charles Beitz e Thomas Pogge (WENAR, 2002, p. 55-56). Embora reconheça que os princípios implicam a necessidade de se alcançar instituições liberais ou decentes, de assegurar os direitos humanos e satisfazer as necessidades básicas, o autor prefere a utilização de seu dever de assistência, visando a diminuição das desigualdades entre os povos.

Como para Rawls o que determina o desempenho de uma sociedade é a sua cultura política, e não o nível de seus recursos naturais, não seria produtivo e justo o princípio distributivo global entre os diversos povos, visto que ele não estabelece um objetivo específico e um limite para o auxílio. Na verdade, tal princípio poderia, inclusive, prejudicar o relacionamento entre os povos.

Rawls destaca que a adesão de todas as sociedades ao Direito dos Povos carece do estabelecimento de novos órgãos que funcionem como um fórum público para a opinião política dos povos bem-ordenados em relação aos regimes que violam os direitos humanos (1999, p. 93). Sugere, ainda, o fortalecimento de alianças entre povos bem ordenados em certas questões (como parecem ser os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos).

Para tanto, Rawls (1999, p. 93) atribui àquelas entidades o papel de pressionar os regimes fora da lei para que mudem *gradualmente* a sua conduta, a partir, por exemplo, da recusa de assistência econômica ou da recusa em admiti-los como parceiros em práticas cooperativas mutuamente benéficas. Nessa medida, em face do caráter gradual da mudança, seria aceitável, inclusive, a oposição de reservas aos tratados de direitos humanos.

À luz da teoria rawlsiana, portanto, a viabilidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos depende da formação de instituições que assegurem, com base nos princípios do Direito dos Povos, que todas as sociedades tenham as condições mínimas para a manutenção de uma estrutura básica justa. Qualquer poder, jurisdicional ou não, que busque fim diverso deste será inequivocamente ilegítimo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto neste trabalho, pôde-se concluir, em síntese, que:

1) A busca pela justiça não pode restringir-se ao âmbito interno de uma sociedade, pois é necessário assegurar a coexistência pacífica *entre* os diversos povos. É com esse objetivo que Rawls apresenta o *Direito dos Povos*,

“utopia realista” de inspiração kantiana que pretende ampliar os limites do que se normalmente considera possível, ciente de que certas características das sociedades humanas não se alteram;

2) Para tanto, Rawls propõe uma segunda *posição original*, da qual participariam não os representantes de todos cidadãos, mas, sim os representantes de todos os *povos bem-ordenados (liberais ou decentes)*, os quais escolheriam princípios para regular as relações entre si. Dentre estes, figuram o dever de não-intervenção, o dever de assistência às sociedades *oneradas*, o direito de autodefesa em caso de guerra e o *pacta sunt servanda*;

3) O sexto princípio do Direito dos Povos afirma que estes devem honrar uma exígua lista de *direitos humanos*. Estes, porém, ao contrário do que geralmente se defende, assumem em Rawls uma função precipuamente *estratégica*, e não *reivindicatória*, pois o autor pretende com eles estabelecer apenas um parâmetro mínimo de respeito pelo ser humano que viabilize o *acordo* entre povos democráticos e decentes em uma sociedade internacional;

4) Por fim, em relação à viabilidade de uma *jurisdição internacional dos direitos humanos*, Rawls sugere que ela depende da formação de instituições que assegurem, a todas as sociedades, *somente* as condições mínimas para a manutenção de uma estrutura básica justa. Qualquer poder, jurisdicional ou não, que vise a fim diverso deste (como regular a desigualdade de renda entre os povos) será indiscutivelmente ilegítimo.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2010 da Anistia Internacional**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres, 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://thereport.amnesty.org/pt-br/facts-and-figures>>. Acesso em: 8 maio 2012.

AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Status of ratifications of the principal international human rights treaties.** New York, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/status.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2012.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos moderno.** Porto Alegre: EIPUCRS, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice.** New York: Oxford University, 2007.

_____. Rawls on international justice. **The Philosophical Quarterly**, v. 51, n. 203, abr. 2001

RAWLS, John. **A theory of justice.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **O direito dos povos.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **The law of peoples.** Cambridge: Harvard, 1999.

WENAR, Leif. The legitimacy of peoples. In: DE GREIFF, Pablo; CRONIN, Ciaran (Ed.). **Global justice and transnational politics: essays on the moral and politics challenges of globalization.** Cambridge: MIT, 2002.

WILKINS, Burleigh. Rawls on human rights: a review essay. **The Journal of Ethics**, n. 12, mar. 2007.



A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

*Sidney Guerra**

Resumo

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se apresenta como uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo precípua é a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com o funcionamento da referida Corte é possível que sejam julgados casos contrários aos Estados nacionais por violação de direitos humanos, prolatando-se uma sentença (pela Corte Interamericana) que deverá ser cumprida pelo Estado, sob pena de serem aplicadas sanções de natureza política perante a Organização dos Estados Americanos caso o Estado não venha cumpri-la. A observância dos direitos humanos e a prevalência da dignidade da pessoa humana ganham destaque no contexto americano e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana por parte dos Estados, garante aos indivíduos uma importante e eficaz esfera complementar de garantia aos direitos humanos sempre que as instituições nacionais se mostrem omissas ou falhas. Evidencia-se que o estudo da Corte Interamericana reveste-se de grande interesse na medida em que suas decisões produzem efeitos significativos para os Estados que reconhecem sua jurisdição. Assim sendo, o presente artigo destaca o importante papel desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para efetiva proteção dos direitos do indivíduo no continente americano para ao final traçar algumas considerações acerca do novel Controle de Convencionalidade.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Jurisdição Internacional. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights presents itself as an independent and autonomous judicial institution, which preeminent objective is the application and interpretation of the Inter-American Commission on Human Rights. The trial of cases contrary to the states for violation of human rights becomes possible through the operation of the referred Court. A sentence can be rendered (by the Inter-American Court), which will have to be abided by the states, otherwise, in case the state does not abide it, a penalty of political nature can be applied

* Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Mestrado da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: sidneyguerra@terra.com.br.

before the Organization of American States. The observance of human rights and the prevalence of human dignity are highlighted in the American context and recognition of the jurisdiction of the Inter by states, individuals guarantees an effective and important sphere supplementary guarantee of human rights where national institutions are deemed missing or flawed. It is evident that the study of the Inter-American Court is of great interest to the extent that their decisions produce significant effects on the States that recognize its jurisdiction. Therefore, this article highlights the important role played by the Inter-American Court of Human Rights for effective protection of individual rights in the Americas for the final draw some considerations about the novel control of conventionality.

Keywords

Human Rights. International Jurisdiction. Inter-American Court. Conventionality Control.

1. INTRODUÇÃO

Após as barbaridades provocadas aos direitos humanos, especialmente por ocasião da Segunda Guerra Mundial, os Estados perceberam a necessidade de criar mecanismos internacionais que pudessem garantir proteção aos indivíduos. A partir das ações desenvolvidas no âmbito da sociedade internacional em favor dos direitos humanos, criou-se uma especificidade nos estudos do Direito Internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹

No continente americano, objeto principal deste estudo, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos ganha *lócus* privilegiado, existe um sistema duplo de proteção dos direitos humanos: o sistema geral, que é baseado na Carta e na Declaração e o sistema que alcança apenas os Estados que são signatários da Convenção, que além de contemplar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no sistema geral, também abarca a Corte Interamericana de Direitos Humanos.²

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se apresenta como uma instituição judicial independente e autônoma regulada pelos artigos 33, b e 52 a 73 da referida Convenção, bem como pelas normas do seu Estatuto, ten-

¹ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133-134. O autor afirma que "além da existência do sistema de proteção global dos direitos humanos é importante enfatizar que o funcionamento das instituições de âmbito regional tem-se revelado bastante positiva, na medida em que os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em nível mundial. No âmbito regional, cada sistema de proteção (europeu, americano e africano) apresenta uma estrutura jurídica própria. O sistema americano, objeto deste estudo, aborda os procedimentos previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos."

² Impende assinalar que o Sistema Americano, num primeiro momento, atribuía uma série de competências para todos os Estados-membros, por força da Carta da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Posteriormente, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, os procedimentos e instrumentos ali previstos são aplicados tão somente aos Estados-partes do mencionado tratado internacional.

do sido instalada em 1979. Ela está situada na cidade de São José, na Costa Rica e sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX Conferência Interamericana realizada em Bogotá no ano de 1948 e é composta de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais ou do Estado que os propuser como candidatos.³

Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez, em votação secreta, e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. A Corte também pode contar com juízes *ad hoc* para tratar de determinadas matérias, conforme estabelece o artigo 55 da Convenção Americana, cujos requisitos são os mesmos dos demais juízes da Corte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, originada por meio do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 1969), apresenta como objetivos a aplicabilidade do referido tratado internacional na ordem jurídica dos Estados-membros que a compõem, conforme preceitua o artigo 1.⁴

Evidencia-se que o estudo da Corte Interamericana reveste-se de grande interesse na medida em que suas decisões produzem efeitos significativos para os Estados que reconhecem sua jurisdição. Assim sendo, o presente artigo destaca o importante papel desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para efetiva proteção dos direitos do indivíduo no continente americano para ao final traçar algumas considerações acerca do *novel* Controle de Convencionalidade.

2. AS FUNÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA E A IMPORTÂNCIA DE SUA JURISDIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana em duas categorias: contenciosa (artigos 61, 62 e 63) e consultiva (artigo 64).

³ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 118.

⁴ “Art. 1. Natureza e Regime Jurídico – A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto”.

A Corte deve exercer sua competência contenciosa considerando a responsabilidade do Estado pela violação, uma vez que este se obrigou, ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a não só garantir, como prevenir e investigar, usando todos os recursos que dispuser para impedir as violações da Convenção Americana.

Desses compromissos derivam obrigações de punir, com o rigor de suas normas internas, os infratores de normas de direitos humanos constantes de sua legislação e da Convenção Americana, assegurando à vítima a reparação adequada. O Estado não pode se eximir da obrigação de reparar a violação, conforme estabelecem as normas de Direito Internacional relativas à responsabilidade internacional do Estado, alegando, por exemplo, que a medida a ser tomada violaria seu direito interno.⁵ A competência contenciosa será *ratione personae*, *ratione materiae* e a *ratione temporis*.

No que tange à competência contenciosa *ratione personae*, verifica-se que somente os Estados-partes e a Comissão é que possuem legitimidade para acionar a Corte Americana. Assim, devem ser adotadas medidas para que o sistema de proteção dos direitos humanos no âmbito do continente americano possa avançar principalmente quando confrontamos com o sistema europeu. Isso porque no plano americano ainda não foi reconhecido o *jus standi* do indivíduo, isto é, não pode a pessoa humana ingressar diretamente com ações no âmbito da Corte Interamericana. Nesse sentido vale registrar os estudos de Antônio Celso⁶:

Em suas reflexões e recomendações *de lege ferenda* expostas no curso que ministrara na sessão externa da Academia de Direito Internacional da Haia realizada na Costa Rica, em 1995, para o aperfeiçoamento e fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade chama a atenção para o fato de que, sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais do que letra morta. (...) O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos. Em seu Voto Concordante na Opinião Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à solicitação da Comissão Interame-

⁵ Neste sentido, vide o cap. XIX de GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁶ PEREIRA, Antônio Celso A. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos In: GUERRA, Sidney. **Temas emergentes de direitos humanos**. Campos dos Goitacazes: FDC, 2006, p. 264.

ricana de Direitos Humanos, Cançado Trindade afirma que o direito de petição individual às Cortes Internacionais de Direitos Humanos representa um resgate histórico do indivíduo como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Referindo-se, nesta oportunidade, a seu Voto no caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Peru* (Exceções Preliminares, Sentença de 04/09/1998), ressalta que, instado pelas circunstâncias do *cas d'espèce*, qualificou o direito de petição individual como *cláusula pétrea* dos tratados de direitos humanos que o consagram.⁷

Outro ponto importante relaciona-se à competência facultativa da Corte, ou seja, para conhecer de qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado-Parte da Convenção Americana, a Corte só poderá exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana, se este Estado, de modo expresso, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

Tal declaração deve ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazos determinados ou para casos específicos; da mesma forma, o Estado poderá fazê-lo por meio de convenção especial.

Até o presente momento somam-se 21 Estados que declararam reconhecer a competência contenciosa da Corte, dentre os 35 Estados-membros da Organização dos Estados Americanos; vinte e cinco Estados americanos são partes na Convenção Americana. Os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram a Convenção Americana e não reconhecem a competência da Corte.

Em relação à competência material (*ratione materiae*), está concebida no artigo 62, 3, que prevê que a Corte poderá conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17, de 28 de agosto de 2002. Sobre o direito de petição individual escreve ainda Cançado Trindade: "En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen – como siempre hemos sostenido – verdadera cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos." Ver CANÇADO TRINDADE, A. A. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In: **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI**. San José de Costa Rica: Corte Interamericana e Derechos Humanos. 2001, p. 6.

E no que tange à *ratione temporis*, a competência da Corte pode também sofrer limite temporal. Isso porque o artigo 62, 2 do referido tratado internacional, estabelece que a competência pode ser aceita por prazo determinado.

A Corte poderá também se manifestar nas consultas que lhes forem encaminhadas pelos Estados-partes, emitindo pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os instrumentos internacionais.⁸

⁸ Nesse sentido, a Corte tem produzido vasto material, a exemplo das Opiniões Consultivas que são consideradas importantes fontes jurisprudenciais, como as descritas a seguir: Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1; Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4; Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6; Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7; Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10; Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11; Corte IDH. Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12; Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13; Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14; Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15; Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19; Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009.

De fato, o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e também da Comissão⁹) é bastante relevante no contexto regional principalmente se levarmos em consideração as barbaridades que foram praticadas no continente, especialmente no período recente de golpes militares que corresponderam verdadeiros abusos e denegação de direitos. Antes da implantação desse Sistema de Proteção Regional dos Direitos Humanos, esgotavam-se as possibilidades de se obter reparação de danos por violação aos direitos humanos ao se chegar às Cortes Constitucionais dos respectivos Estados.

Hodiernamente o quadro é diferente posto que quando não há o reconhecimento formal do Estado em relação ao caso apresentado, a pessoa que se sente injustiçada ou seus familiares poderão acionar esta instância, observados os requisitos expressos na Convenção.

Sem embargo, apesar do fenômeno da jurisdição internacional em matéria de direitos humanos caracterizar-se em hodierna realidade, observa-se grande crescimento de casos que consagram a responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos da pessoa humana.¹⁰

Assim, neste estudo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta lugar privilegiado, vale destacar que ela (Corte Interamericana) criou um importante precedente acerca da responsabilidade internacional do Estado em matéria de direitos humanos no paradigmático caso *Velásquez Rodríguez x Honduras*, em sentença proferida no dia 29 de julho de 1998, que estabeleceu por unanimidade que “Honduras está obrigada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima.”¹¹

Posteriormente, ainda no mesmo caso, em sentença proferida no dia 21 de julho de 1989, é possível colher alguns aspectos bem interessantes, como abaixo:

Serie A No. 20; Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A No. 101. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em: 23 set. 2011.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 251. A autora ressalta a importância do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos nessa passagem: “cabe realçar que o sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial locus para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados. O sistema americano tem revelado, sobretudo, dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.”

¹⁰ Neste sentido, vale observar a obra dirigida por ANDRÉS, Gabriel; PISCITELLO, Daniel Pavón. **Responsabilidad internacional de los Estados: desarrollo actual, perspectivas y desafíos**. Córdoba: EDUCC, 2012.

¹¹ Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

[...] 26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.

27. En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad. [...]

54. La obligación de resarcimiento, como quedó dicho, no deriva del derecho interno sino de la violación de la Convención Americana. Es decir, es el resultado de una obligación de carácter internacional. En consecuencia los citados familiares de Manfredo Velásquez, para poder exigir la indemnización, únicamente tienen que acreditar el vínculo familiar, pero no están obligados a seguir el procedimiento que exige la legislación hondureña en materia hereditaria.¹²

Por isso é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já assentou que a especificidade da reparação devida por violação de norma da Convenção Americana é um procedimento internacional de reparação de graves violações de direitos humanos e não de uma simples ação de danos e prejuízos de direito civil interno. Deixa claro ainda que não se trata de revisão da decisão interna e sim a condenação do Estado infrator e a obrigação de reparar o dano.

Nesse diapasão, deve ser ressaltada a necessidade de combinar a sistemática nacional e internacional de proteção, à luz do princípio da dignidade humana, pois, assim, conjugam-se os sistemas internacionais e nacionais para o fortalecimento dos mecanismos de responsabilização do Estado.¹³

Compete, portanto, ao Estado a responsabilidade primária e ao sistema internacional uma ação suplementar e subsidiária em relação aos direitos violados.

Frise-se, por oportuno, que os Estados assumem grande importância na estrutura do Sistema Interamericano, posto que além de serem criadores do referido Sistema e, portanto, os responsáveis pelo surgimento da Comissão e da Corte, adotam as decisões e diretrizes da OEA, fornecem recursos

¹² Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

¹³ CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 242.

necessários e assumem compromissos de acordo com os avanços do Sistema Interamericano.¹⁴

De fato, a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos reforça o valor jurídico das normas protetivas dos direitos da pessoa humana, tendo em vista que defere maior efetividade dos direitos, bem como a devida sanção aos Estados que violam essas normas. Ramos acentua que “as obrigações internacionais nascidas com a adesão dos Estados aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz. Tal mecanismo deve ser o mais amplo possível para que se evite justamente o caráter meramente programático das normas internacionais sobre direitos humanos”.¹⁵

Para tanto, compete ao Estado investigar, processar, condenar o responsável pela lesão aos direitos humanos consagrados nos documentos internacionais americanos protetivos, bem como reparar as vítimas pelos danos sofridos.

Corroborando este entendimento Galli e Dulitzky afirmam que

a reparação às violações de direitos humanos é um importante compromisso que o Estado assume ao ratificar a Convenção Americana. A Corte Interamericana desenvolveu uma vasta jurisprudência sobre o tema. Em conformidade com a jurisprudência internacional, a Corte estabeleceu que o Estado assume que ao violar os direitos que se comprometeu a proteger, irá agir para apagar as consequências de seus atos ou omissões ilícitos.¹⁶

Assim, verifica-se que a reparação consiste em devolver ao lesado a situação ao seu estado anterior e, não sendo mais possível, realizar a reparação do dano de outra forma. Por isso mesmo é que a própria Convenção não deixou dúvidas acerca da imperatividade das decisões da Corte.

¹⁴ Atente-se para os estudos de BRANDÃO, Marco Antônio Diniz; BELLÍ, Benoni. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI. In: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Direitos Humanos no século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 300: “O Estado deve ser ele próprio um instrumento de proteção, pois os direitos humanos não se realizam automaticamente pela abstenção estatal ou pela mera não intrusão no espaço provado. Os direitos humanos exigem do Estado obrigações positivas, obrigações de fazer. Desta perspectiva, a potencialidade da conversão do Estado em aliado na luta pelos direitos humanos se encontra inscrita na democracia e a realização efetiva desta aliança é impulsionada, entre outros fatores, pela cooperação com os mecanismos internacionais de proteção.”

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 9-10: “Desvincular o Direito Internacional dos Direitos Humanos do Direito da Responsabilidade Internacional do Estado nos levaria a negar a juridicidade daquele setor de normas dirigido a proteção do ser humanos, convertendo-o em um conjunto de meras exortações aos Estados.”

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 99.

De fato, a grande importância conferida à Corte Interamericana é a de que suas decisões são imperativas e exigíveis dentro do território dos países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos,¹⁷ conforme estabelece o artigo 67 da Convenção Americana:

Art. 67. A sentença da Corte será definitiva¹⁸ e inapelável.¹⁹ Em caso de divergência, a Corte interpretá-la-á²⁰, a pedido de qual-

¹⁷ Deve-se atentar para as palavras de CORREIA, Theresa Rachel Couto, op. cit., p. 242: “Ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos de que são acusados, os Estados são praticamente obrigados a se justificarem por suas práticas, o que nos permite afirmar, têm auxiliado na implementação de novas práticas de governo que considerem o respeito aos direitos humanos. Neste sentido, importa revelar a importância de que se revestem as práticas de tutela, supervisão e monitoramento do modo de agir dos Estados, bem como o papel fundamental de educação em direitos humanos.”

¹⁸ Na mesma direção CLÉMENT, Zlata Drnas de. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuarta Instancia? In: **Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?** Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 5: “Atento a que una de las funciones primordiales de la soberanía es la llamada jurisdiccional, que atiende a la solución o prevención de situaciones contenciosas entre individuos o entre individuo y Estado, y a que esa función tiene dos características: constituye un poder que proclama auténtica y definitivamente el Derecho; y lo impone con la plena fuerza y eficacia de autoridad soberana el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos disponga que *los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables para los Estados*”. (grifei)

¹⁹ O Regulamento da Corte em seu artigo 57 trata do pronunciamento e comunicação da sentença:

§1. Concluídos os autos para a sentença, a Corte deliberará em privado. Será adotada uma decisão por votação, aprovada a redação da sentença e fixada a data da audiência pública de comunicação às partes.

§2. Enquanto não se houver notificado a sentença às partes, os textos, os argumentos e os votos serão mantidos em segredo.

§3. As sentenças serão assinadas por todos os juízes que participaram da votação e pelo Secretário. Contudo, será válida a sentença assinada pela maioria dos juízes.

§4. Os votos dissidentes ou fundamentados serão assinados pelos juízes que os sustentem e pelo Secretário.

§5. As sentenças serão concluídas com uma ordem de comunicação e execução assinada pelo Presidente e pelo Secretário e selada por este.

§6. Os originais das sentenças ficarão depositados nos arquivos da Corte. O Secretário entregará cópias certificadas aos Estados Signatários no caso, à Comissão, ao Presidente do Conselho Permanente, ao Secretário Geral, aos representantes das vítimas ou seus familiares e a todo terceiro interessado que o solicitar.

§7. O Secretário comunicará a sentença a todos os Estados Signatários.

²⁰ Conforme o artigo 58 do Regulamento da Corte que versa sobre o pedido de interpretação de sentença:

§1. Os pedidos de interpretação a que se refere o “artigo 67” da Convenção poderão ser formulados em relação às sentenças sobre o mérito ou de reparações e depositados na Secretaria da Corte, cabendo neles indicar precisamente as questões relativas ao sentido ou ao alcance da sentença cuja interpretação é solicitada.

§2. O Secretário comunicará o pedido de interpretação aos Estados Signatários do caso e, se corresponder, à Comissão, e os convidará a apresentar por escrito as razões que considerem pertinentes, dentro do prazo fixado pelo Presidente.

§3. Para fins de exame do pedido de interpretação, a Corte reunir-se-á, se possível, com a mesma composição com que emitiu a sentença de que se trate. Não obstante, em caso de falecimento, renúncia, impedimento, escusa ou inabilitação, proceder-se-á à substituição do juiz que corresponder, nos termos do “artigo 16” deste Regulamento.

quer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Corroborando a ideia, Ramos afirma que

as obrigações sobre a responsabilidade internacional estabelecidas pela Convenção Americana possuem imperatividade mesmo na ocorrência de sua denúncia por um Estado contratante. Estabeleceu o artigo 78 da Convenção²¹ que os Estados só podem denunciar o Pacto de San José uma vez passado o prazo de cinco anos contados de sua entrada em vigor, mediante o aviso prévio de um ano, devendo o Estado denunciante ser responsabilizado por violação cometida anteriormente à data na qual a denúncia possa produzir efeito.²²

A sentença proferida pela Corte²³ deve estar devidamente motivada, ou seja, devem ser apresentadas a descrição dos fatos, os fundamentos jurídicos, as conclusões das partes, a decisão propriamente dita, o pronunciamento das custas e o resultado da votação.

Como acentuam alguns autores,²⁴ a sentença pode determinar que o Estado faça cessar a violação, indenize a vítima ou seus familiares. Embora a solução amistosa no âmbito da Comissão possa apresentar o mesmo resultado que as sentenças da Corte, enquanto a primeira é fruto de uma negociação entre o Estado e o peticionário, a sentença é produto do livre convencimento dos juízes e possui caráter obrigatório.

§4. O pedido de interpretação não exercerá efeito suspensivo sobre a execução da sentença.

§5. A Corte determinará o procedimento a ser seguido e decidirá mediante sentença.

²¹ Artigo 78 - 1. Os Estados-Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes. 2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-Parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

²² RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 229.

²³ A matéria está consagrada no artigo 56 do Regulamento da Corte: A sentença da Corte Interamericana deverá conter: a) Os nomes do Presidente e dos demais juízes que a tenham proferido, do Secretário e do Secretário Adjunto; b) a indicação das partes e seus representantes e, quando apropriado, dos representantes das vítimas ou de seus familiares; c) uma relação do procedimento; d) a descrição dos fatos; e) as conclusões das partes; f) os fundamentos de direito; g) a decisão sobre o caso; h) o pronunciamento sobre as custas, se procedente; i) resultado da votação; j) a indicação do texto que faz fé. Caberá, ainda, a todo juiz que houver participado do exame de um caso o direito de acrescer à sentença seu voto dissidente ou fundamentado. Estes votos deverão ser formulados dentro do prazo fixado pelo Presidente, para que sejam conhecidos pelos juízes antes da comunicação da sentença. Os mencionados votos só poderão referir-se à matéria tratada nas sentenças.

²⁴ BRANDÃO, Marco Antonio Diniz; BELL, Benoni. Op. cit., p. 290.

De maneira geral, as reparações decorrentes de responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos têm sido processadas da seguinte forma:

a) restituição na íntegra, eliminando-se todos os efeitos da violação levando-se a reparação do dano emergente e lucros cessantes; b) cessação do ilícito, considerada exigência básica para a eliminação das consequências do ilícito internacional, devendo o Estado violador interromper sua conduta ilícita, esclarecendo-se que isso não impede outras formas de reparação; c) satisfação, entendida como um conjunto de medidas capazes de fornecer fórmulas extremamente flexíveis de reparação a serem escolhidas em face de casos concretos, pelo juiz internacional; d) indenização, cabendo ao Estado infrator indenizar pecuniariamente a vítima pelos danos causados, caso a violação não possa ser completamente eliminada pelo retorno ao *status quo*; e) garantias de não repetição, que são a obtenção de salvaguardas contra a reiteração da conduta violadora de obrigação internacional.²⁵

As decisões que são prolatadas na Corte Interamericana de Direitos Humanos produzem efeitos no plano interno do Estado nacional. No caso brasileiro, por exemplo, tal fato ocorre porque a adesão do Brasil²⁶ deu-se por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos. O reconhecimento da competência da Corte Interamericana ocorreu pelo Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998 e o Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Não se pode olvidar, por óbvio, que ao reconhecer o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado aceita o monitoramento internacional no que se refere ao respeito aos direitos humanos em sua base física.²⁷

²⁵ No mesmo entendimento, RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos. *R. CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/663/843>>. Acesso em: 12 de mar. 2011.

²⁶ Interessante foi à lembrança de CORREIA, Theresa Rachel Couto. Op. cit., p. 133, acerca das decisões da Corte, como se vê: “No Brasil, alguns estudiosos – como Cançado Trindade, Celso Mello e Flávia Piovesan – acreditam que as decisões da Corte têm força de título executivo no direito interno. Todavia, não há no sistema interamericano um mecanismo especial para verificar a execução das sentenças. Quando o Estado condenado não cumpre a sentença, cabe à Corte informar o fato em seu informe anual dirigido à Assembleia Geral da OEA, onde se materializa uma sanção moral e política.”

²⁷ Conforme acentua TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 444: “Em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame dos casos concretos, se

Frise-se, mais uma vez, que as sentenças da Corte são inapeláveis, definitivas e não estão sujeitas a precatórios. Para tanto, as decisões tomadas pela Corte Interamericana devem ser fundamentadas e comunicadas, não somente às partes, como também a todos os Estados membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Outro ponto importante que se relaciona às decisões da Corte, nos casos contenciosos, que são consideradas obrigatórias para todos os Estados-partes na Convenção, que declararam suas aceitações desta competência, em todas as situações em que forem partes. No caso de ocorrer uma decisão determinando indenização compensatória, esta deverá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.²⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta-se no continente americano com importância inestimável para a garantia efetiva dos direitos humanos. Ela se apresenta, junto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como órgão de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Antes da criação do referido Sistema de proteção aos direitos da pessoa humana no continente americano (Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos) se o indivíduo viesse a sofrer algum tipo de lesão em relação ao exercício de seus direitos não teria mais alternativa, tendo que se conformar com a decisão proferida pelo Estado.

Atualmente, com o funcionamento do Sistema Interamericano, observando-se naturalmente os requisitos definidos nos documentos de proteção,²⁹ mesmo ocorrendo uma sentença desfavorável no âmbito estatal, o in-

trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. As normas internacionais que consagram e definem claramente um direito individual, passível de vindicação ante a um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Além disso, os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. As obrigações internacionais de proteção tem um amplo alcance, vinculam conjuntamente todos os poderes do Estado; além das voltadas a cada um dos direitos protegidos, comportam ademais as obrigações gerais de assegurar o respeito destes últimos e adequar o direito interno às normas convencionais de proteção."

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 371: "A adesão brasileira ao sistema da Corte Interamericana de Direitos Humanos é vantajosa ao Estado e, é claro, ao indivíduo. Concluímos, então, que, com o desenvolvimento dos mecanismos coletivos de aferição de eventual violação de direitos humanos, ganha o indivíduo, por ter acesso a mecanismos internacionais de proteção, ganha todo e qualquer Estado, por neutralizar os mecanismos unilaterais, e ganha a sociedade internacional como um todo, por ser a proteção dos direitos humanos essencial rumo ao estabelecimento de uma sociedade humana justa, igual e em paz."

²⁹ Neste sentido os artigos que tratam da matéria no Pacto de São José da Costa Rica: "Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte. Ar-

divíduo ainda poderá recorrer ao sistema externo, isto é, o caso será encaminhado à Comissão³⁰ e posteriormente à Corte.³¹ Esta se emitir sentença favorável ao indivíduo, reconhecendo-se assim a responsabilidade do Estado, irá obrigá-lo (Estado) a reparar os danos causados, cuja sentença prolatada pela Corte Interamericana é inapelável.

Significa dizer, portanto, que com o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos passou-se a existir a possibilidade de se julgar casos contrários aos Estados nacionais por violação de direitos humanos, prolatando-se uma decisão que deverá ser cumprida, sob pena de serem aplicadas sanções de natureza política³² (caso o Estado não a cumpra) perante a Organização dos Estados Americanos.

tigo 45 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção. 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração. 3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos. 4. As declarações serão depositadas na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização. Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos."

³⁰ As verdadeiras partes no caso contencioso perante a Corte Interamericana são os indivíduos demandantes e o Estado demandado, e processualmente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como o titular da ação.

³¹ Impende assinalar que "depois de admitida a demanda, as presumidas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente creditados poderão apresentar suas solicitações, argumentos e provas em forma autônoma durante todo o processo". Evidencia-se, pois, que a Corte outorgou ao indivíduo o *locus standi in judicio*.

³² Na mesma direção BADENI, Gregório. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia judicial superior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: **Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?** Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 116: "El art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la Corte Interamericana de Derechos Humanos someterá un informe anual sobre su labor a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, y de manera especial, las recomendaciones pertinentes sobre los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a

Além disso, não se pode olvidar que nos últimos anos, a Corte tem ordenado medidas provisórias de proteção em um número crescente de casos, tanto pendentes ante ela como ainda não submetidos a ela, mas pendentes ante a Comissão, a pedido desta última (art. 63.2, Convenção). Tais medidas têm sido ordenadas em casos de extrema gravidade ou urgência, de modo a evitar danos irreparáveis à vida e integridade pessoal de indivíduos. A Corte as ordena com base em uma presunção razoável. As medidas provisórias revelam, assim, a importante dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos. Neste sentido, importante destacar o instituto denominado “Controle de Convencionalidade” e seus desdobramentos na ordem jurídica interna.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O processo de elaboração de uma nova Constituição fez com que o Brasil experimentasse um novo momento em relação à valorização da pessoa humana em que deixava para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seu texto constitucional rol bastante significativo de direitos fundamentais. Com a promulgação do texto constitucional de 1988, definitivamente o Brasil assume um compromisso sério frente à sociedade internacional com o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Diante desse compromisso e do quadro favorável consagrado por nova dinâmica em relação à política dos direitos humanos, é que o legislador constituinte brasileiro estabeleceu importantes marcos nessa matéria. Ou seja, o Brasil passou a reconhecer obrigações em matéria de direitos humanos no plano internacional.

De fato, a Constituição brasileira é rica na consagração de direitos e garantias fundamentais reconhecendo vários dispositivos que vinculam o Estado às obrigações assumidas no âmbito internacional, cujo texto constitucional é marcado por normas internacionais de direitos humanos, podendo citar, desde logo, o artigo 4º que consagra os princípios que norteiam o estado brasileiro no campo das relações internacionais:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos;

sus fallos. En ambos los casos, y la margen del grado de credibilidad que podrá merecer el Estado que no cumple con sus obligaciones en el orden internacional, la definición del caso responderá a un enfoque netamente político y no jurídico. Serán considerados los efectos que pueda acarrear la presión que, eventualmente, podrá ejercer el organismo internacional sobre la convivencia armónica de los Estados y la subsistencia de la organización internacional.”

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Com essa postura adotada pelo legislador constituinte, evidencia-se que o Brasil passa a assumir definitivamente a postura de valorização da pessoa humana consolidando um todo harmônico entre o sistema interno e internacional. Cançado Trindade sobre a interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos afirmou:

A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um *ordenamento jurídico de proteção*.³³

De fato, atualmente há uma grande interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que acabam por influenciar de maneira significativa a ordem jurídica brasileira.³⁴ Em estudo específico sobre esta matéria,³⁵ inferimos à época, as seguintes considerações:

[...] o Estado assume uma série de deveres posto que os direitos que estão concebidos no referido documento internacional, alcança pessoas e/ou grupos de pessoas. Qual seria a razão para o Estado assumir obrigações, às vezes tão complexas, no plano das relações internacionais? O que poderia “ganhar” o Estado com isso?

O processo de internacionalização dos direitos humanos decorre, principalmente, das barbáries praticadas por ocasião da segunda grande guerra mundial. Isso porque, inicialmente, a sociedade internacional assistiu de forma inerte o aviltamento da dignidade de milhares de pessoas, sem que

³³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 402.

³⁴ Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal no HC 87585, que teve como Relator o Exmo. Ministro Marco Aurélio, por votação unânime concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, onde se colhe a Ementa: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

³⁵ GUERRA, Sidney. **Os direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226-227.

houvesse sido coordenada uma ação no plano internacional sobre a problemática. A questão era praticamente tratada como um problema de natureza doméstica não sendo utilizados os instrumentos que hodiernamente estão consagrados no direito internacional. Outro fator que tem sido apontado corresponde à vontade de muitos governos na aquisição de legitimidade política no campo internacional e, por consequência, o distanciamento de práticas atentatórias aos direitos humanos aplicadas no passado. Não se pode olvidar também que os movimentos sociais, as universidades, pesquisadores e outros segmentos têm desenvolvido trabalho profícuo na conquista de direitos humanos, em razão do quadro de penúria social que grande número de pessoas se encontra.

Assim é que sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna, apresentamos as teorias que se digladiam no ordenamento jurídico brasileiro: os tratados de direitos humanos com natureza supraconstitucional; os tratados de direitos humanos com natureza constitucional; os tratados de direitos humanos com natureza de lei ordinária; os tratados de direitos humanos com natureza supralegal.³⁶

Não se pode olvidar que a pessoa humana passa a ser considerada valor supremo no texto constitucional brasileiro e que essa mudança de *status* na Constituição republicana decorre de grande influência de outros Estados, bem como em razão das grandes transformações ocorridas no mundo em matéria de direitos humanos, ou seja, a ordem constitucional sofreu grande influência do direito internacional dos direitos humanos³⁷ ao consagrar os direitos fundamentais no Brasil.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁸ constitui-se um ramo autônomo do Direito Internacional Público, com instrumentos, órgãos e procedimentos de aplicação próprios caracterizando-se essencialmente como um direito de proteção, que tem por objeto o estudo do conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que

³⁶ GUERRA, Sidney. Op. cit., capítulo 8.

³⁷ CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos**. México, D.F.: Porrúa, 2008, p. XLI: “Una ley podrá considerarse um hecho ilícito en el âmbito internacional: más allá de violar uma Constitución Política, la ley viola un tratado, lo que supone que más arriba – del techo nacional – de la supremacía constitucional há nacido una supremacía convencional y, por conseqüente, se há estructurado jerárquicamente un sólido techo internacional, conocido como Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) El derecho internacional de lós derechos humanos, exagerando quizás un poco (no demasiado), está pasando de ser un límite para el legislador interno a ser el sustituto de éste, puesto que, a menudo, la ley se limita a reproducir, con mayor o menos fortuna, ló que um documento internacional ya impone y, como mucho, a concretar algunos aspectos técnicos del ejercicio del derecho.”

³⁸ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78-79.

assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagram as respectivas garantias desses direitos. Visa, portanto, à proteção das pessoas através da atribuição direta e imediata de direitos aos indivíduos pelo Direito Internacional;³⁹ direitos esses que pretendem também ver assegurados perante o próprio Estado.⁴⁰

Com efeito, os problemas existentes entre a ordem jurídica interna e internacional não são novos, ao contrário, sempre demandaram esforços para os *jusinternacionalistas* resolverem fatos desta natureza.

As normas protetivas dos direitos humanos se apresentam com natureza de *jus cogens*⁴¹ com a conseqüente e progressiva afirmação da perspectiva universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe ao Direito Internacional o reconhecimento a todo o ser humano, em qualquer parte e em qualquer época de um mínimo de direitos fundamentais.

Apesar da diversidade de interesses dos Estados, a ideia de constitucionalização das regras de conduta da sociedade, no que se refere à proteção dos direitos humanos, é cada vez mais premente. Nesse sentido que se observa uma grande transformação em determinados conceitos e institutos que são consagrados no âmbito do direito internacional, como por exemplo, a soberania dos Estados⁴² e a própria formação de tribunais internacionais para julgar matérias relativas aos direitos humanos. Por isso mesmo é que há autores que questionam a supremacia da Constituição frente aos tratados de direitos humanos, como se vê:

La supremacía de la Constitución entra en crisis con las sentencias internacionales? La jurisdicción constitucional es la única y

³⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82.

⁴⁰ Na mesma direção CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 20-21: "o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. (...) e que o reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos".

⁴¹ De acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969: "Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza."

⁴² Destaca-se neste propósito a obra de GUERRA, Sidney, SILVA, Roberto. **Soberania: antigos e novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

la última instancia para la protección de los derechos humanos? Los tribunales Constitucionales dicen la última palabra, tratándose de la protección de los derechos humanos? Las respuestas serán negativas. Siguiendo este innovador esquema, podemos decir que La Convención Americana de Derechos Humanos es norma de las normas en La Organización de Estados Americanos y La Corte Interamericana establece como auténtico guardián e intérprete final de La Convención.⁴³

Nesse particular, e de acordo com a ordem constitucional brasileira, há de se destacar, mais uma vez, que a dignidade da pessoa humana que inspira e permeia o estudo do direito interno brasileiro sofreu grande influência do direito internacional dos direitos humanos.

Assim, os valores da dignidade da pessoa humana se apresentam como parâmetros axiológicos a orientar o texto constitucional brasileiro, devendo-se acrescentar a ideia que vem estampada no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, as normas de proteção dos direitos da pessoa humana não se exaurem no direito interno do Estado; ao contrário, existem direitos que são incorporados na ordem jurídica estatal em razão dos tratados internacionais, fazendo inclusive que ocorra uma transmutação hermenêutica dos direitos fundamentais.⁴⁴

O controle de convencionalidade⁴⁵ das leis tem recebido atenção especial nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).

⁴³ CANTOR, Ernesto Rey. Op. cit., p. XLIX: "las Constituciones Políticas de los Estados em este instrumento deberán ser compatibles con el tratado, bajo la fuerza normativa de la Supremacía de la Convención Americana."

⁴⁴ GUERRA, Sidney. **Os direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 263.

⁴⁵ CANTOR, Ernesto Rey. Op. cit., p. 46: "El Control de Convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudência, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados – aplicables – con el objeto de aplicar la Convención u outro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana."

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.

Ernesto Reis Cantor, em alentada monografia sobre o tema,⁴⁶ defende a nova competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para aplicar o controle de convencionalidade sobre direito interno a fim de garantir a efetiva tutela de tais direitos, ou seja, a Corte Interamericana poderá obrigar internacionalmente o Estado a derrogar uma lei que gera violação de direitos humanos em todos os casos que dizem respeito à aplicação da Convenção de Direitos Humanos.⁴⁷

Trata-se de tese inovadora, uma vez que o posicionamento dominante até então era de que os tribunais regionais sobre direitos humanos não teriam competência para analisar a convencionalidade de uma lei em abstrato tampouco a possibilidade de invalidar uma lei interna.

Para demonstrar este entendimento e a possibilidade da aplicação do controle de convencionalidade Cantor, valendo-se de estudos formulados por Cançado Trindade e outros autores estrangeiros assinala que

el Control de Convencionalidad de las normas de derecho interno es fruto de la jurisprudencia de la Corte y como tal el Tribunal tiene competencia inherente para la protección internacional de la persona humana, según se desprende del segundo considerando del Preámbulo de la Convención Americana que 'enuncia el objeto y fin del tratado. Además, consideramos que de los artículos 33, 2 y 62.1 de la Convención se infiere el fundamento jurídico de la nueva competencia. El primer texto expresa: "Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos'. En otras palabras, si un Estado incumple los compromisos internacionales derivados del artículo 2 de la Convención ('Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno'), expidiendo leyes incompatibles con esta disposición y violando los derechos humanos reconocidos en este tratado, corresponde a la Corte verificar dicho incumplimiento, haciendo

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem, p. 42: "La Corte Interamericana aplicando la Convención debe obligar internacionalmente al Estado a hacer cesar las consecuencias jurídicas de esas violaciones ordenando, a título de reparaciones, derogar o modificar la ley para lo cual tendrá que hacer previamente un examen de confrontación (control) de la ley con la Convención, a fin de establecer La incompatibilidad y, consecuentemente, las violaciones, como fruto de interpretación de dicho tratado."

un examen de confrontación normativo del derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), con las normas internacionales al que llamamos 'control', el que por 'asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención denominamos Control de Convencionalidad: es un control jurídico y judicial.⁴⁸

Ernesto Cantor alega que a Corte Interamericana de Derechos Humanos tem legitimidade para assegurar e fazer efetiva a supremacia da Convenção através do controle de convencionalidade, configurando-se como um controle judicial sobre sua interpretação e aplicação nas legislações internas. Com isso, conclui que a Corte tem competência *ratione materiae* para utilizar o controle de convencionalidade, cujo objetivo é de verificar o cumprimento dos compromissos estabelecidos pelos Estados que fazem parte desta Convenção, já que ela tem o dever de proteção internacional sobre os direitos humanos.⁴⁹

Cantor faz ainda distinção entre controle de convencionalidade no âmbito internacional e nacional. Em sua classificação, o controle de convencionalidade em sede internacional seria um mecanismo processual que a Corte Interamericana de Derechos Humanos teria para averiguar se o direito interno (Constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência, etc.) viola algum preceito estabelecido pela Convenção Interamericana sobre Derechos Humanos mediante um exame de confrontação normativo em um caso concreto. Assim, seria possível emitir uma sentença judicial e ordenar a modificação, revogação ou reforma das normas internas, fazendo prevalecer a eficácia da Convenção Americana. O segundo – o controle de convencionalidade em sede nacional – o juiz interno aplica a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial protegendo os direitos da pessoa humana. Este seria um controle de caráter difuso, em que cada juiz aplicará este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.⁵⁰

Sem embargo, o controle de convencionalidade permite que a Corte Interamericana interprete e aplique a Convenção por meio de um exame de confrontação com o direito interno, podendo este ser uma lei, um ato admi-

⁴⁸ Idem, p. 43.

⁴⁹ Idem, p. 44: "Consideramos que la Corte Interamericana consolidará la efectividad en la protección jurisdiccional internacional de la persona humana, cuando los Estados, por ejemplo, derogan leyes internas, o reforman Constituciones, como medidas de reparación por las violaciones a los derechos humanos."

⁵⁰ Idem, p. 47: "Se trata de un examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos – acción u omisión – internacionalmente ilícitos. La confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana. En otros términos, preservar la prioridad y primacía del derecho internacional, respecto del derecho interno, incluida en este la propia Constitución del Estado."

nistrativo, jurisprudência, práticas administrativas e judiciais, e até mesmo a Constituição. É possível, portanto, que um Estado-parte seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno.

Como visto, o controle de convencionalidade poderá ser efetuado tanto na esfera internacional quanto no âmbito nacional. Na esfera internacional, *in casu*, o órgão que terá competência jurisdicional para realizá-lo será a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵¹ e se apresenta como uma espécie de “controle concentrado de convencionalidade”, pois através de uma sentença judicial proveniente de um caso concreto, seus efeitos geram modificação, revogação ou reforma das normas ou práticas internas em benefício dos direitos da pessoa humana. Na esfera nacional⁵² este controle se dará por

⁵¹ “Con respecto al control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha establecido que ‘cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer ex officio el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” Disponível em: <https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012_bench_memorandum.es.pdf?rd=1>.

⁵² “A nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales, la Constitución de México establece que se incorporarán las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, otorgándoles jerarquía constitucional a las normas de Derechos Humanos incluidas en tratados internacionales (artículo 1). En la resolución del expediente Varios 912/2010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el trámite a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México, aquella determinó la obligación ex officio para los jueces mexicanos, quienes deberán fundar y motivar sus resoluciones, considerando tratados internacionales y asimismo, ordenó la transición a un sistema de control constitucional difuso, que incorporó a la justicia ordinaria a la dinámica de protección de derechos humanos definidos en los instrumentos internacionales. En dicha Resolución se señaló que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; no obstante, están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. Asimismo se observan importantes desarrollos jurisprudenciales al respecto en otros países de la región. En otros países como Argentina, los fundamentos del Control de Convencionalidad se encuentra en el artículo 75 en el cual se señala expresamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y hace una delimitación de qué instrumentos internacionales son los que incluye el bloque. En sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso ‘Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa’, ésta refirió que las decisiones de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino y en su considerando 6 refirió que ‘en principio, debe subordinar el contenido de

intermédio da atuação dos tribunais e juízes internos que terão a competência de aplicar a Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana. Digno de nota as palavras de Ernesto Rey Cantor:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *Control de Convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵³ (grifei)

Indubitavelmente com o controle de convencionalidade mudanças significativas ocorreram no sistema interno dos Estados fazendo com que sejam condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

sus decisiones a las de dicho tribunal internacional'. En el caso de Colombia, el artículo 94 de la Constitución Política da sustento al control de convencionalidad. En la Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional, el Tribunal determinó que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse 'de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia', derivándose 'que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales'. Disponível em: <https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012_bench_memorandum.es.pdf?rd=1>.

⁵³ CANTOR, Ernesto Rey. Op. cit., p. 160. O autor afirma que este controle de convencionalidade só será viável pela via difusa, uma vez que sua sentença gerará efeitos apenas para o caso concreto analisado: "El juez competente para resolver en el caso concreto tiene la obligación (internacional) de inaplicar la ley y aplicar la Convención, por ser aquélla incompatible con ésta, lo que se denomina Control de Convencionalidad de La ley em sede interna, garantizando así el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos em la Convención, es decir, que el juez ordinario da aplicabilidad al tratado del que emergen obligaciones internacionales exigibles inmediatamente (self executing), favoreciendo al titular de los derechos humanos, dictando una providencia judicial debidamente motivada (de conformida con la Convención), así este no lo solicite, porque como se dijo es una obligación internacional, que hay que cumplir por el Estado juez."

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresenta-se como uma ferramenta de importância inestimável para a garantia efetiva dos direitos humanos no continente americano, pois através dos dois órgãos previstos na Convenção Americana (Comissão e Corte Interamericana) garante-se não só o acompanhamento da conduta dos Estados membros, como também a possibilidade de se julgar casos, prolatando-se uma sentença que deverá ser cumprida, sob pena de sanções de natureza política perante a Organização dos Estados Americanos.

Isso tem provocado espetaculares modificações no campo dos direitos humanos e até mesmo no próprio funcionamento do Estado porque à medida que os Estados se submetem a obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a soberania estatal passa a ser mitigada.

Significa dizer, portanto, que antes do funcionamento do sistema de proteção dos direitos humanos no continente americano, se o indivíduo viesse a sofrer algum dano em relação ao exercício de seus direitos fundamentais e recorresse ao poder judiciário sem êxito (tendo uma sentença desfavorável transitada em julgado) ele não teria mais alternativas devendo se conformar com a atitude do Estado.

Após a criação e funcionamento do Sistema Americano, com seus órgãos de proteção - Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos -, ocorrendo uma decisão desfavorável no plano interno, o indivíduo poderá recorrer ao sistema externo, observando-se os requisitos explicitados anteriormente neste estudo.

Assim sendo, o caso será encaminhado à Comissão e, posteriormente à Corte; se houver decisão favorável ao indivíduo, reconhecendo a responsabilidade do Estado, e a conseqüente obrigação de reparar os danos causados, o Estado não terá outra alternativa senão cumpri-la, visto que a sentença prolatada pela Corte Interamericana é inapelável, estando, inclusive, sujeito ao Controle de Convencionalidade.

Logo, os Estados ao se tornarem signatários da Convenção Americana geram para si um dever, qual seja, o de adequar sua legislação e jurisdição interna para que estas estejam em consonância com as normas externas e com a jurisprudência da Corte Interamericana.

Definitivamente é chegado o momento que os Estados assumam posição de destaque e desenvolvam ações, no plano interno e externo, para a proteção dos direitos humanos na medida em que a observância dos direitos humanos e a prevalência da dignidade da pessoa humana ganham destaque no contexto americano e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana por parte dos Estados, garante aos indivíduos uma importante e eficaz

esfera complementar de garantia aos direitos humanos sempre que as instituições nacionais se mostrem omissas ou falhas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉS, Gabriel; PISCITELLO, Daniel Pavón. **Responsabilidad internacional de los Estados: desarrollo actual, perspectivas y desafíos**. Córdoba: EDUCC, 2012.

BADENI, Gregório. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia judicial superior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: **Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?** Buenos Aires: La Ley, 2009.

BRANDÃO, Marco Antonio Diniz; BELLI, Benoni. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI. In: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Direitos Humanos no século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos**. México, D.F.: Porruá, 2008.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuarta Instancia? In: **Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?** Buenos Aires: La Ley, 2009.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Temas emergentes de direitos humanos**. Campos dos Goitacazes: FDC, 2006.

_____; SILVA, Roberto. **Soberania: antigos e novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos. **R. CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/663/843>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

SAGUES, Nestor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional y internacional. In: **Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica**. Lima: Grijley, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

_____. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In: **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI**. San José de Costa Rica: Corte Interamericana e Derechos Humanos. 2001.

DOUTRINA ESTRANGEIRA



LA CONSTRUCTION DU CONCEPT DE PAYS EN DEVELOPPEMENT DANS LE CADRE JURIDIQUE DE L'OMC

*Alice Rocha da Silva**

Résumé

La construction du concept de pays en développement dans le cadre juridique de l'OMC n'est pas un travail facile et n'est pas aussi une construction définitive et rigide. Mais, quand on réalise une étude sur les pays en développement, c'est le premier pas à donner. C'est-à-dire, si l'on étudiera n'importe quel déterminante des pays en développement à l'OMC, il faut d'abord savoir qu'est-ce que cette catégorie de pays et pourquoi est-elle relevante pour le droit de l'OMC. Ce rapport de recherche est divisé en deux parties : dans une première partie, nous étudierons la construction du terme 'développement' et 'pays en développement', par le biais des indicateurs qui délimitent la catégorie; ensuite, nous verrons la classification utilisée par l'Organisation de Nations Unies (ONU) et par les principaux organismes qui travaillent avec le développement et les pays en développement, comme la Banque Mondiale, le Fond Monétaire International (FMI), le PNUD et la CNUCED. Cette recherche a démontré la possibilité de construction d'une liste de pays représentant la catégorie de 'pays en développement'.

Mot-clés

Pays en développement. Organisation Mondiale du Commerce. Organisation de Nations Unies. Banque Mondiale. Fond Monétaire International.

Resumo

A construção do conceito de país em desenvolvimento no quadro jurídico da OMC não é um trabalho fácil, assim como não pode ser construído de modo definitivo e rígido. Todavia, para a realização de um estudo sobre os países em desenvolvimento, deve ser o primeiro passo a dar. Ou seja, se a pretensão for estudar qualquer determinante desses países na OMC, deve ser definida tal categoria assim como a relevância da mesma para o direito da OMC. O presente estudo está dividido em duas partes: a primeira será estudado a construção do termo "desenvolvimento" e "país em desenvolvimento", a partir dos indicadores que delimitam tal categoria e em seguida será analisada a classificação utilizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelos principais organismos que trabalham com o desenvolvimento e com os países em desenvolvimento como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI), PNUD e CNUCED.

* Doutora em Direito internacional econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2005), graduação em ciência política pela Universidade de Brasília (2004), graduação em relações internacionais pela Universidade de Brasília (2004) e mestrado em direito das relações internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora titular da Faculdade Processus e professora titular do Centro Universitário de Brasília.

Esta pesquisa busca demonstrar a possibilidade de se construir uma lista de países capazes de representar esta categoria de "país em desenvolvimento" na OMC.

Palavras-chave

País em desenvolvimento. Organização Mundial do Comércio. Organização das Nações Unidas. Banco Mundial. Fundo Monetário Internacional.

I. LA CONSTRUCTION DES CONCEPTS GENERAUX

Pour analyser le concept de pays en développement à l'OMC, il faut, dans un premier temps, définir le terme « développement » et en suite le terme « pays en développement ». Pour cela, nous étudierons comment ces termes sont nés et à partir de quelles variables peut-on les délimiter ou les comprendre.

A. La notion de « développement »

Quand on pense en développement, la première chose qui vient à la tête c'est la notion de progrès, de réussite etc. Il existe de nombreuses conceptions de la signification de développement et la conception du développement peut occuper une place au sein de la réflexion économique, politique, anthropologique ou sociologique. Elle peut être considérée comme un « processus de transformation des structures d'une société lié à la croissance. »¹ ou comme un « processus par lequel les peuples des pays pauvres sont supposés atteindre les niveaux de vie des pays capitalistes industrialisés avancés »². Cependant, le développement n'est pas seulement une expérience, mais aussi un concept atteint par des jugements de valeur, politiques en particulier, et c'est très important de le définir pour pouvoir l'utiliser comme critère de classification.

Le développement peut être vu en trois perspectives : interne, comme interaction ou comme interpénétration. La manière que l'on choisit pour le regarder donnera une optique différente et tributaire de la position de la personne qui l'utilise et dans ce sens connoté de présupposés. De cette façon, la signification du terme peut être associée à l'évolutionnisme social (le rattrapage des pays industrialisés), à l'individualisme (développer la personnalité des êtres humains) et à l'économicisme (croissance, accès au revenu).³

Après la Deuxième Guerre mondiale, on assiste à l'approfondissement de l'idée de développement et une croissance de la préoccupation avec son

¹ BERNARD et COLLI, *Dictionnaire économique et financier*, 4e éd, Paris, Éd du Seuil, 1975, p. 524.

² BERGER, P.L., *The Capitalist Revolution*, England, Gower, 1987, p. 116.

³ RIST, G., *Le développement, histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de sciences po, 1996, p. 20-26.

corollaire : la coopération.⁴ Son contenu est adapté au besoin de chaque pays qui mettra l'accent sur l'un ou l'autre des éléments de la définition. Ceci étant, l'acception de développement varie entre modernisation (Japon, Turquie, Iran), promotion du bien être (majorité des pays du monde en développement), global (avec d'autres variables comme phénomène sociaux, culturels, politiques, juridiques etc), durable (utilisé pour attirer les attentions sur la relation entre le changement économique et l'environnement) et alternatif (prise en compte de la dimension culturelle, le souci de la participation des populations locales ou encore l'équité).⁵

D'une certaine manière, le concept de développement relève de l'idéologie capitaliste et pour ça il ne peut pas être réduit à un changement social pur et simple. Si l'on regarde cette perspective on peut utiliser la définition de RIST et vérifier la spécificité du processus : « Le développement est constitué d'un ensemble de pratiques parfois contradictoires en apparence qui, pour assurer la reproduction sociale, obligent à transformer et à détruire, de façon généralisée, le milieu naturel et les rapports sociaux en vue d'une production croissante de marchandises (bien et services) destinés à travers l'échange, à la demande solvable. »⁶

Or, on sait que le problème majeur de la question du développement aujourd'hui est celui de l'accroissement des inégalités dans le monde. Depuis la révolution industrielle et les mouvements de décolonisation, le fossé entre les pays riches et pauvres s'est accru et la tendance n'est pas à la convergence mais bien à la divergence. Beaucoup d'efforts ont été fournis depuis plus de cinquante ans, mais les problèmes essentiels sont loin d'être résolus. On peut se demander, est-ce que le but du développement n'est peut-être pas d'éradiquer la pauvreté ? Est-ce que le but de la coopération est d'entretenir cette inégalité ?⁷

A propos de ce type de question, il y a des auteurs qui considèrent le développement comme une illusion perdue, une croyance ou encore un mythe.⁸ En effet, indépendamment de l'acception ou de la compréhension

⁴ «... la coopération est un mode de relations internationales amicales consistant à mettre en commun certains moyens en matériel et en personnel , pour atteindre un objectif commun dans un domaine particulier. » FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. **RGDIP** 1997 P. 613.

⁵ NAHAVANDI, Firouzeh. **Stigmaté**. Introduction à l'étude des pays dits en voie de développement. Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 45-47.

⁶ RIST, 1996, apud NAHAVANDI, Firouzeh, 2001, p. 47.

⁷ La coopération peut être vue comme une prolongation involontaire de cette inégalité. « Dans les différentes branches d'activité où existe une coopération un droit conventionnel se met en place pour protéger la souveraineté du demandeur sans pour autant négliger des intérêts sans lesquels le fournisseur se retirerait. » FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. **RGDIP** 1997, p. 615.

⁸ Escobar, Rist et Berger respectivement.

que l'on prenne du développement, il fait partie de l'étiquetage ou stigmatisation⁹ des pays pauvres pour servir aussi d'auto présentation ou de justification de ses comportements et d'attitudes parfois différentes ou en dehors du système inséré.

La notion de développement est essentielle pour la compréhension de la formation de la catégorie de pays en développement. On doit souligner que le développement doit être vu et considéré comme une construction ou un concept formé de manière historique et qui est toujours influencé par des variables subjectives et en général liées aux intérêts des pays développés. Le développement est un processus ininterrompu et considère les pays développés comme le modèle à atteindre.

B. La formation de la catégorie 'pays en développement'

La catégorie des pays en développement a reçu plusieurs nominations depuis la Deuxième Guerre mondiale, sous-développés, en voie de développement, en développement, émergent, les moins avancés etc. L'utilisation du terme est toujours liée à une idéologie et aussi à la tendance du politiquement correct. C'est-à-dire, les considérations diplomatiques doivent être prises en considération au moment de choisir quel est le terme plus approprié. Et en plus, la notion pessimiste de « sous-développement » a été substituée pour une plus positive de « en développement », une fois que l'émergence de nouvelles puissances et des NPIs au début des années 70 a montré que le sous-développement n'est pas une fatalité.

La Deuxième Guerre mondiale a été le point de départ de la création du terme sous-développement économique et conjointement des pays sous-développés. A ce moment-là, il a été impératif de créer de critères communs de comparaison et des classifications des États en raison de la nécessité de distribuer les aides à tous. Cette conceptualisation a été considérée par quelques critiques de l'époque comme une arme de soumission d'autrui, car à partir de ce moment les pays sont devenus des objets.

Cette nouvelle entité est apparue à partir de quelques prémisses. Pendant la Deuxième Guerre mondiale, les colonies devinrent ainsi le terrain de mesures multiples par lesquelles les grandes puissances, principalement l'Allemagne, visaient à discréditer ses ennemis. Pour arriver à ce but, l'Allemagne a commencé à diffuser de la propagande de impulsion des révoltes et entrer sur la sphère d'influence des empires alliés. D'autre part, l'Allemagne a donné un soutien économique aux pays en difficulté financière en raison de la baisse de prix des matières premières. Ces stratégies ont

⁹ Ce terme est utilisé pour NAHAVANDI, p. 17, avec le sens qui a équivalence au attribut dont la possession rend un individu non seulement différent des membres habituels de l'intergroupe mais aussi diminué.

donné à Allemagne la position d'amie des anticolonialistes. Les mêmes stratégies ont été développées pour les japonais avec le slogan « l'Asie aux Asiatiques ».

A partir des années 1940s, la charte de l'Atlantique (1941) et la charte des Nations Unies (1945), en particulier dans le chapitre IX « Coopération économique et sociale internationale », ont encouragé les peuples colonisés à devenir indépendants. Les États-Unis et l'Union Soviétique avaient, chacun, des intérêts personnels sur l'indépendance des pays colonisés, pour des raisons idéologiques ou pour pouvoir étendre leurs relations économiques et d'influence. D'autre part, les pays colonisés prenaient progressivement conscience du rôle qu'ils avaient joué pendant la guerre et de leur pouvoir potentiel. Le point crucial a été le point IV du discours du président Truman, considéré comme l'inauguration de « l'ère du développement ». C'était la première fois que le terme sous-développé était utilisé comme synonyme de « régions économiquement arriérées » dans un discours de grande audience.¹⁰ Ce discours a été critiqué à cause de l'homologie de structure avec le discours religieux qui donne un caractère messianique à tout discours du développement. Le développement est conçu dans un sens conforme à l'expérience occidentale et à sa conception du progrès.

Les événements qui ont marqué symboliquement les esprits de pays en développement dans ces dernières années ont été la naissance et le renforcement de cette catégorie de pays. Dans les années cinquante, la Conférence de Bandung (18-24 avril 1955) a marqué l'officialisation de la nouvelle entité sur la scène internationale. Dans le cadre de cette conférence, les gouvernements de Birmanie, de Ceylan, d'Inde, d'Indonésie et du Pakistan ont réussi réunir vingt-neuf pays asiatiques et africains. La Conférence de Bandung a marqué le début du mouvement des non alignés, né six ans après en 1961 à Belgrade, et des revendications du tiers-monde dans le cadre des organisations internationales. « C'est la première manifestation du tiers-monde en tant que groupe de nations revendiquant une existence politique... Bandung fut une version asiatique de l'ONU. »¹¹ Bandung a représenté un modèle confondant développement et croissance économique, aspect qui consacra le règne de l'économisme.

En 1964, a été créée la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED). Dans le cadre de CNUCED les pays en développement vont apparaître comme un groupe soudé

¹⁰ Voir PRAXMARER. *Perte, Développement. On the Sociogenesis*. Political Usage and Theoretical Possibilities of a Concept, Thèse 383, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Université de Genève, 1984, cité par Rist (1996, 121).

¹¹ NAHAVANDI, p. 31.

revendiquant un « nouvel ordre commercial ». ¹² Avec sa vocation politique, la CNUCED a été considéré comme une tribune de revendications en matière de commerce international. Les trois missions principales de la CNUCED sont : étudier les relations entre le commerce et le développement, fournir une assistance technique aux pays en développement et promouvoir des accords favorables au développement économique. Au sein de la CNUCED, « le group des 77 » va jouer un rôle important de porte-parole des pays du Sud pour une redistribution plus équitable des richesses, un prix plus juste des matières premières, un meilleur accès au marché des pays développés et un renforcement de l'assistance technique. ¹³

D'autres événements comme la nationalisation du pétrole en Iran en 1951 et la nationalisation du canal de Suez en Égypte en 1956 illustrent le refus des normes occidentales imposées et l'affirmation d'un désir de contrôler son futur et sa destinée.

Les pays en développement sont restés relativement solidaires au cours des années 1950 et 1960, mais à partir de 1970 des clivages rompront leur unité. Ces clivages sont dus à une différenciation des catégories de pays en développement et à l'apparition des nouveaux pays industrialisés qui sont sortis notamment de la catégorie de pays en développement.

L'analyse « scientifique » du terme implique l'utilisation de catégories, de statistiques, de mesures, de classements, c'est-à-dire, d'outils qui puissent permettre de connaître chaque situation et la manière dont l'aide doit être administrée.

Le problème ici est la neutralité de la mesure. Les unités de mesures peuvent être influencées pour ce que l'on veut observer et la logique théorique qui préside à cette observation. Dans une société largement dominée par l'échange marchand, les mesures en unités monétaires occupent la première place. Ces critères monétaires, comme le Produit National Brut ou le Produit Intérieur Brut, sont accompagnés de critères non monétaires, comme les indicateurs démographiques, la structure des exportations etc.

Le produit national constitue l'agrégat le plus caractéristique pour le système préconisé par l'ONU. C'est un indicateur très utilisé car sa disponibilité est générale et il correspond à une conception qui fait de la croissance de la production le principal signe du développement. Le PNB

¹² Cette expression fait référence à l'idée que dans cette époque aucune règle commerciale multilatérale ne prend en compte leurs spécificités et, dès lors, les revendications des pays en développement marqueront l'idée d'une nécessaire évolution. Pour une étude approfondie regarder: BEDJAOUI (M.), *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, PUF, 1978, 295 p.

¹³ COLARD-FABREGOULE (C.), *L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*, Paris, Gualino, 2002, p. 55 et 56.

par tête est l'indicateur auquel font référence la majorité des travaux qui entendent établir une sélection selon le niveau de vie. « Le PNB est considéré comme représentatif du niveau de vie, de la capacité de production et des potentialités de développement dans la mesure où le niveau de revenu, lié au PNB, influence la capacité de production, la productivité... c'est une mesure qui rend compte de l'efficacité de l'économie »¹⁴

Cependant, ces indicateurs monétaires posent des problèmes et possèdent des limites. D'abord, la valeur réelle de l'unité de monnaie de chaque pays peut évoluer très rapidement et souvent vers la baisse en raison de l'inflation. Il faut aussi avoir une même unité monétaire, mais le taux de conversion peut varier rapidement. De plus, le PNB par tête n'illustre pas les inégalités internes d'un pays et ne mesure que l'activité productive excluant par là même les activités non rémunérées ou le secteur informel, en expansion dans de nombreux pays et difficilement contrôlable. En dernier lieu, ces indicateurs ne tiennent pas compte de la destruction des ressources naturelles.

A partir de toutes ces critiques, des nouveaux indicateurs sont utilisés pour mesurer le niveau de vie ou les performances d'une économie. Par exemple, la répartition de la population active par secteur peut montrer l'importance relative du secteur agricole et du secteur industriel. « L'importance du secteur industriel est généralement considérée comme un signe évident de développement puisque l'industrialisation suppose à la fois l'urbanisation, l'accumulation du capital et le progrès technique. Elle implique par ailleurs le travail salarié qui entraîne à son tour une évolution des structures sociales et des comportements. »¹⁵

On peut utiliser aussi le niveau des consommations alimentaires, parce que l'amélioration de celle-ci permettrait la croissance de la production et des revenus et une amélioration de la force de travail. La natalité, la mortalité ou l'espérance de vie montre l'évolution de l'équilibre démographique des pays. Dans l'ensemble, ces indicateurs sont délicats à utiliser et leur valeur souvent discutable. L'alimentation peut varier en fonction des saisons et les indicateurs démographiques peuvent varier selon la structure d'âge de la population.

Les indicateurs de domination commerciale sont aussi utilisés, comme l'importance du commerce extérieur par rapport au PIB, la diversification des exportations, représentée par le pourcentage des trois principales exportations dans le total de celles-ci, l'évolution des termes de l'échange (l'évolution des prix des produits exportés par rapport à celle des produits

¹⁴ NAHAVANDI, p. 57 et 58.

¹⁵ NAHAVANDI, p. 61

importés). Il y a aussi les indicateurs de domination financière à travers les mouvements de capitaux. L'aide apportée est aussi un indice révélateur. Ces indicateurs sont relativement faciles à obtenir et plutôt exacts.

Pour finir cette première partie, on parlera des indicateurs qui sont supposés de répondre aux faiblesses du PNB et du PIB qui sont l'Indicateur de Développement Humain (IDH), l'Indicateur de Liberté Humaine, l'Indicateur de la Pauvreté Humaine (IPH), l'Indicateur de Qualité de Vie et l'Indicateur de Progrès Réel.

L'IDH a été inséré par le PNUD en 1990 à partir de trois variables: le PIB par habitant, l'espérance de vie à la naissance et le taux d'alphabétisation des adultes et le taux brut de scolarisation. Ceci étant, il prend en compte les critères démographiques et sociaux et non uniquement le revenu. Pour Rist, « l'IDH n'est qu'un nouvel oxymore »¹⁶ pour réhabiliter la notion de développement largement discréditée. L'IDH permet d'évaluer l'allocation des fonds disponibles et aussi les budgets nationaux.

L'indicateur de liberté Humaine et l'IPH ont été ajoutés par le PNUD dans les années 90, mais ils ne sont pas trop employés dans la classification des pays en développement. Les autres deux indicateurs, qualité de vie et progrès réel ont été créés par la doctrine économique qui prend toujours en compte les indicateurs monétaires associés aux indicateurs sociaux. Ces indicateurs ne sont pas utilisés par les organismes internationaux en raison du coût d'opération et de problèmes relatifs à la méthodologie utilisée.

Une fois que l'on a compris la notion de développement à partir de son histoire et son utilisation pendant ces dernières années et que l'on a également pris conscience de la variété des indicateurs et des formules pour classer les pays en développement, on étudiera en profondeur cette notion. Pour cela, il faudra que on regarde la façon à partir de laquelle l'ONU et les autres institutions internationales considèrent les pays en développement.

II. LA DIVERSITE DES CLASSIFICATIONS DE PAYS EN DEVELOPPEMENT

Les classifications de pays en développement sont intimement liées à l'utilisation des termes mentionnés dans la première partie de ce rapport. On sait très bien que l'utilisation des termes n'est jamais neutre et objective, car elle reflétera l'appartenance à une idéologie ou l'évolution des mentalités face à un objet d'étude lui-même. La détermination d'une classification est

¹⁶ Figure de rhétorique qui consiste à mettre en relation deux antonymes. La version idéologique de l'oxymore constitue une forme de camouflage de légitimation. NAHAVANDI, p. 63.

toujours liée au type de problématique présentée et dans le cas des institutions et des organismes internationaux à ses objectives et structures a partir de lesquelles ils ont été crier.

A partir des indicateurs et critères analysées dans la dernière section, on peut constater qu'il existe différentes appellations comme: pays riches et pays pauvres (sur la base du Produit National Brut par habitant); pays du Nord et pays du Sud (référence géographique); pays industrialisés et pays non industrialisés (référence à un type spécifique d'industrialisation); les nations prolétaires (États exploités et exploités); pays du centre et pays de la périphérie (à partir d'une vision du système capitaliste mondial); tiers-monde (désigne en bloc, au moment de la guerre froide, tout ce qui ne couvrait ni l'étiquette classique de l'occident libéral ni celle du socialisme soviétique)¹⁷; pays développés, sous-développés et en voie de développement (continuation de la vision occidentale du progrès et développement comme synonyme. Ces appellations semblent commodes, en dépit du fait que l'unanimité sur ce qui veut dire développement n'existe pas et pour être la définition occidentale du terme.)

Le problème majeur est que les pays inclus dans ce même bloc sont très différents. Malgré un passé commun, ils sont très différents du point de vu climatique, populationnel, culturel, économique, éducationnel etc. Pour cette raison, certains auteurs qualifient les pays en développement comme un mythe qui « tire sa force d'être une sorte de nébuleuse où gravitent des thèmes unis par leur charge affective plutôt que par leur cohérence logique. [...] concept pour désigner un ensemble aux contours vagues et dont le contenu se réfère aux notions encore plus vagues de sous-développement et non-engagement. »¹⁸

A partir de la compréhension de cette problématique, on essayera de développer une typologie spécifique pour l'OMC à partir des typologies utilisées pour les principaux organismes spécialisés. Les typologies sont nombreuses et les critères adoptées très différents. Ainsi, on fera une démonstration de seulement quelques unes, mais on peut remarquer

¹⁷ L'apparition du terme « tiers-monde » et sa parenté font l'objet de controverses. Berger en parle comme un terme apparu à la Conférence de Bandung, en 1955; Balandier en revendique la parenté en référence à l'ouvrage qu'il a dirigé, *Le « tiers monde », sous-développement et développement*, Cahier INED, n° 27, PUF, 1956; Le démographe Alfred Sauvy est considéré pour la majorité comme le père du terme que il a utilisé par analogie au Tiers État, utilisée pour la première fois en 1952 dans un article intitulé « trois mondes, une planète ». NAHAVANDI, p. 38 et 39.

¹⁸ MERLE, M., *Sociologie des relations internationales*, Paris, Dalloz, 1982, p. 266.

d'emblée que les catégories de pays en développement sont distinguées de manière simple de la façon suivante :¹⁹

- Les pays les moins avancés (PMA): caractérisé par une accélération démographique et un taux de croissance quasi nul. La majorité situé sur le continent africain;

- Les nouveaux pays industrialisés (NPI): caractérisé par des taux de croissance forts comme la Corée du Sud, Taïwan et Singapour. Ces pays se rapprochent de ceux de l'OCDE en terme de revenu et d'un point de vue plus général de développement;

- Le groupe latino-américain : pays indépendants depuis le XIXème siècle. Certains sont des NPI;

- D'autres pays en développement : largement évolué du point de vue économique. Le développement se pose plus en terme de répartition des ressources gagnées auprès des populations comme l'Inde et certains pays d'extrême-Orient;

- Pays exportateurs de pétrole.

A. Classification dans le cadre de l'ONU et dans le cadre d'autres organisations internationales

Les critères de définition utilisés par chaque organisation sont déterminés selon la matière et les besoins en cause. Plusieurs modes d'identification peuvent être employés comme l'adoption d'une définition explicite, l'auto sélection ou encore la formation de listes de pays.

Le premier a été utilisé par l'ONU pour sa définition des pays les moins avancés. Le deuxième est le critère utilisé actuellement dans le cadre de l'OMC, selon lequel chaque État se déclare de manière unilatérale comme appartenant à la catégorie de pays en développement pour bénéficier du régime destiné à ce statut. Le troisième mode d'identification est considéré comme plus spécifique, étant donné qu'il emploie des listes de pays considérés comme en phase de développement pour l'application d'une norme particulière ou d'un instrument spécifique, comme par exemple la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

Ces critères sont suivis par d'autres indicateurs monétaires (PIB par habitant) ou non monétaires (indicateurs démographiques, structure des

¹⁹ Simplification donne pour: COLARD-FABREGOULE (C.), **L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)**, Paris, Gualino, 2002, p.57 et 58.

exportations). Le PIB²⁰ ou PNB²¹ par habitant permet de mesurer les capacités productives de la population et il possède l'avantage d'être quantifiable, ce qui permet de classer les pays sur une échelle de niveau de vie.

La classification de la Banque Mondiale repose sur le PNB par habitant. Sur cette base, tous les pays membres de la Banque Mondial (184) et toutes les autres économies avec une population de plus de 30 mil habitants (208 total) sont réparties en quatre groupes: bas revenu, \$875 ou moins ; au-dessous du le revenu moyen, \$876 - \$3.465 ; revenu moyen supérieur, \$3.466 - \$10.725 ; et revenu élevé, \$10.726 ou plus. La Banque Mondial classifie les pays aussi par région géographique (classification exclusive des économies de faible et moyennes revenu) et pour catégorie de prêt. Dans cette dernière classification, la Banque considère les pays d'IDA comme ceux qui ont eu en 2005 un revenu per capita de moins de \$1.025 et qui manquent de capacité financière d'emprunter à IBRD.²²

Des classifications de la Banque Mondial ont lieu tous les ans, toujours le 1 juillet et à partir de ces critères, la Banque Mondial offre une liste qui montre la place de chaque pays. Il est important de remarquer que des économies de faible et moyens revenus sont parfois désignées comme des économies en développement, mais la Banque remarque aussi que par commodité de l'utilisation du terme, elle ne le prévoit pas pour impliquer que toutes les économies dans le groupe éprouvent de développement semblable. Selon les critères de la Banque Mondiale, la classification se fait entre :

- Régions : L'Asie de l'est et Pacifique, Europe et l'Asie centrale, Amérique latine et Caraïbes, le Moyen-est et le Afrique du nord, Asie du sud, Afrique sous saharien;

- Revenu : bas revenu, au-dessous du revenu moyen, revenu moyen supérieur, et revenu élevé;

²⁰ Le PIB est la somme des valeurs ajoutées créées par des unités de production et des facteurs localisés à l'intérieur des frontières, ça veut dire, la production finale totale de biens et services selon un critère de résidence.

²¹ Le PNB est la somme de la valeur ajoutée intérieure et extérieure attribuable aux facteurs de production possédés par les nationaux, il comprend le PIB majoré du revenu net des facteurs reçu de l'étranger.

²² Les prêts d'IDA sont des prêts et des concessions profondément concessionnaire-intérêt-libres pour des programmes visés amplifiant la croissance économique et améliorant des conditions vivantes. Les prêts d'IBRD sont non concessionnel. Les pays de mélange sont habilités aux prêts d'IDA en raison de leurs bas revenus per capita mais sont également habilités aux prêts d'IBRD parce qu'ils sont financièrement solvables.

- Catégorie de prêt: IDA, Mélange (blend en anglais) et IBRD.²³

L'annexe I apporte la liste complète fournie par la Banque Mondiale.

L'ONU utilise un critère de classification qui va plus loin que celui utilisé par la Banque Mondiale. Elle utilise des indicateurs monétaires et non monétaires, mais fournit les limites de classification seulement pour les pays dits moins avancés ou encore les pays en développement sans littoral ou les pays en développement localisé en petites îles.

Dans son dernier examen triennal de la liste de pays moins avancée en 2003, le Conseil économique et social de Nations Unies a employé les trois critères suivants :

- faible revenu, basé sur une évaluation moyenne de trois ans du revenu national brut (PNB) par habitant (au-dessous de \$750 pour l'inclusion, au-dessus de \$900 pour le repère);

- faiblesse de ressource humaine, impliquant un index humain composé de capitaux (HAI) basé sur des indicateurs de nutrition, santé, éducation et instruction d'adulte;

- critère économique de vulnérabilité (EVI) basé sur des indicateurs de instabilité de la production agricole, l'instabilité des exportations des marchandises et des services, l'importance économique des activités non traditionnelles, concentration d'exportation de marchandises et handicap de la petite dimension économique (population dans le logarithme) et le pourcentage de la population déplacé par des désastres normaux.

Pour être ajouté à la liste, un pays doit satisfaire à chacun de ces trois critères, mais pour le repère, le pays doit rencontrer les seuils pour deux des trois critères dans deux revues triennales consécutives.

La liste actuelle de pays moins avancés (LDCs) et la liste de pays en développement situés en petites îles (SIDs) ou sans littoral (LLDCs) sera fournie au fin du rapport avec une liste de pays membre de l'OMC qui sont déjà inclus dans ces listes et qui sont incontestablement considérés en développement ou moins développés, une fois que l'OMC mentionne de manière explicite qu'elle utilise cette liste de PMA comme son critère officiel de classification de ces pays.(Annexe II)

Le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) utilise l'indicateur de développement humain (IDH), qui combine trois critères: le revenu moyen par habitant (niveau de vie), l'espérance de vie (état de santé de la population) et le taux d'alphabétisation (savoir). Il permet d'obtenir un classement des pays tenant compte à la fois de critères

²³ En annexe il y a la liste complet diffuser pour la Banque Mondial. Pour plus d'informations: www.worldbank.org

démographiques et sociaux). Les trois critères sont évalués sur une échelle allant de 0 à 1. Les difficultés maximales sont égales à 1 et les situations les plus satisfaisantes (minimales) sont égales à 0.²⁴

Dans son dernier rapport, *Rapport Mondial sur le Développement Humain 2005*, le PNUD a classifié les pays de la manière suivante:

« Le rapport envisage les pays selon quatre modes de classement : en fonction du niveau de développement humain, ainsi que du revenu, par grands groupes à l'échelle mondiale et par région (voir la partie *Classification des pays*). Ces classements ne constituent pas nécessairement un jugement quant au stade atteint par un pays ou une région particulière dans le processus de développement. Le terme pays, lorsqu'il est utilisé dans le corps du texte ou dans les tableaux, peut le cas échéant faire référence à un territoire ou à une subdivision géographique.

Classification par niveau de revenu. Tous les pays sont également répartis par niveau de revenu, selon la classification de la Banque mondiale : revenu élevé (revenu national brut par habitant supérieur ou égal à 9 386 dollars en 2003), revenu intermédiaire (de 766 à 9 385 dollars) et revenu faible (jusqu'à 765 dollars).

Classification par niveau de revenu. Tous les pays sont également répartis par niveau de revenu, selon la classification de la Banque mondiale : revenu élevé (revenu national brut par habitant supérieur ou égal à 9 386 dollars en 2003), revenu intermédiaire (de 766 à 9 385 dollars) et revenu faible (jusqu'à 765 dollars).

Grands groupes mondiaux. Les trois grands groupes mondiaux sont les *Pays en développement*, *l'Europe centrale et orientale* et la *CEI*, et les *Pays de l'OCDE*. Ces groupes ne sont pas mutuellement exclusifs (mais ils le sont si l'on remplace la rubrique Pays de l'OCDE par les Pays de l'OCDE à revenu élevé et que l'on exclut la République populaire démocratique de Corée). Sauf indication contraire, la rubrique Monde renvoie aux 193 pays et territoires couverts – 191 pays membres des Nations Unies plus Hong Kong, la Chine (RAS) et les Territoires palestiniens occupés.

Classifications régionales. Le groupe des pays en développement est par ailleurs subdivisé en six régions : États arabes, Asie de l'Est et Pacifique, Amérique latine et Caraïbes (Mexique compris), Asie du Sud, Europe du Sud et Afrique subsaharienne. Cette classification correspond à l'organisation des

²⁴ Pour plus d'information sur la construction du IDH voir: TEULON, Frédéric. **Problèmes économiques contemporains**. Les pays en développement. Paris, Hachette, 1999, p. 146 et 147.

bureaux régionaux du Programme des Nations Unies pour le développement. Il faut ajouter un autre ensemble: *celui des Pays les moins avancés*, défi ni par les Nations Unies (UN-OHRLS 2005). »

Les listes complètes diffusées par le PNUD constituent l'annexe III du présent rapport.

En dernier lieu, on ne peut pas oublier la CNUCED (UNCTAD en anglais). Dans son manuel de statistiques de 2005, la CNUCED offre une répartition des pays du monde entier, et la chose la plus intéressante de cette classification est qu'elle utilise aussi le critère d'exclusion pour définir les pays en développement, mais définit avec précision les pays développées et les moins avancés. C'est-à-dire qu'elle limite avec un peu plus de précision que les autres qui sont les pays en développement.

Dans son manuel, la CNUCED affirme que la classification des pays présentée a été adoptée pour des questions de convenance statistique et pour suivre celle utilisée par la « Statistics Division, Department of Economic and Social Affairs » (DESA) des Nations Unies.

Les pays sont distribués en trois groupes:

- *Pays développés:*

En Europe:

Union Européenne: Austria, Belgique, Cyprès, Czech Republic, Danemark, Estonie, Finlande, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland;

L'autres pays développés en Europe: Andorra, Channel Island, Faeroe Islands, Gibraltar, Holy See, Iceland, Isle of Man, Liechtenstein, Monaco, Norway, San Marino and Switzerland;

In America: Canada and the United States of America;

In Asia: Israel and Japan;

In Oceania: Australia and New Zealand;

- *L'Europe du sud-est et Commonwealth d'indépendant États (Cis):*

L'Europe du sud-est: Albania, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Romania, Serbia and Montenegro and The former Yugoslav Republic of Macedonia;

Commonwealth des états indépendants (CIS): Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Republic of Moldova, Russian Federation, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan ;

- *Pays en développement:*

« All other countries and territories in Africa, America, Asia and Oceania not specified above. For developing economies, the main regions have been further subdivided into subregions to provide additional information. The exact composition of each region is shown on the following pages. Possible exceptions to this classification in some of the *Handbook* tables are specified in footnotes.

A number of economic classifications have been used in the *UNCTAD Handbook of Statistics* in order to reflect more accurately differences among developing countries and territories, and thus to facilitate the analysis of socio-economic data. »

La classification utilisé par le CNUCED en relation aux pays en développement distingue, en premier lieu, les pays exportateurs de pétrole des autres économies en développement. Ces derniers sont encore subdivisés en deux catégories : principaux exportateurs de manufactures et des économies restantes distribuées par régions géographiques. Les tables construites par l'UNUCED sont dans le annexe IV.

B. Classification dans le cadre juridique de l'OMC

La formation d'une classification de pays en développement dans le cadre juridique de l'OMC implique un regard attentif sur la classification des autres institutions et organisations internationales. Cependant, en prenant les critères (indicateurs) des institutions spécialisées et officiellement autorisées, depuis la Deuxième Guerre mondiale, la question de classification est loin d'être résorbé.

Si l'on considère que dans le site officiel de l'OMC il est déclaré qu' « il n'existe pas de définition des pays « développés » et des pays « en développement » à l'OMC. Les Membres annoncent eux-mêmes qu'ils font partie des pays « développés » ou « en développement ». Cependant, les autres Membres peuvent contester la décision, prise par un Membre, de recourir aux dispositions prévues en faveur des pays en développement. »²⁵, et ainsi on peut facilement constater que la classification de pays en développement ou développé est totalement attachée aux intérêts des propres pays. Cela veut dire que si pour le pays X il est intéressant d'avoir

²⁵ Cette déclaration est disponible dans le site officiel de l'OMC: www.wto.org

accès aux avantages consacrés aux pays en développement²⁶ il se déclarera en développement. Par contre, si pour lui faire partie du groupe des riches (développés) est plus profitable il se déclarera développé. Il est intéressant de noter que tous les Etats membres de l'OMC ont choisi d'appartenir à cette catégorie sauf ceux de l'Union Européenne, les Etats-Unis, le Canada, le Japon, la Suisse, la Norvège, l'Australie et la Nouvelle Zélande.²⁷

Cette manière de classer les Membres de l'OMC est très subjective, mais au même temps compréhensible dans le cadre de l'OMC que comme on le sait est une organisation avec un fort biais politique. Cependant, ces avantages destinées aux pays en développement commencent à disparaître en raison du temps ou de conditions imposées quand elles ont été créées. Les dispositions dont ils bénéficient sont transitoires et davantage d'obligations leur sont imposées. La grande question est que le libéralisme économique est accepté partout et règne sur le monde, situation qui empêche les pays en développement d'échapper aux conséquences.²⁸

Comme une institution d'instauration d'un État de droit dans les relations commerciales multilatérales, l'OMC impose que les États qui l'adhèrent doivent accepter la totalité des accords.²⁹ Donc, on peut se demander si dans les prochaines années on verra la même quantité de pays qui se auto déclarent en développement, une fois que les avantages disparaîtront.

On peut faire une comparaison de cette probable disparition des avantages dans le cadre de l'OMC avec la disparition de la raison d'être du droit du développement: « Ce qui subsiste du droit international du développement apparaît alors comme un catalogue d'exceptions temporaires à la règle du marché. L'existence d'une catégorie particulière d'états bénéficiant d'un autre régime juridique de relations économiques pour compenser une faiblesse et leur permettre d'accéder au développement a perdu sa justification. Le fil conducteur qui avait donné au droit international du développement sa cohérence n'existe plus. »³⁰

A partir de cette réflexion, on doit penser à une catégorisation de pays en développement qui prenne en considération ces questions politiques et

²⁶ La situation particulière de les pays en développement les possibilité à la fois de l'égalité juridique prévue par le droit international et d'un statut spécial qui a été qualifié d'inégalité compensatrice.

²⁷ PARK, Y.Duk, UMBRICH, G.C., International trade WTO dispute settlement 1995-2000: a statistical analysis, *Journal of International Economic Law*, 2001, 4 (1), p. 214, note 4.

²⁸ COLARD-FABREGOULE (C.), *L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*, Paris, Gualino, 2002, p. 63.

²⁹ Ce objectif est clairement affirmé dans la 1re conférence ministérielle de l'OMC en 1996: « l'élimination du traitement discriminatoire... l'intégration des pays en développement ».

³⁰ FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. *RGDIP* 1997 P. 625.

stratégiques en plus des critères objectives. En outre, la notion de développement que l'on utilisera doit être liée au commerce international, une fois que l'OMC est l'institution par excellence de promotion du commerce international à partir de définitions et dispositifs objectifs, ou, comme affirme Lacordaire: « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère ».

Face aux difficultés de placer de manière artificielle ses membres sous une même catégorie de pays aussi différents, une fois que le Mexique ou le Brésil, pays qui participent activement au commerce mondial, et les petits insulaires qui restent largement en marge du commerce mondial, sont dans une même catégorie, l'OMC a choisi de poser le principe de l'auto-élection pour la formation de ce groupe de pays en développement. Certes, certains critères s'appliquent implicitement pour se réclamer d'une telle catégorie, comme ceux qui ont été déterminés comme résultants du GATT de 1947, de la pratique ou des décisions jurisprudentielles.

L'article XVIII du GATT de 1947 indiquait de manière assez large quels étaient les pays éligibles à l'aide étatique visant à protéger leur développement: parties contractantes « ... dont l'économie ne [pouvait] assurer à la population qu'un faible niveau de vie et en est aux premiers stades de son développement. ». Ce critère a été considéré essentiel car il insiste sur la dimension humaine du développement économique. D'autres accords de l'OMC font aussi référence à une classification des États pour définir le champ d'application de certaines de leurs dispositions comme l'article 27 § 2 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires qui distingue indirectement entre trois catégories de pays en développement pour définir le champ de la dérogation à la prohibition de l'article 3. De toute façon, la démonstration de ces critères utilisés par l'OMC montrent en tout état de cause que le statut de pays en développement est conçu comme transitoire.

Traditionnellement, le statut de pays en développement peut résulter de l'appartenance au Groupe des 77. Le groupe de 77 (G-77) a été établi le 15 juin 1964 par soixante-dix-sept signataires " de la déclaration commune des soixante-dix-sept pays " publiés à la fin de la première session de la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) à Genève. Bien que l'adhésion du G-77 ait grimpé jusqu'à 131 pays, le nom original a été maintenu en raison de sa signification historique.³¹ Toutefois, cette appartenance ne peut pas être utilisée pour lier les autres Membres de l'OMC, car elle n'a pas d'effet juridique.

³¹ La liste complète et actuelle des États membres du G-77 est dans l'annexe V du présent rapport. Pour plus d'information: www.g77.org

Dans les statistiques du Secrétariat de l'OMC il est intéressant de noter qu'il a classé comme dans la catégorie de pays en développement les pays suivants: les pays d'Amérique latine et des Caraïbes, ceux d'Afrique (Afrique du Sud inclus), les pays européens qui n'appartiennent pas à l'Union européenne et à l'Association européenne de libre échange (AELE), les pays du Moyen-Orient et d'Asie (à l'exclusion du Japon) et les pays d'Océanie (à l'exclusion de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande).³²

Identifier les niveaux de développement, classer les différents pays en fonction de leurs besoins, n'a jamais été chose facile. L'unanimité quant aux critères à adopter reste presque impossible. Mais la catégorisation qui existe actuellement dans les accords, bien qu'elle soit incomplète est la meilleure pour placer les membres de l'organisation, mais pas suffisante.

Pour formuler une bonne base d'identification pour l'OMC, a priori, il doit présenter comme caractère un calcul statistique facile et exact; comparabilité des informations statistiques; présence du renseignements pour un grand nombre d'économies; possibilité de comparaison; absence d'influences marquées.³³ En plus, si l'OMC n'a pas adopté de classification stricte, c'est probablement parce que chaque accord s'adresse à des catégories de pays qui varient d'un cas à l'autre. A partir de cette constatation, on peut proposer une nouvelle formule d'identification des pays en développement selon laquelle chaque accord va ainsi adapter les obligations qu'il impose aux catégories qu'il concerne précisément.

A partir de cette proposition on doit se demander quels sont les objectifs de l'OMC et à partir de ça déterminer qu'est-ce qu'un pays en développement selon chaque accord et selon l'intention première de l'OMC: la libéralisation commerciale.³⁴

Cette proposition peut être considérée comme naïve dans le sens que l'on n'arrivera jamais à un point tel que tous les membres de l'OMC accepteront ces listes et en plus, la négociation pour la formulation de telles listes peut demander plus de temps que l'on peut imaginer. Une fois que l'on constate l'impossibilité de cette méthodologie, on propose le croisement de critères de tables disposés pour les principales organisations internationales

³² Classification utilisée dans l'élaboration des statistiques du commerce agricole: OMC, Résultats du commerce des produits agricoles des pays en développement, 1998-1999. Note d'information du Secrétariat, Révision, G/AG/NG/S/6/Rev.1, 31 janvier 2001. In: LUFF, D. **Le droit de l'OMC**. Analyse critique. Bruylant: LGDJ, 2004, p. 139.

³³ PENOUIL, M., **Socio-économie du sous-développement**, Paris, Dalloz, 1979, p. 95. (NAHAVANDI, p. 56)

³⁴ Il y a une partie de la doctrine qui n'est pas d'accord avec cette ligne, une fois qui pour eux, la libéralisation commerciale n'est pas le objectif principal de l'organisation. Ils défendent l'avis de que la libéralisation est une instrument pour la réussite du réel objectif de améliorer le niveaux de vie et de développement de ses membres. NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 59.

afin d'arriver à une liste plus proche de la réalité qui est la chose qui importe réellement dans une recherche de caractère scientifique.

La méthodologie utilisée partira donc du mélange de tous les tableaux et critères des principales organisations internationales et à partir de cela on arrivera a une liste de pays en développement.

D'abord, on commence pour la construction de une table général de croisement de critères:

Table 1 – Critères mélanges (150)

PAYS ET DATE D'ADHESION	ONU	PNUD	G77	CNU CED	BANQUE MONDIAL	AUTO ELECTION - PD
Albania 8 September 2000				CIS		
Angola 23 November 1996	LDC	PED	X	MPE		
Antigua and Barbuda 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI	
Argentina 1 January 1995		PED	X		HI	
Armenia 5 February 2003	LLCD			CIS		
Australia 1 January 1995		OECD*		PD		X
Austria 1 January 1995		OECD*		PD		X
Bahrain, Kingdom of 1 January 1995		PED	X	MPE	HI	
Bangladesh 1 January 1995	LDC	PED	X		LI	
Barbados 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI	
Belgium 1 January 1995		OECD*		PD		X
Belize 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Benin 22 February 1996	LDC	PED	X		LI	
Bolivia 12 September 1995	LLCD	PED	X		MI	
Botswana 31 May 1995	LLCD	PED	X		MI	
Brazil 1 January 1995		PED	X	MEM	MI	
Brunei Darussalam 1 January 1995		PED	X	MPE	HI	
Bulgaria 1 December 1996				CIS		X
Burkina Faso 3 June 1995	LDC/LLCD	PED	X		LI	
Burundi 23 July 1995	LDC/LLCD	PED	X		LI	
Cambodia 13 October 2004	LDC	PED	X		LI	
Cameroon 13 December 1995		PED	X		LI	
Canada 1 January 1995		OECD*		PD		X
Central African Republic 31 May 1995	LDC/LLCD	PED	X		LI	
Chad 19 October 1996	LDC/LLCD	PED	X		LI	
Chile 1 January 1995		PED	X		HI	
China 11 December 2001		PED	X	MEM	LI	
Colombia 30 April 1995		PED	X		MI	
Congo 27 March 1997		PED	X	MPE	LI	
Costa Rica 1 January 1995		PED	X		MI	
Côte d'Ivoire 1 January 1995		PED	X		LI	

Croatia 30 November 2000				CIS		
Cuba 20 April 1995	SIDS	PED	X		MI	
Cyprus 30 July 1995		PED		PD		X
Czech Republic 1 January 1995		OECD		PD		X
Democratic Republic of the Congo 1 January 1997	LDC	PED	X		LI	
Denmark 1 January 1995		OECD*		PD		X
Djibouti 31 May 1995	LDC	PED	X		LI	
Dominica 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Dominican Republic 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI	
Ecuador 21 January 1996		PED	X		MI	
Egypt 30 June 1995		PED	X		MI	
El Salvador 7 May 1995		PED	X		MI	
Estonia 13 November 1999				PD		X
European Communities 1 January 1995				PD		
Fiji 14 January 1996	SIDS	PED	X		MI	
Finland 1 January 1995		OECD*		PD		X
Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM) 4 April 2003		CIS				
France 1 January 1995		OECD*		PD		X
Gabon 1 January 1995		PED	X	MPE	MI	
The Gambia 23 October 1996	LDC	PED	X		LI	
Georgia 14 June 2000				CIS		
Germany 1 January 1995		OECD*		PD		X
Ghana 1 January 1995		PED	X		LI	
Greece 1 January 1995		OECD*		PD		X
Grenada 22 February 1996	SIDS	PED	X		HI	
Guatemala 21 July 1995		PED	X		MI	
Guinea 25 October 1995	LDC	PED	X		LI	
Guinea Bissau 31 May 1995	LDC/ SIDS	PED	X		LI	
Guyana 1 January 1995	SIDS	PED	X		LI	
Haiti 30 January 1996	LDC/ SIDS	PED	X		LI	
Honduras 1 January 1995		PED	X		LI	
Hong Kong, China 1 January 1995		PED		MEM	HI	
Hungary 1 January 1995		OECD		PD		X
Iceland 1 January 1995		OECD*		PD		
India 1 January 1995		PED	X	MEM	LI	
Indonesia 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI	
Ireland 1 January 1995		OECD*		PD		X
Israel 21 April 1995				PD		
Italy 1 January 1995		OECD*		PD		X
Jamaica 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI	
Japan 1 January 1995		OECD*		PD		X
Jordan 11 April 2000		PED	X		MI	
Kenya 1 January 1995		PED	X			
Korea, Republic of 1 January 1995		PED/OECD*	X	MEM	HI	
Kuwait 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI	
Kyrgyz Republic 20 December 1998	LLCD			CIS		

	?					
Latvia 10 February 1999				PD		X
Lesotho 31 May 1995	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
Liechtenstein 1 September 1995				PD		
Lithuania 31 May 2001				PD		X
Luxembourg 1 January 1995		OECD*		PD		X
Macao, China 1 January 1995					HI	
Madagascar 17 November 1995	LDC	PED	X		LI	
Malawi 31 May 1995	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
Malaysia 1 January 1995		PED	X	MEM	MI	
Maldives 31 May 1995	LDC/ SIDS	PED	X		MI	
Mali 31 May 1995	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
Malta 1 January 1995				PD		X
Mauritania 31 May 1995	LDC	PED	X		LI	
Mauritius 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Mexico 1 January 1995		PED/OE CD		MEM	HI	
Moldova 26 July 2001	LLCD			CIS		
Mongolia 29 January 1997	LLCD	PED	X		LI	
Morocco 1 January 1995		PED	X		MI	
Mozambique 26 August 1995	LDC	PED	X		LI	
Myanmar 1 January 1995	LDC	PED	X		LI	
Namibia 1 January 1995		PED	X		MI	
Nepal 23 April 2004	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
Netherlands — For the Kingdom in Europe and for the Netherlands Antilles 1 January 1995		OECD*		PD	HI	X
New Zealand 1 January 1995		OECD*		PD		X
Nicaragua 3 September 1995		PED	X		LI	
Niger 13 December 1996	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
Nigeria 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI	
Norway 1 January 1995		OECD*		PD		X
Oman 9 November 2000		PED	X	MPE	HI	
Pakistan 1 January 1995		PED	X		LI	
Panama 6 September 1997		PED	X		MI	
Papua New Guinea 9 June 1996	SIDS	PED	X		LI	
Paraguay 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI	
Peru 1 January 1995		PED	X		MI	
Philippines 1 January 1995		PED	X	MEM	LI	
Poland 1 July 1995		OECD		PD		X
Portugal 1 January 1995		OECD*		PD		X
Qatar 13 January 1996		PED	X	MPE*	HI	
Romania 1 January 1995				CIS		X
Rwanda 22 May 1996	LDC/ LLCD	PED	X		LI	

Saint Kitts and Nevis 21 February 1996		PED	X		HI	
Saint Lucia 1 January 1995		PED	X		HI	
Saint Vincent & the Grenadines 1 January 1995		PED	X		MI	
Saudi Arabia 11 December 2005		PED	X	MPE*	HI	
Senegal 1 January 1995	LDC	PED	X		LI	
Sierra Leone 23 July 1995	LDC	PED	X		LI	
Singapore 1 January 1995	SIDS	PED	X	MEM	HI	
Slovak Republic 1 January 1995		OECD		PD		X
Slovenia 30 July 1995				PD		X
Solomon Islands 26 July 1996	LDC/ SIDS	PED	X		LI	
South Africa 1 January 1995		PED	X		MI	
Spain 1 January 1995		OECD*		PD		X
Sri Lanka 1 January 1995		PED	X		LI	
Suriname 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Swaziland 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI	
Sweden 1 January 1995		OECD*		PD		X
Switzerland 1 July 1995		OECD*		PD		
Chinese Taipei 1 January 2002						
Tanzania 1 January 1995		PED	X			
Thailand 1 January 1995		PED	X	MEM	MI	
Togo 31 May 1995	LDC	PED	X		LI	
Trinidad and Tobago 1 March 1995	SIDS	PED	X	MPE	HI	
Tunisia 29 March 1995		PED	X		MI	
Turkey 26 March 1995		PED/OECD		MEM	MI	
Uganda 1 January 1995	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
United Arab Emirates 10 April 1996		PED	X	MPE*	HI	
United Kingdom 1 January 1995		OECD*		PD		X
United States of America 1 January 1995		OECD*		PD		X
Uruguay 1 January 1995		PED	X		HI	
Venezuela (Bolivarian Republic of) 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI	
Viet Nam 11 January 2007		PED	X		LI	
Zambia 1 January 1995	LDC/ LLCD	PED	X		LI	
Zimbabwe 5 March 1995	LLCD	PED	X		LI	

Sigles:

CIS = Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States

HI = per capita current GDP above US\$ 4,500: High income

LDC = Least Developed Countries

LI = per capita current GDP below US\$ 1000: Low income

LLCD = Landlocked Developing States

MEM = Major Exporters of Manufactures

MI = per capita current GDP between US\$ 1000 and US\$ 4,500: Middle income

MPE = Major Petroleum Exporters

OECD* = high-income OECD countries

PD = Pays développé

PED = Pays en développement
 SIDS = Small Island Developing States

Après l'élaboration de cette table on coupera les pays considérés comme moins avancés (LDC), car on sait que l'OMC utilise cette liste comme son critère officiel.

Table 2 – Enlèvement des PMA (LDCs) (119)

PAYS ET DATE D'ADHESION	ONU	PNUD	G77	CNUCED	BANQUE MONDIAL	AUTO ELECTION - PD
Albania 8 September 2000				CIS		
Antigua and Barbuda 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI	
Argentina 1 January 1995		PED	X		HI	
Armenia 5 February 2003	LLCD			CIS		
Australia 1 January 1995		OECD*		PD		X
Austria 1 January 1995		OECD*		PD		X
Bahrain, Kingdom of 1 January 1995		PED	X	MPE	HI	
Barbados 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI	
Belgium 1 January 1995		OECD*		PD		X
Belize 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Bolivia 12 September 1995	LLCD	PED	X		MI	
Botswana 31 May 1995	LLCD	PED	X		MI	
Brazil 1 January 1995		PED	X	MEM	MI	
Brunei Darussalam 1 January 1995		PED	X	MPE	HI	
Bulgaria 1 December 1996				CIS		X
Cameroon 13 December 1995		PED	X		LI	
Canada 1 January 1995		OECD*		PD		X
Chile 1 January 1995		PED	X		HI	
China 11 December 2001		PED	X	MEM	LI	
Chinese Taipei 1 January 2002						
Colombia 30 April 1995		PED	X		MI	
Congo 27 March 1997		PED	X	MPE	LI	
Costa Rica 1 January 1995		PED	X		MI	
Côte d'Ivoire 1 January 1995		PED	X		LI	
Croatia 30 November 2000				CIS		
Cuba 20 April 1995	SIDS	PED	X		MI	
Cyprus 30 July 1995		PED		PD		X
Czech Republic 1 January 1995		OECD		PD		X
Denmark 1 January 1995		OECD*		PD		X
Dominica 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Dominican Republic 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI	
Ecuador 21 January 1996		PED	X		MI	
Egypt 30 June 1995		PED	X		MI	
El Salvador 7 May 1995		PED	X		MI	
Estonia 13 November 1999				PD		X
European Communities 1 January 1995				PD		
Fiji 14 January 1996	SIDS	PED	X		MI	
Finland 1 January 1995		OECD*		PD		X

Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM) 4 April 2003		CIS				
France 1 January 1995		OECD*		PD		X
Gabon 1 January 1995		PED	X	MPE	MI	
Georgia 14 June 2000				CIS		
Germany 1 January 1995		OECD*		PD		X
Ghana 1 January 1995		PED	X		LI	
Greece 1 January 1995		OECD*		PD		X
Grenada 22 February 1996	SIDS	PED	X		HI	
Guatemala 21 July 1995		PED	X		MI	
Guyana 1 January 1995	SIDS	PED	X		LI	
Honduras 1 January 1995		PED	X		LI	
Hong Kong, China 1 January 1995		PED		MEM	HI	
Hungary 1 January 1995		OECD		PD		X
Iceland 1 January 1995		OECD*		PD		
India 1 January 1995		PED	X	MEM	LI	
Indonesia 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI	
Ireland 1 January 1995		OECD*		PD		X
Israel 21 April 1995				PD		
Italy 1 January 1995		OECD*		PD		X
Jamaica 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI	
Japan 1 January 1995		OECD*		PD		X
Jordan 11 April 2000		PED	X		MI	
Kenya 1 January 1995		PED	X			
Korea, Republic of 1 January 1995		PED/ OECD*	X	MEM	HI	
Kuwait 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI	
Kyrgyz Republic 20 December 1998	LLCD ?			CIS		
Latvia 10 February 1999				PD		X
Liechtenstein 1 September 1995				PD		
Lithuania 31 May 2001				PD		X
Luxembourg 1 January 1995		OECD*		PD		X
Macao, China 1 January 1995					HI	
Malaysia 1 January 1995		PED	X	MEM	MI	
Malta 1 January 1995				PD		X
Mauritius 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Mexico 1 January 1995		PED/ OECD		MEM	HI	
Moldova 26 July 2001	LLCD			CIS		
Mongolia 29 January 1997	LLCD	PED	X		LI	
Morocco 1 January 1995		PED	X		MI	
Namibia 1 January 1995		PED	X		MI	
Netherlands — For the Kingdom in Europe and for the Netherlands Antilles 1 January 1995	OEC D*		PD	HI	X	
New Zealand 1 January 1995		OECD*		PD		X
Nicaragua 3 September 1995		PED	X		LI	
Nigeria 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI	
Norway 1 January 1995		OECD*		PD		X
Oman 9 November 2000		PED	X	MPE	HI	
Pakistan 1 January 1995		PED	X		LI	

Panama 6 September 1997		PED	X		MI	
Papua New Guinea 9 June 1996	SIDS	PED	X		LI	
Paraguay 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI	
Peru 1 January 1995		PED	X		MI	
Philippines 1 January 1995		PED	X	MEM	LI	
Poland 1 July 1995		OECD		PD		X
Portugal 1 January 1995		OECD*		PD		X
Qatar 13 January 1996		PED	X	MPE*	HI	
Romania 1 January 1995				CIS		X
Saint Kitts and Nevis 21 February 1996		PED	X		HI	
Saint Lucia 1 January 1995		PED	X		HI	
Saint Vincent & the Grenadines 1 January 1995	PED	X		MI		
Saudi Arabia 11 December 2005		PED	X	MPE*	HI	
Singapore 1 January 1995	SIDS	PED	X	MEM	HI	
Slovak Republic 1 January 1995		OECD		PD		X
Slovenia 30 July 1995				PD		X
South Africa 1 January 1995		PED	X		MI	
Spain 1 January 1995		OECD*		PD		X
Sri Lanka 1 January 1995		PED	X		LI	
Suriname 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI	
Swaziland 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI	
Sweden 1 January 1995		OECD*		PD		X
Switzerland 1 July 1995		OECD*		PD		
Tanzania 1 January 1995		PED	X			
Thailand 1 January 1995		PED	X	MEM	MI	
Trinidad and Tobago 1 March 1995	SIDS	PED	X	MPE	HI	
Tunisia 29 March 1995		PED	X		MI	
Turkey 26 March 1995		PED/ OECD		MEM	MI	
United Arab Emirates 10 April 1996		PED	X	MPE*	HI	
United Kingdom 1 January 1995		OECD*		PD		X
United States of America 1 January 1995		OECD*		PD		X
Uruguay 1 January 1995		PED	X		HI	
Venezuela (Bolivarian Republic of) 1 January 1995	PED	X	MPE*	HI		
Viet Nam 11 January 2007		PED	X		LI	
Zimbabwe 5 March 1995	LLCD	PED	X		LI	

Le prochain pas sera d'enlever les pays qui ont, pour le critère de l'auto-élection, adopté le statut de pays développé.

Table 3 – Enlèvement des Pds pour auto-élection (86)

PAYS ET DATE D'ADHESION	ONU	PNUD	G77	CNUCED	BANQUE MONDIAL
Albania 8 September 2000				CIS	
Antigua and Barbuda 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI
Argentina 1 January 1995		PED	X		HI
Armenia 5 February 2003	LLCD			CIS	

Bahrain, Kingdom of 1 January 1995		PED	X	MPE	HI
Barbados 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI
Belize 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Bolivia 12 September 1995	LLCD	PED	X		MI
Botswana 31 May 1995	LLCD	PED	X		MI
Brazil 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Brunei Darussalam 1 January 1995		PED	X	MPE	HI
Cameroon 13 December 1995		PED	X		LI
Chile 1 January 1995		PED	X		HI
China 11 December 2001		PED	X	MEM	LI
Chinese Taipei 1 January 2002					
Colombia 30 April 1995		PED	X		MI
Congo 27 March 1997		PED	X	MPE	LI
Costa Rica 1 January 1995		PED	X		MI
Côte d'Ivoire 1 January 1995		PED	X		LI
Croatia 30 November 2000				CIS	
Cuba 20 April 1995	SIDS	PED	X		MI
Dominica 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Dominican Republic 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI
Ecuador 21 January 1996		PED	X		MI
Egypt 30 June 1995		PED	X		MI
El Salvador 7 May 1995		PED	X		MI
European Communities 1 January 1995				PD	
Fiji 14 January 1996	SIDS	PED	X		MI
Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM) 4 April 2003		CIS			
Gabon 1 January 1995		PED	X	MPE	MI
Georgia 14 June 2000				CIS	
Ghana 1 January 1995		PED	X		LI
Grenada 22 February 1996	SIDS	PED	X		HI
Guatemala 21 July 1995		PED	X		MI
Guyana 1 January 1995	SIDS	PED	X		LI
Honduras 1 January 1995		PED	X		LI
Hong Kong, China 1 January 1995		PED		MEM	HI
Iceland 1 January 1995		OECD*		PD	
India 1 January 1995		PED	X	MEM	LI
Indonesia 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI
Israel 21 April 1995				PD	
Jamaica 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI
Jordan 11 April 2000		PED	X		MI
Kenya 1 January 1995		PED	X		
Korea, Republic of 1 January 1995		PED/ OECD*	X	MEM	HI
Kuwait 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI
Kyrgyz Republic 20 December 1998	LLCD ?			CIS	
Liechtenstein 1 September 1995				PD	
Macao, China 1 January 1995					HI
Malaysia 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Mauritius 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Mexico 1 January 1995		PED/ OECD		MEM	HI

Moldova 26 July 2001	LLCD			CIS	
Mongolia 29 January 1997	LLCD	PED	X		LI
Morocco 1 January 1995		PED	X		MI
Namibia 1 January 1995		PED	X		MI
Nicaragua 3 September 1995		PED	X		LI
Nigeria 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI
Oman 9 November 2000		PED	X	MPE	HI
Pakistan 1 January 1995		PED	X		LI
Panama 6 September 1997		PED	X		MI
Papua New Guinea 9 June 1996	SIDS	PED	X		LI
Paraguay 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI
Peru 1 January 1995		PED	X		MI
Philippines 1 January 1995		PED	X	MEM	LI
Qatar 13 January 1996		PED	X	MPE*	HI
Saint Kitts and Nevis 21 February 1996		PED	X		HI
Saint Lucia 1 January 1995		PED	X		HI
Saint Vincent & the Grenadines 1 January 1995	PED	X		MI	
Saudi Arabia 11 December 2005		PED	X	MPE*	HI
Singapore 1 January 1995	SIDS	PED	X	MEM	HI
South Africa 1 January 1995		PED	X		MI
Sri Lanka 1 January 1995		PED	X		LI
Suriname 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Swaziland 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI
Switzerland 1 July 1995		OECD*		PD	
Tanzania 1 January 1995		PED	X		
Thailand 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Trinidad and Tobago 1 March 1995	SIDS	PED	X	MPE	HI
Tunisia 29 March 1995		PED	X		MI
Turkey 26 March 1995		PED/ OECD		MEM	MI
United Arab Emirates 10 April 1996		PED	X	MPE*	HI
Uruguay 1 January 1995		PED	X		HI
Venezuela (Bolivarian Republic of) 1 January 1995	PED	X	MPE *	HI	
Viet Nam 11 January 2007		PED	X		LI
Zimbabwe 5 March 1995	LLCD	PED	X		LI

L'analyse de ce dernier tableau montre que dans la colonne relatif à la CNUCED il y a encore des pays considérés comme développés (PD et CIS). On va donc, enlever ces pays:

Table 4 – Enlèvement des pays PD et CIS de le critère CNUCED (74)

PAYS ET DATE D'ADHESION	ONU	PNUD	G77	CNUCED	BANQUE MONDIAL
Antigua and Barbuda 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI
Argentina 1 January 1995		PED	X		HI
Bahrain, Kingdom of 1 January 1995		PED	X	MPE	HI
Barbados 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI
Belize 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Bolivia 12 September 1995	LLCD	PED	X		MI
Botswana 31 May 1995	LLCD	PED	X		MI

Brazil 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Brunei Darussalam 1 January 1995		PED	X	MPE	HI
Cameroon 13 December 1995		PED	X		LI
Chile 1 January 1995		PED	X		HI
China 11 December 2001		PED	X	MEM	LI
Chinese Taipei 1 January 2002					
Colombia 30 April 1995		PED	X		MI
Congo 27 March 1997		PED	X	MPE	LI
Costa Rica 1 January 1995		PED	X		MI
Côte d'Ivoire 1 January 1995		PED	X		LI
Cuba 20 April 1995	SIDS	PED	X		MI
Dominica 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Dominican Republic 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI
Ecuador 21 January 1996		PED	X		MI
Egypt 30 June 1995		PED	X		MI
El Salvador 7 May 1995		PED	X		MI
Fiji 14 January 1996	SIDS	PED	X		MI
Gabon 1 January 1995		PED	X	MPE	MI
Ghana 1 January 1995		PED	X		LI
Grenada 22 February 1996	SIDS	PED	X		HI
Guatemala 21 July 1995		PED	X		MI
Guyana 1 January 1995	SIDS	PED	X		LI
Honduras 1 January 1995		PED	X		LI
Hong Kong, China 1 January 1995		PED		MEM	HI
India 1 January 1995		PED	X	MEM	LI
Indonesia 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI
Jamaica 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI
Jordan 11 April 2000		PED	X		MI
Kenya 1 January 1995		PED	X		
Korea, Republic of 1 January 1995		PED/ OECD *	X	MEM	HI
Kuwait 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI
Macao, China 1 January 1995					HI
Malaysia 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Mauritius 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Mexico 1 January 1995		PED/ OECD		MEM	HI
Mongolia 29 January 1997	LLCD	PED	X		LI
Morocco 1 January 1995		PED	X		MI
Namibia 1 January 1995		PED	X		MI
Nicaragua 3 September 1995		PED	X		LI
Nigeria 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI
Oman 9 November 2000		PED	X	MPE	HI
Pakistan 1 January 1995		PED	X		LI
Panama 6 September 1997		PED	X		MI
Papua New Guinea 9 June 1996	SIDS	PED	X		LI
Paraguay 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI
Peru 1 January 1995		PED	X		MI
Philippines 1 January 1995		PED	X	MEM	LI
Qatar 13 January 1996		PED	X	MPE*	HI
Saint Kitts and Nevis 21 February 1996		PED	X		HI

Saint Lucia 1 January 1995		PED	X		HI
Saint Vincent & the Grenadines 1 January 1995	PED	X		MI	
Saudi Arabia 11 December 2005		PED	X	MPE*	HI
Singapore 1 January 1995	SIDS	PED	X	MEM	HI
South Africa 1 January 1995		PED	X		MI
Sri Lanka 1 January 1995		PED	X		LI
Suriname 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Swaziland 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI
Tanzania 1 January 1995		PED	X		
Thailand 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Trinidad and Tobago 1 March 1995	SIDS	PED	X	MPE	HI
Tunisia 29 March 1995		PED	X		MI
Turkey 26 March 1995		PED/ OECD		MEM	MI
United Arab Emirates 10 April 1996		PED	X	MPE*	HI
Uruguay 1 January 1995		PED	X		HI
Venezuela (Bolivarian Republic of) 1 January 1995	PED	X	MPE *	HI	
Viet Nam 11 January 2007		PED	X		LI
Zimbabwe 5 March 1995	LLCD	PED	X		LI

Ce dernier tableau (Tableau 4) montre enfin la liste de pays en développement à être considérés en notre recherche. Mais comme on a déjà parlé, ces pays sont très différents et pour ça, on propose une subdivision de ce tableau en pays en développement de premier et deuxième niveau.

Le pays en développement de premier niveau sont ceux considérés comme MEM et MPE pour la CNUCED, c'est-à-dire, ceux qui sont les principaux exportateurs de pétrole et produits manufacturés, et ceux qui ont un revenu considéré HI (*high income*)

Table 5 – Pays en développement de premier niveau (33)

PAYS ET DATE D'ADHESION	ONU	PNUD	G77	CNUCED	BANQUE MONDIAL
Antigua and Barbuda 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI
Argentina 1 January 1995		PED	X		HI
Bahrain, Kingdom of 1 January 1995		PED	X	MPE	HI
Barbados 1 January 1995	SIDS	PED	X		HI
Brazil 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Brunei Darussalam 1 January 1995		PED	X	MPE	HI
Chile 1 January 1995		PED	X		HI
China 11 December 2001		PED	X	MEM	LI
Congo 27 March 1997		PED	X	MPE	LI
Gabon 1 January 1995		PED	X	MPE	MI
Grenada 22 February 1996	SIDS	PED	X		HI
Hong Kong, China 1 January 1995		PED		MEM	HI
India 1 January 1995		PED	X	MEM	LI
Indonesia 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI
Korea, Republic of 1 January 1995		PED/ OECD	X	MEM	HI

		*			
Kuwait 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI
Macao, China 1 January 1995					HI
Malaysia 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Mexico 1 January 1995		PED/ OECD		MEM	HI
Nigeria 1 January 1995		PED	X	MPE*	LI
Oman 9 November 2000		PED	X	MPE	HI
Philippines 1 January 1995		PED	X	MEM	LI
Qatar 13 January 1996		PED	X	MPE*	HI
Saint Kitts and Nevis 21 February 1996		PED	X		HI
Saint Lucia 1 January 1995		PED	X		HI
Saudi Arabia 11 December 2005		PED	X	MPE*	HI
Singapore 1 January 1995	SIDS	PED	X	MEM	HI
Thailand 1 January 1995		PED	X	MEM	MI
Trinidad and Tobago 1 March 1995	SIDS	PED	X	MPE	HI
Turkey 26 March 1995		PED/ OECD		MEM	MI
United Arab Emirates 10 April 1996		PED	X	MPE*	HI
Uruguay 1 January 1995		PED	X		HI
Venezuela (Bolivarian Republic of) 1 January 1995		PED	X	MPE*	HI

Table 6 – Pays en développement de deuxième niveau (41)

PAYS ET DATE D'ADHESION	ONU	PNUD	G77	CNUCED	BANQUE MONDIAL
Belize 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Bolivia 12 September 1995	LLCD	PED	X		MI
Botswana 31 May 1995	LLCD	PED	X		MI
Cameroon 13 December 1995		PED	X		LI
Chinese Taipei 1 January 2002					
Colombia 30 April 1995		PED	X		MI
Costa Rica 1 January 1995		PED	X		MI
Côte d'Ivoire 1 January 1995		PED	X		LI
Cuba 20 April 1995	SIDS	PED	X		MI
Dominica 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Dominican Republic 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI
Ecuador 21 January 1996		PED	X		MI
Egypt 30 June 1995		PED	X		MI
El Salvador 7 May 1995		PED	X		MI
Fiji 14 January 1996	SIDS	PED	X		MI
Ghana 1 January 1995		PED	X		LI
Guatemala 21 July 1995		PED	X		MI
Guyana 1 January 1995	SIDS	PED	X		LI
Honduras 1 January 1995		PED	X		LI
Jamaica 9 March 1995	SIDS	PED	X		MI
Jordan 11 April 2000		PED	X		MI
Kenya 1 January 1995		PED	X		
Mauritius 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Mongolia 29 January 1997	LLCD	PED	X		LI
Morocco 1 January 1995		PED	X		MI
Namibia 1 January 1995		PED	X		MI
Nicaragua 3 September 1995		PED	X		LI

Pakistan 1 January 1995		PED	X		LI
Panama 6 September 1997		PED	X		MI
Papua New Guinea 9 June 1996	SIDS	PED	X		LI
Paraguay 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI
Peru 1 January 1995		PED	X		MI
Saint Vincent & the Grenadines 1 January 1995		PED	X		MI
South Africa 1 January 1995		PED	X		MI
Sri Lanka 1 January 1995		PED	X		LI
Suriname 1 January 1995	SIDS	PED	X		MI
Swaziland 1 January 1995	LLCD	PED	X		MI
Tanzania 1 January 1995		PED	X		
Tunisia 29 March 1995		PED	X		MI
Viet Nam 11 January 2007		PED	X		LI
Zimbabwe 5 March 1995	LLCD	PED	X		LI

Après la présentation des pays que l'on considérera comme en développement, il faut maintenant travailler plus précisément sur les aspects particuliers de ces acteurs du commerce international qui aujourd'hui sont objet de préoccupation de l'OMC, une fois que sa croissance et son importance devant les statistiques du commerce international augmente jour après jour. Le dernier rapport diffuse par l'OMC mentionne cet inquiétude:

« The past year has also further reinforced a major shift in the trading paradigm. Overall, trade growth was strong again in 2005 and the traditional major players like the European Union, Japan and the United States continue to see consistent gains in trading volume. But the real dynamism in trade is to be found in the developing world, where Brazil, China, India, Malaysia, Mexico and Thailand all posted double digit growth in exports. Not only have these emerging markets flexed their growing muscles in the global market place, but Africa too has staked its claim to a bigger share of the pie by posting export growth in excess of 25% in each of the past three years.

[...]

The growing role of developing countries in the WTO dispute settlement process is another indication of how developing countries are participating in the global system. In 2005, developing countries brought 64% of the complaints to the WTO's Dispute Settlement Body, which compares with only 20% in 1997 and just 12% in 1998. Many of the cases brought have been high profile and there is increasing recognition among developing country officials that use of the dispute settlement system can be a highly effective way to enforce their rights. »

RÉFÉRENCES

- BEDJAOUI (M.), **Pour un nouvel ordre économique international**, Paris, PUF, 1978.
- BERGER, P.L., **The Capitalist Revolution**, England, Gower, 1987.
- BERNARD et COLLI, **Dictionnaire économique et financier**, 4e éd, Paris, Éd du Seuil, 1975.
- COLARD-FABREGOULE (C.), **L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)**, Paris, Gualino, 2002.
- DAILLIER et PELLET (Nguyen Quoc Dinh), **D.I.P.**, 6e ed., 2005.
- FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. **RGDIP** 1997.
- LUFF, D. **Le droit de l'OMC**. Analyse critique. Bruylant: LGDJ. 2004.
- MERLE, M., **Sociologie des relations internationales**, Paris, Dalloz, 1982.
- NAHAVANDI, Firouzeh. **Stigmaté**. Introduction à l'étude des pays dits en voie de développement. Bruxelles, Bruylant, 2001.
- NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- PARK, Y.Duk, UMBRICH, G.C., International trade WTO dispute settlement 1995-2000: a statistical analysis, **Journal of International Economic Law**, 2001, 4 (1).
- PENOUIL, M., **Socio-économie du sous-développement**, Paris, Dalloz, 1979.
- PRAXMARER. Perte, Développement. **On the Sociogenesis**. Political Usage and Theoretical Possibilities of a Concept, Thèse 383, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Université de Genève, 1984
- RIST, G., **Le développement, histoire d'une croyance occidentale**, Paris, Presses de sciences po, 1996.
- TEULON, Frédéric. **Problèmes économiques contemporains**. Les pays en développement. Paris, Hachette, 1999.



EFFECTOS PERSONALES DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS. DE ROMA AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

*Carmen Lopez-Rendo Rodriguez**

Resumen

Este trabajo examina la regulación de la guarda y custodia de los hijos en casos de divorcio desde Roma a la actualidad. ¿Quién decide sobre ella? ¿Existían criterios para dicha atribución? ¿Cuáles eran los criterios utilizados? Se analiza la materia en derecho romano, en donde se observa que hasta los emperadores Diocleciano y Maximiano, la regla general atribuía la patria potestad y la guarda y custodia al padre, salvo que existieran justas causas que hicieran oportuno y necesario atribuir la custodia a la madre. A partir de los Emperadores Diocleciano y Maximiano queda al arbitrio judicial, pudiendo atribuirla al padre, madre o a un tercero, sin criterios limitadores que perduran hasta Justiniano, quien en la novela 117 regula los criterios que han de seguirse tanto en los divorcios culpables como en el divorcio de mutuo acuerdo: criterio culpabilístico y de la mayor riqueza. A continuación se estudia la recepción hasta el código civil vigente: Glosadores y comentaristas: Azon, Accursio, Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis, Angelus de Ubaldis de Perusio; Humanismo, iusnaturalismo racionalista y *usus modernus pandectarum* y en el derecho patrio: Partidas 4.19.3 y en el movimiento codificador: los proyectos de código civil de 1821;1836;1851; Ley provisional de Matrimonio Civil; Anteproyecto de Código Civil 1882-1888; Código civil de 1889, reformas por Ley de Divorcio de 11 de septiembre de 1932; ley de 24 de abril de 1958; Ley de 7 de julio de 1981; ley 15/2005 de 8 de julio.

Palabras clave

Familia. Divorcio. Patria potestad. Custodia de los hijos. Arbitrio judicial. Criterios de atribución.

Abstract

This work examines the regulation of the care and custody of children in divorce cases from Rome to the present in the Spanish Civil Code. Who decides on it? Were there criteria for this award? What were the criteria used? Analyzes the regulation in Roman law, where it is noted that even emperors Diocletian and Maximian, generally attributed the custody to the father, unless there were very just cause to do timely and necessary attribute to custody mother. From the Emperors Diocletian and Maximian left to judicial discretion and can attribute it to a father, mother or a third person, without limiting. This regulation persist to Justinian, who in the novel 117 shows the criteria to be followed in divorces both guilty as divorce by mutual consent: criteria of guilt and richer. Then examines the reception to the Civil Code: Glossators and commentators: Azon, Accursio, Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis, Angelus de Ubaldis de Perusio; Humanist, rationalist natural law and *usus modernus pandectarum*; draft civil Code 1821; 1836; 1851; provisional law on Civil Marriage; draft civil code 1882-1888; civil

* Profesora titular de Derecho Romano en la Universidad de Oviedo.

Keywords

Family. Divorce. Custody of children. Judicial discretion. Award criteria.

1. INTRODUCCION

Cuando un matrimonio llega a su fin, uno de los problemas principales que se plantean en las sociedades modernas es el reparto de los derechos y obligaciones sobre los hijos, los tiempos de estancia con los mismos, en definitiva con quien deben vivir los hijos, quien debe educarlos y alimentarlos. En nuestro Código civil español, este reparto de derechos, obligaciones, tiempos de conveniencia se ha venido denominado custodia de los hijos. En el Código civil español se distingue entre patria potestad y custodia de los hijos.

Este problema no es nuevo de las sociedades modernas. Ya en los derechos antiguos se examinó el mismo y se adoptaron diferentes soluciones según las épocas que examinaré en este trabajo desde Roma hasta el derecho vigente en el Código civil español. En todas estas etapas hay un denominador común, que parte de considerar que se trata de una materia que queda al arbitrio judicial, en caso de desacuerdo entre las partes.

2. DERECHO ROMANO

Con carácter previo al examen de la regulación existente en materia de guarda y custodia de los hijos, una vez producido el divorcio de los padres, creo conveniente examinar que se entendía por familia en el derecho romano, y cuales eran sus caracteres que configuran en definitiva las variadas soluciones que se van a adoptar en esta materia en las diferentes épocas.

La familia se concibe en el derecho romano como un organismo, como un *-corpus-* en un texto de Ulpiano que nos transmite D. 50,16 195,2: *Ulpiani. Libro XLVI ad edictum: Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum, aut communi universae cognationis continetur.*

La familia romana en sentido estricto o *FAMILIA IURE PROPIO DICTA*, se presenta como un núcleo de personas unidas entre sí por la autoridad *-MANUS, POTESTAS, MANCIPIUM-* que una de ellas, el cabeza de familia *-PATER FAMILIAS-* ejercita sobre las demás con unos fines que trascienden el mero orden doméstico¹.

¹ En orden a la concepción de la familia romana, seguimos las ideas de Bonfante y continuadores. SOLAZZI, S. *Diritto ereditario Romano*. Napoli, 1931, p. 158 y ss.; DE MARTINO, *accepta*

En las fuentes jurídicas aparece por primera y única vez un concepto de familia en un texto de Ulpiano, en sus comentarios al Libro XLVI *ad Edictum* que nos transmite D. 50,16, 195,2, quien define a la *FAMILIA PROPRIO IURE* en los siguientes términos:

Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt SUB UNIUS POTESTATE AUT NATURA, AUT IURE SUBIECTAE, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et reptes et deinceps.

Como se puede observar de la definición de Ulpiano, el factor esencial que determina la pertenencia a la familia y que une a las personas que la forman, no es como en la familia moderna, la consanguinidad, sino la sujeción o el sometimiento a la autoridad *-unius potestate subiectae-*, siendo indiferente que este sometimiento se produzca por vía de nacimiento *-aut natura-* o por actos jurídicos *-aut iure-*. En otros términos, en el sentido originario de la familia, predomina el parentesco civil o potestad *-agnatio-* sobre el parentesco natural o vínculo de consanguinidad *-cognatio-*; de ahí que pertenezcan a la familia: la madre de familia, el hijo, la hija de familia y los sucesivos como nietos, nietas, y los otros descendientes, adoptados, y adrogados. Por ello en la familia romana, conviene distinguir un sujeto activo, en cuanto titular del señorío sobre la familia *-potestas-* y unos sujetos pasivos, en el sentido de personas sometidas a la autoridad del jefe de familia.

El sujeto activo, es el cabeza de familia, denominado en las fuentes *PATER FAMILIAS*². Esta persona es declarada *sui iuris* e independiente y, por

la Teoría Política especialmente respecto a la *GENS*, encuadrándola dentro de los cambios económicos y sociales. Vid: **Storia della costituzione romana**. I, Napoli, 1958, p. 18 y ss; "La Gens, lo Stato e le classi in Roma Antica", en **Studi in onore Arangio Ruiz IV**, Napoli, 1953, p. 25 y ss. NNDI, s.v. *FAMIGLIA*, VII, p. 42 y ss donde afirma el valor patrimonial y parental del término *FAMILIA*. DE FRANCISCI, P. "Dal Regnum alla Republica", en **SDHI X**, (1944), p. 153 y ss. Respecto a la adhesión de De Francisci al naturalismo jurídico Bonfantiano, vid: **Arcana Imperii**, I, Roma, 1970, p. 39. Renuncia expresamente a la Teoría Política, respecto a la familia, no respecto de la Gens en "*Primordia Civitas*". Roma, 1959, p. 153, n. 272. Vid. "La comunità sociale e politica primitiva", en **SDHI. XXII**, (1956), p. 4 y ss. GROSSO, G. "Problema di origine e costruzione Giuridica" en **Studi**, Arangio Ruiz I, Napoli, 1953, p. 33 y ss.; "Lezioni di Storia del Diritto Romano", 5 ediz. (1965), p. 12 y ss. DENOYEZ, J. **Le Paterfamilias et l'évolution de sa position**. Synteleia Arangio Ruiz, Napoli, 1964, p. 441-449. GIOFFREDI, C. **Diritto e Processo nelle antiche forme giuridiche romane**. Roma, 1955, p. 198-215. DE VISSCHER, ("Mancipium et Res Mancipi" en **SDHI. II**, (1936), p. 263 y ss) CORNIL, C. "Une orientation nouvelle des recherches sur les origines de la Famille et de la Propriété en Droit Romain" en **SHD XVI**, (1937), p. 352 y ss. FREZZA, "Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico Diritto Romano" en **SDHI. IV**, (1938), p. 363-428; V, (1939), p. 161-201. "Intorno alla legenda dei Fabi al Cremera" en **Scritti in memoria di Ferrini**, Milano, 1946, p. 297.

² D, 50. 16. 195.2: "*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat, non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus, denique et pupillum patrem familias appellamus*". Según SIBER (**Röm. Priv. R.** Ob. cit, p. 33), el texto se encuentra interpolado en la expresión "*In domo ... appellatur*", la cual debería sustituirse por *SUI*

tanto tiene potestad propia sin sometimiento al IUS ni a la POTESTAS de nadie. Este poder, que los juristas romanos presentan como un *IUS PROPRIUM CIVIUM ROMANORUM*³, destacando que no existe ningún otro pueblo que tenga sobre sus hijos una potestad como esta, es en su origen un poder absoluto, que abarca el "*IUS VITAE ET NECIS* -derecho de vida y muerte-, el -Derecho de vender como esclavo al *filius familias* en territorio extranjero-, el *IUS NOXAE DANDI* -derecho de ceder a otros el *filius familias*- para librarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por el-, el *IUS EXPONENDI*- derecho de exponer al *filius familias* recién nacido⁴.

Cabeza o jefe de familia, solo puede ser el individuo varón del grupo, ya que las mujeres son incapaces de ejercitar la POTESTAS familiar⁵.

IURIS EST y en la frase *NON enim sed et ius demonstramus*, en el mismo sentido BESELER. *Textkristische Studien*. ZSS. 53 (1933) p. 10 y ss.

Pater, era también el antiguo jefe de la GENS; *patres* son los senadores, porque en sus orígenes el senado estaba compuesto por los jefes de las gentes; PATER es el título que se da a la divinidad (Virgilio designa a Jupiter, el padre de los dioses y de los hombres, Neptunus Pater) o a los príncipes de las leyendas antiguas (*Pater Aeneas* en Virgilio). Nótese que aún cuando la palabra "FAMILIAS" se encuentra en genitivo del plural, carece de sentido la traducción "Padre de Familias". La expresión familias es una reminiscencia del genitivo singular arcaico que era en "S", que se utilizaba en vez de "FAMILIAE". Vid. V.I.R., s.v. FAMILIA, Vol. II. Berolini, 1933. Tomo 2, p. 800.

³ GAI I.55: "*Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus, QUOD IUS PROPRIUM CIVIUM ROMANORUM EST; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*"

Vid, entre otros: GALLO, F. "Osservazioni sulla signoria del pater familias in época arcaica." en *Studi De Francisci*, 2. Milano, 1956, p. 211 y ss. Del mismo autor: "Potestas et dominium nell'esperienza giuridica romana" *LABEO* 16 (1970), p. 1 y ss. CAPOGROSSI, L. "Ancora sui poteri del pater familias", en *BIDR* 73 (1970), p. 357 y ss. RABELLO, A. M. **Effetti personali della patria potestas**. I. Milano, 1979. Cfr. CASSINELLO Y CASSINELLO, J. **Historia de la Patria Potestad en el Derecho Romano**, con indicación de las fuentes para el estudio de esta institución en sus diversas épocas, Universidad Central, Madrid, 1873.

⁴ Vid. MORDECHAI RABELLO, A. **Effetti personali della "patria potestas"**. Dalle origini al periodo degli Antonini, A., Milano, 1979.

⁵ El término MATER FAMILIAS indica un título meramente honorífico que en época histórica carece de valor jurídico, siendo utilizado en la vida social para indicar la esposa o madre como sinónimo de matrona. En este sentido tiene gran interés un texto de Ulpiano recogido en D, 50.16.46.1 Ulpianus, Libro LIX *ad edictum*: "*Matrem familias accipere debemus eam, QUAE NON INHONESTE VIXIT: MATREM ENIM FAMILIAS A CETERIS FEMINIS MORES DISCERNUNT, ATQUE SEPARANT. proinde nihil intererit, nupta sit an viuda, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*". Todavía en el uso genuino y antiguo del título era reservado a la mujer del paterfamilias: FESTUS: "*MATERFAMILIAE non ante dicebatur, quam vir eius paterfamilias dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari*." Posteriormente, designa a la esposa, que formase parte de la familia, esto es que estuviese sujeta a la manus del marido o paterfamilias: Cic. Top, 3.14: "*Si ita Fabiae pecunia legata est a viro, si ei viro materfamilias esset; si ea in manum non convenerat, nihil debetur. Genus enim est uxor; eius duae formae; una matrumfamilias, eae sunt quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur*". GELL, NOCT. ATT. 18.6.9: "*MATREM autem FAMILIAS appellatam esse eam solam quae in mariti manu mancipioque aut in eius in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*". GELL, 4,3,3 NONIUS MARC. V: "*Matremfamilias (dictam esse existimant), quae in familia mancipioque sit patria, etsi in mariti*

La misma palabra de derivación arcaica PATER se refiere terminológicamente al que tiene el poder, más que al hecho biológico de la procreación. El paterfamilias puede no tener ni mujer, ni hijos y puede ser *impuber*⁶; por consiguiente, con dicha expresión no se designa solamente su persona, sino también su derecho, es decir, se reduce la esencia del paterfamilias a una mera condición subjetiva, sin duda la más importante para la capacidad jurídica, después de los requisitos de libertad y de ciudadanía.

A diferencia del PATER FAMILIAS, los miembros sujetos al poder del jefe, se denominan *PERSONAE ALIENI IURIS* o *ALIENAE POTESTATI SUBIECTAE* o simplemente *PERSONAE ALIENI IURIS*, esto es, personas sujetas al *IUS* y a la *POTESTAS* de otros. Ya GAYO, nos dice en sus Instituciones: GAI I,48: "*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae SUI IURIS SUNT, quaedam ALIENO IURE SUBIECTAE SUNT*".

Además, entre estas personas sujetas al derecho ajeno, sigue Gayo⁷ en sus instituciones, unas lo están a la *POTESTAS*, otras a la *MANUS* y otras al *MANCIPIUM*, distinguiéndose por consiguiente, dos clases de personas *alieni iuris*: los *liberi in potestate o filii familias* y los esclavos- *servi*⁸.

matrimonio esset". Vid. V.I.R., tomo 3, p. 812. Si bien como afirma ULPIANO en D 50, 16 195,5 "*Mulier autem familiae suae et caput, et finis est.*" SIBER R.P.R., p. 33, sostiene interpolado la palabra "SUAE". Vid. CARCATERRA, A. Mater familias. AG. 123, (1940), p. 113 y ss. KUNKEL, W. s.v. Mater familias. en *Paulys Realencyclopädie der classischen altertumswissenschaft*. Stuttgart, 1930, p. 2183-2184.

⁶ D, 1,6, 4 ULPIANUS Libro I Institutionum: "*Patres familiarum sunt, QUI SUNT SUAE POTESTATIS SIVE PUBERES SIVE IMPUBERES*". Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., **Derecho Público Romano**, cit., p. 77 y ss. Señala este autor: "En sentido técnico jurídico, en Roma *paterfamilias* era el que no estaba sometido a potestad ajena. De ahí que no se identifique necesariamente el término con el de padre en sentido biológico y moderno. Si el *paterfamilias* era menor de edad estaría sometido a tutela durante la minoría de edad legal, por lo que tendría limitada no su capacidad jurídica, pero sí su capacidad de obrar hasta que no saliese de la tutela. Cabía asimismo que el *paterfamilias* no estuviese casado o no tuviese descendientes, lo que no le impedía ostentar tal título ni la plena capacidad jurídica y de obrar que se reconocía a quienes tenían tal condición." En esta misma línea, señala MIQUEL, J., en **Instituciones de Derecho Privado Romano**, PPU, Barcelona, 1986, p. 103, que "el vínculo de sangre no es aquí el hecho decisivo [...]. *Paterfamilias* no es, pues, «progenitor», sino, simplemente, «cabeza de familia». En realidad, para ser *paterfamilias*, ni siquiera hace falta que tenga personas sometidas a su potestad. Basta, simplemente, que él mismo no esté sometido a la potestad de otra persona. De este modo, la palabra *paterfamilias* adquiere, como se ha dicho con sal, un cierto carácter «honorífico»: hasta el *impuber* será llamado *paterfamilias*, si no está sometido a la potestad de otra persona". Id. **Curso de Derecho Romano**, PPU, Barcelona, 1987, p. 103.

⁷ GAI I, 49: "*Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt*". Vid. TORRENT, A. **Manual de Derecho Privado Romano**. Zaragoza 1987, p. 514 y ss, el cual observando la información de Gayo, cuestiona el problema del concepto unitario de la Patria Potestad, ya que el mismo aparece como una fusión de tres situaciones: Potestas, Manus y Mancipium que le conducen a plantearse el problema de la naturaleza y origen de la misma.

⁸ DE FRANCISCI, P., **Síntesis Histórica del Derecho Romano**, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 154, afirma: "al correr del tiempo, cuando las diversas manifestaciones de

Al igual que el término PATER FAMILIAS y MATER FAMILIAS, el nombre de FILIUS FAMILIAS y FILIA FAMILIAS, tiene el mero valor de título que designa una condición jurídica, para lo cual lo esencial es el sometimiento al Paterfamilias y no el parentesco o vínculo de sangre. La prueba de ello se ve en que con el título de FILIUS FAMILIAS se designa tanto al hijo como al nieto o al bisnieto y al extraño adoptado o adrogado que ocupa el puesto de hijo o nieto, y el título de FILIA FAMILIAS corresponde a la mujer del PATER FAMILIAS o de los FILII FAMILIAS sometidos al primero, que hayan entrado en la familia por medio de la *CONVENTIO IN MANUM*⁹.

En este contexto de familia, en el que el poder sobre todos los miembros lo ostentaba el *paterfamilias*, es perfectamente comprensible que el repudio y el divorcio de los padres no implicase modificación alguna en cuanto a la relación con los *filiifamilias* que continuarían bajo la potestad del *paterfamilias*, quedando en su compañía y siendo alimentados por el mismo¹⁰, es decir tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad correspondía en exclusiva al *paterfamilias*, sin limitación alguna y los *filiifamilias* conservaban todo los derechos que tenían durante el matrimonio de aquellos. La ruptura de la relación matrimonial de sus padres no tenía repercusión jurídica respecto a los *filiifamilias*¹¹.

El concepto de familia que he enunciado, va variando en etapas posteriores, de tal forma que en las fuentes, se distingue los parientes agnados de los cognados; éstos últimos son aquellas personas ligadas entre sí por víncu-

aquel poder siguieron principios que no eran uniformes del todo respecto a los diversos objetos, empezaron a emplearse expresiones diversas, según sus aplicaciones. El señorío sobre las cosas, en un principio *manus* o *mancipium*, se designó con el nombre de *dominium* [...]. En cuanto se refiere al señorío sobre las personas que componían el grupo se distinguió: la potestad sobre la mujer que había entrado a formar parte de la familia y se sometía a su jefe o cabeza, casándose con él o con algún *filiifamilias*; la potestad ejercida sobre sus *filiifamilias*; la ejercida sobre los esclavos, y, en fin, la ejercida sobre aquellos ciudadanos romanos reducidos a la condición de servidumbre de hecho frente al *paterfamilias* (así, los *filiifamilias* ajenos vendidos a un *paterfamilias*, y los *noxae dediti*, personas cedidas en expiación de un delito)".

⁹ D, 1.6. 4, ULPANUS, Libro 1 Institutionum: "... *Filii familiarum et filiae quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri*". Vid D, 50, 16, 195, 2.

¹⁰ Vid. ALBERTARIO, E. *Persona e famiglia, Sul diritto agli alimenti*, en *Studi di diritto romano*, I. Milan, 1933, p. 251 ss; BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, trad. Española de Bacci y Larrosa. Madrid, 1929, reimpresión 1965, p. 201. WYCISK, F. "Alimenta et victus dans le droit romain classique", en *RH* 50, 1972, 205 y ss. BURDESE, A. *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 -*Obblighi alimentari*- p. 596; ALBURQUERQUE, J. M. "Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)", *RGDR* 3, Madrid 2004; Id. "Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio", *RGDR* 6, Madrid 2006; Id. "Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et rictus*". *RGDR* 4, Madrid 2005 p. 1 y ss.

¹¹ Vid. VOLTERRA, *Sui mores della famiglia romana*, en *Rediconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, sr VIII 4, 1949, pp.521 ss. FERNANDEZ DE BUJAN, A. *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho Español*, Madrid 1981.

los de sangre¹². A diferencia de la agnación, la cognación no tiene en consideración la sujeción al poder de una persona determinada, sino que se basa únicamente en el hecho biológico de la procreación, de ahí que también son cognados: los parientes por línea femenina, esto es, las madres respecto de los hijos y viceversa; los hijos no legítimos respecto a sus padres naturales, tanto los denominados naturales en sentido propio, como los adulterinos, y los hijos emancipados respecto a su familia de sangre.

El paso de una familia a otra es producto de un desarrollo histórico, social y político, coexistiendo ambas familias a lo largo de todo el derecho romano. A la vez fueron mitigándose las excepcionales facultades del *paterfamilias*, especialmente a partir del siglo I d. C. Las orientaciones tuitivas de la patria potestad, entendidas como un derecho y un deber de protección y asistencia¹³, fueron atemperando y delimitando la disciplina potestativa paterna y favoreciendo una protección más amplia a los hijos, y en general, a todo el grupo familiar¹⁴.

En este contexto y en la época clásica tardía empiezan a aparecer las primeras medidas que afectan a lo que nosotros conocemos en la actualidad como guarda y custodia de los hijos de matrimonio de divorciados.

Las medidas que encontramos en esta materia parece ser que fueron adoptadas a partir de Antonino Pío y tenemos noticias de ellas, a través de las referencias que nos transmite Ulpiano en los siguientes textos contenidos en el Digesto:

D. 43.30.1.pr y 3. *Ulpianus Libro LXXI ad edictum:*

*pr. Ait praetor: "Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas"*¹⁵.

3. Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet

¹² D. 38.10. 4.1 Modestinus, Libro XII Pandectarum: "*Cognati ab eo dici putantur, QUOD QUASI UNA COMMUNITERVE NATI, VEL AD EODEM ORTI PROGENITIVE SINT.*" D. 38, 8, 1, 1 Ulpianus, Libro XLVI, ad Edictum: "*Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi COMMUNE NASCENDI INITIUM HABUERINT.*". Bibliografía sumaria sobre *Cognatio*, vid: PEROZZI. "Circa il limite della cognazione in Roma", *Studi Brugi*, Palermo, 1910, p. 269 y ss.; SCHERILLO, G. "Sul tractatus de gradibus cognationum", en *Studi Cagliari*, XVIII (1931); MASCHI. *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Milano, 1942, p. 123 y ss.; CASTELLO, Ob. cit.; y GUARINO, Obs. cit.

¹³ Sobre la patria potestad como *officium* –deber de protección y asistencia– cfr. KASER M. "Der Inhalt der patria potestas", *ZSS* 58, 1938, p. 62 y ss

¹⁴ Cfr. ALBUQUERQUE, J. M. *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. *Iuris Tantum*, nº 16., Universidad Anáhuac, México, junio 2005.

¹⁵ Vid. *Index Interpolationum*. Levy-Rabel, T. III, Weimar, 1935, p. 319 en donde se estima interpolado en <manu mancipio>.

*causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequae subveniendum ei erit per exceptionem*¹⁶.

D. 43.30.3.5. Ulpianus, Libro LXXI ad Edictum:

*Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*¹⁷.

D. 43. 30.6. Ulpianus, Libro LXXI ad Edictum:

In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.

Estos textos hacen referencia a los interdictos de *liberis exhibendis* y de *liberis ducendis*¹⁸.

¹⁶ Vid. Index Interpolationum. Levy-Rabel, T. III, Weimar, 1935, p. 320. DONATUTI. "Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici", en *Ann. Fac. giurispr. Univ. Perugia*, 33, 1921, p. 413 sostiene interpolado "*apud quam-causa*". LONGO, G. "Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias", en *BIDR* 40, 1932, p. 218 y ss, considera interpolado el texto desde *apud quam* hasta el final. RICCOBONO. "Dal diritto romano classico al diritto moderno. A propósito del fr.14 D.X,3 Paulus III <ad Plautium>" en *Ann. Sem. giu. Univ. Palermo* 3-4, 1917, p. 603, n. 4, el mismo artículo está recogido en *Scritti di diritto romano II*, Palermo 1964, p. 380, n. 157. NIEDERMEYER, "Studien zum edictum Carbonianum", en *ZSS* 50, 1930, p. 122, quienes estimas interpolado desde *ex hasta causa*. En sentido contrario a la crítica interpolacionista se han pronunciado LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem, I. Premesse di metodo, I c.d rimedi pretorio*, Bologna, 1965, p. 233. n. 1, seguido por RABELLO, *Effetti personali della patri potestas in diritto romano*, Jerushalaim, 1971 y por HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et social*, Paris, 1969.

¹⁷ Este texto también ha sufrido ataques por parte de la crítica interpolacionista que pueden verse entre otros en INDEX INTERPOLATIONUM, Ob. cit., p. 321. NIEDERMEYER, Studien, cit *ZSS* 50, p. 122, observa la intervención de los compiladores desde *etiamsi-esse* y en el inciso *causa cognita*. BESELER, *ZSS* 43, 1922, p. 424. n. 1, estima interpolado desde *quia* hasta el final. BISCARDI. *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 41 y ss, considera interpolada la frase final *optinuit-moretur*. CICOGNA. La patria potestà in diritto romano. *Studi senesi*, 59, 1945, p. 133 y ss, señala interpolado desde *etiamsi-tamen* y la expresión *causa cognita*. En sentido contrario y a favor de estimar que el texto es genuino se han pronunciado LUZZATTO. *Il problema d'origine del processo extra ordinem, I. Premesse di metodo, I c.d rimedi pretorio*, Bologna, 1965, p. 233. n. 1, seguido por RABELLO, *Effetti personali della patri potestas in diritto romano*, Jerushalaim, 1971, y por HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et social*, Paris, 1969, p. 509, n. 9, considera implícitamente clásico el inciso *causa cognita*.

¹⁸ Vid. BERGER, V. *Interdictum*, n. 11 y 12. PW, IX 2, 1916. c. 1641 y ss; MASI, V. *Interdictum de liberis ducendis (exhibendis)*, NNDI, VIII, 1962, p. 801 y ss. BONINI, R. *Criteri per*

La regla general que puede extraerse de los mismos es que la patria potestad y lo que nosotros denominamos custodia de los hijos que están bajo la potestad del padre continúa correspondiendo al padre. Ahora bien, parece ser que empiezan a vislumbrarse excepciones a esta regla general que se reflejan en D.43.30.1.3 y D.43.30.5 y 6 en virtud de las cuales el magistrado puede acordar que el hijo permanezca viviendo con la madre, sin perjuicio de la patria potestas paterna.

En D.43.30.1.3, se recoge el supuesto que el hijo estuviere retenido por la madre. En este caso, indica que habrá que auxiliarle con la *exceptio*, apelando a un decreto de Antonino Pio y a unos rescriptos de Marco Aurelio y Septimio Severo *-et Divus pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est-*, en virtud de los cuales a veces el hijo debía permanecer con la madre- *morari filium debere-* más bien que en compañía del padre- *ex iustissima scilicet causa-*.

D. 43.30.3.5 destaca *-causa cognita-* la preferencia de la madre para retenerlo, por mas que el padre pruebe que el hijo está bajo su potestad, indicando que esta regla se contiene en algunos Decretos de Antonino Pio, por que logró la madre, por causa de maldad del padre *-ob nequitiam patris-*, que el hijo permaneciese en su compañía *- apud eam filius moretur-* sin disminución de la patria potestad *- ut sine deminutione patriae potestatis-*.

Este texto empieza a establecer diferencia entre patria potestad, y ejercicio de la misma referente a quien se le atribuye la facultad de vivir o morar con el hijo, reconociendo que aun cuando el hijo permanezca viviendo con la madre, ello no significa una disminución de la patria potestad que sobre el mismo continúa ejerciendo el padre.

Bonini¹⁹ destaca que el aspecto mas interesante de los dos textos se encuentra en que los Decretos de Antonino Pio y los sucesivos regulaciones han consentido al magistrado intervenir para proteger a los hijos, después del divorcio de sus padres, no solo para permanecer bajo la potestad paterna, sino también para vivir con el padre.

I´affidamento della prole dei divorziati in diritto romano. AG. 181, 1971, p. 24 ss; LENEL, *Pa-lingenesia Iuris Civilis*, reimpr. de 1960, 2, 95 (Scientia Verlag Aalen 2000); LANFRANCHI, «Ius exponendi» e obbligo alimentari nel diritto romano-classico, cit., p. 6 y ss.; ALBURQUERQUE, “A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano”, en *Iuris Tantum*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, vol. 7, 1996, p. 65 y ss. (= *Derecho y Opinión*, Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales, Universidad de Córdoba, 1995-96, p. 219 y ss; TORRENT, A. *Interdicta de liberis exhibendis item ducendis y cognitio pretoria*. Index N^o. 36, 2008, p. 425-460.

¹⁹ BONINI, R: *Criteri per l´affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG. 181, 1971, p. 27.

Aun cuando la referencia al divorcio no se mencione en los textos, BONINI²⁰ en esta materia estima que se encuentra implícito, tal como ya destacó Bonfante.

Ulpiano en D.43.30.6 menciona unos criterios de atribución interina de la prole mientras se tramita y resuelve la *causae cognitio* a la que se refiere en D.43.30.3.5, de ahí la expresión *–donec res iudicatur–*.

Los criterios establecidos para la atribución interina se refieren al sexo y a la edad de los hijos. De tal forma que mientras recaiga sentencia firme, las mujeres con toga praetexta, así como los que estuvieran próximos a la edad de la preetexta²¹, esto es el que entró en la pubertad, serán depositados interinamente en poder de la *Mater familias*, entendiéndose por esta una mujer de notoria autoridad- *femina notae auctoritatis–*.

Bonini²², tras el examen de estos textos afirma que le parece posible señalar que en el periodo desde Antonino Pio a Septimio Severo se afirma una tendencia a atribuir a la inmoralidad del padre *–nequitia patris–* otra causa para confiar la guarda de los hijos a la madre.

En el año 294 d. c los emperadores Diocleciano y Maximiano dictaron una constitución por la que se regulaba la custodia y alimentación de los hijos, una vez que se había producido el divorcio de los padres, que nos transmite CJ 5,24,1²³ titulado *Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant–*:

*Licet neque nostra neque divorum parentium nostrorum ulla
constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes
divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum*

²⁰ BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG. 181, 1971, p. 27 nota 9.

²¹ El praetextatus es el que lleva la toga praetexta LEWIS & SHORT, *A latin dictionary* eit. s.v. praetextatus p.1436; s.v. toga p. 1875; BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, s.v. toga p. 738; MARQUARDT-MAU, *Das Privatleben der Römer*. 2. eit. p. 124 n. 5; HUNZIKER, s.v. toga, en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, cit. V, p. 349. "a. La toga praetexta es la, toga a la que se ha añadido una orla de púrpura. Esta toga era llevada, además de por determinadas autoridades, por los niños y niñas de las familias nobles, ya que, según nos narran las fuentes literaria Ps. Asc., en *Cie. Ven.* 3, 44. s, los niños de familias pobres llevaban la toga sencilla". En este sentido, cabe destacar cómo el término *praetextatus* es indicador de un determinado rango social POLAY, E. *Iniuria types* (Budapest 1986) p. 112 n. 31 y 159

²² BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG. 181, 1971, p. 28.

²³ Algunos autores han venido afirmando que el rescripto fue situado en el *Codex Hermogenianus*, bajo una rúbrica determinada, nueva respecto al *Codex Gregorianus* y posteriormente reproducida en el *Codex Iustinianus*. Vid. SCHERILLO. "Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano", en *Studi Ratti*. Milano, 1934, p. 310 ss. CENDERELLI, *Ricerca sul <Codex Hermogenianus>*, Milano, 1965, p. 96 y 164. BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG. 181, 1971, p. 30.

apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutrirī debent.

Se trata de un rescripto sancionado el 24 de junio, bajo el mandato de los emperadores Diocleciano y Maximiano en el que responden a una mujer llamada Celestina.

En dicha constitución imperial indican que aunque en ninguna constitución ni de su época ni de sus divinos padres se disponga que la repartición de los hijos se haga entre los padres con arreglo al sexo-, *ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur*-, sino que el Juez competente estimará-*competens tamen iudex aestimabit*-, si, separado el matrimonio -*matrimonio separato* -, deban quedar y ser alimentados los hijos- *filii morari ac nutrirī*- en poder del padre o en el de la madre-, *utrum apud patrem an apud matrem*-²⁴ .

Los aspectos más relevantes de esta constitución imperial podemos sintetizarlos en los siguientes:

1. Arbitrio judicial en la determinación de la atribución de la guarda, custodia y alimentos una vez separados los padres. Los emperadores Diocleciano y Maximiano atribuyen la facultad de decidir sobre la custodia y alimentos, una vez separados los padres, al Juez competente. Es decir se consagra en todo caso, el arbitrio judicial en la decisión de estas cuestiones de custodia y alimentos de los hijos tras la separación de los padres, pudiendo conferirse al padre o a la madre.

2. Inexistencia de criterios legales determinantes de la atribución. La discrecionalidad atribuida al *iudex* es absoluta, sin que el sexo sea criterio determinante de la atribución a favor de uno de los progenitores y en detrimento del otro. Esto no significa que el Juez no pudiera realizar la atribución de la guarda y custodia con fundamento en el criterio del sexo, si estimaba que era lo más prudente tal como afirma Accursio en la glosa a C.5.24²⁵, incluso el Juez podría atribuirles la guarda a ambos o a un tercero.

²⁴ ACCURSIUS. **Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis**. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749.

²⁵ ACCURSIUS. **Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis**. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749: "*Respon. Imp. Et si id nulla lege cautum sit: oportere tamen iudice pro sua prudētia considerare masculini apud patrē, feminae apud mulierem an vero utriq; apud alterum motari educarique debeant*". Accursio en la glosa a *aestimabit d*) señala: "*Taliter dividendo: ut hic, nisi ex aliqua causa in contrarium moueatur. ut de li. exhib. l. 1 § hoc interdicto. & differt hic titulus ab illo Infra ubi pupilli &c. quia hic viuit pater: ibi decessit*".

¿Cual es el criterio al que se refería la postulante Celestina de atribución de la custodia de los hijos a los padres por razón del sexo?. Accursio²⁶ en la glosa a C.5.24 se refiere a la atribución de los hombres al padre y de las mujeres a la madre. En el mismo sentido se pronunciaron posteriormente Gothofredus²⁷ y pothier²⁸.

Bonini²⁹ estima que obviamente se esta refiriendo a la atribución de los varones al padre y de las mujeres a la madre, y Daube³⁰ sostiene que la costumbre de atribuir los varones al padre y las mujeres a la madre era conocida en algún lugar del imperio.

Lo importancia del texto radica en que en caso de *matrimonio separato* y si no existe acuerdo en contrario de los padres, en todo caso, compete al *iudex* estimar quien de los dos – padre o madre- debe tener consigo y alimentar a los hijos. Accursio³¹ va un poco mas allá e interpreta este poder de decisión del juez en el sentido de que pueda incluso atribuirles la obligación de *morari vel educari* a ambos o a un tercero. Accursio en la glosa a *aestimabit*³², toma en consideración el criterio utilizado en el interdicto de *liberis exhibendis*, de tal forma que el juez también puede tener en consideración como criterio general que los hijos continúen viviendo y siendo educados y alimentados por el padre, salvo en casos de una justísima causa que aconseje que la custodia se otorgue a la madre.

²⁶ ACCURSIUS. **Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis.** Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591 En la glosa a inter parentes afirma “*ut apud matrē filiae, apud patrem filii sint*”, además de lo manifestado respecto a la utilización de este criterio por el Juez si lo estimaba prudente.

²⁷ GOTHOFREDUS, D. **Codicis Iustiniani D. N. Sacratissimi principis p. Augusti Repetitae praelectionis libri XII.** Notis Dionysii Gothofredi, Lugduni 1662, col. 419: “*In arbitrio iudicis est, statuere an apud patrem, an apud matrem liberi sunt educandi, apud eum tamen esse debebunt semper cuius innocentia probata fuerit. Nov. 117 cap. 7: et apud matrem interdum satius fuerit liberos educari quam apud patrem. Per sexus divisio fit, puta ut mares apud maritum, foeminae apud uxorem alantur*”.

²⁸ POTHIER, J. *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae.* T.9, Paris, 1821 p.180.: nota 1 “*puta, mares apud patrem; puellae apud matrem*”.

²⁹ BONINI, R. **Criteri per l’affidamento della prole dei divorziati in diritto romano.** AG. 181, 1971, p. 30. En el mismo sentido TREGGIARI, S. **Roman marriage.** Iusti cónyuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian. Oxford, 1991, p. 469.

³⁰ DAUBE, D. Dividing a Child in Antiquity. *California Law Review*, v. 54, n. 4, 1966, p. 1631. sigue a YARON. “Reischert, Volksrecht and Talmud”, 11. **RIDA** 296-298, 1964, p. 296 y ss.

³¹ ACCURSIUS. **Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis.** Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749: “*Respon. Imp. Et si id nulla lege cautum sit: oportere tamen iudice pro sua prudētia considerare masculini apud patrē, feminae apud mulierem an vero utriq; apud alterum motari educarique debeant*”.

³² ACCURSIUS. **Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis.** Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749, Glosa a *aestimabit* d): “*Taliter dividendo: ut hic, nisi ex aliqua causa in contrarium moueatur. ut de li. exhib. l. 1. § hoc interdicto. & differt hic titulus ab illo Infra ubi pupilli & c. quia hic viuit pater: ibi decessit*”.

Comparto la opinión de Bonini³³ que la discrecionalidad atribuida al *iudex* es plena, en el sentido que el ordenamiento jurídico no le fija criterio alguno al magistrado al cual deba necesariamente que atenerse. En esta nueva perspectiva la *-nequitia patris-* es también uno de los muchos criterios utilizables por el magistrado.

3. El juez en el caso de matrimonio separado debe pronunciarse sobre *morari ac nutrire*³⁴, es decir debe determinar con quien han de vivir los hijos y quien o quienes deben alimentarlos. La forma de expresarse el texto da lugar a cuestionarse si ha de recaer en la misma persona la obligación de custodia y alimentación o por el contrario es factible que se atribuya la custodia al padre o a la madre y se imponga la obligación de alimentarlos al que no tiene atribuida la custodia. Bonini³⁵ opina que esto debería también significar que entre los criterios sobre los cuales el magistrado fundaba su decisión ocupaba un puesto relevante el de la disponibilidad económica de los progenitores: un dato, que en diferente contexto, resulta confirmado también por testimonios posteriores. Sin entrar ahora en las evidencias clásicas o justinianas de este deber respecto a la madre³⁶, en mi opinión, el *iudex* puede dictaminar que los hijos vivan con un progenitor y sean alimentados por otro, al no establecerse de forma expresa limitación alguna a su arbitrio judicial.

Después de esta constitución imperial y hasta Justiniano no nos consta que se legislase en esta materia.

En el año 542 D.c. Justiniano se ocupó de dar solución a los problemas que planteaba el divorcio. Así dedicó una importante Novela, la novela 117 a tratar y regular todos los aspectos importantes del divorcio, aunque su política legislativa representó la mayor hostilidad al divorcio, culminando en la penalización del *communi consensu* del capítulo 10.

Entre otros extremos, y en lo que aquí nos interesa el capítulo 7º, se ocupó de la regulación de los efectos que el divorcio tenía en relación con la guarda y custodia de los hijos, y el derecho a ser alimentados por sus progenitores divorciados en los divorcios contenciosos culpables.

³³ BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG.181, 1971,p.31

³⁴ ACCURSIUS. *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis*. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749 en la glosa a *morari* e) estima que se refiere a *adulti y nutrirí f) a pupilli*.

³⁵ BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG. 181, 1971, p. 33.

³⁶ BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG. 181, 1971, p. 33.

Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi <matrimonio> nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat et mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem nutriantur expensas patre praebente; si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium, tunc apud patrem et maneant filii et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutriri iubemus. Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita instant decernimus et a matre locuplete filios pasci. Quod autem de alenda matre et filiis definivimus indigentibus, hoc quoque in omnibus ascendentibus descendentibusque personis utriusque naturae valere praecipimus.

El capítulo 7 de la Novela 117 contempla los perjuicios que se pueden ocasionar a los hijos con motivo del divorcio, y muestra la política legislativa que mantuvo Justiniano. Como disposición de carácter general, en la parte inicial del capítulo se enuncia una orientación de política legislativa en la que se afirma que en casos de disolución del matrimonio, los hijos no debían sufrir ningún perjuicio- *nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum-*, siendo llamados a la herencia de estos y alimentados con el patrimonio del padre- *sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi*.

A continuación, se afronta el problema de la guarda y custodia de los hijos en los siguientes términos:

1. En un principio y como regla general se utilizaba el *criterio culpabilístico* de la disolución nupcial, sin distinción de sexo.

1.1. Si la causante del divorcio es la madre *-si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium-*, el hijo tendría que quedar bajo custodia del padre, que es el obligado a proporcionarle sustento y alimentos *-tunc apud patrem et maneant filii et alantur..*³⁸

Esta regla general tenía una excepción, que operaba en casos de falta de disponibilidad económica del padre. *-Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem-* Si el padre carecía de disponibilidad económica suficiente, los hijos pobres podían quedar bajo la custodia de la madre, a pesar de su culpabilidad, con la obligación de aportar alimentos

³⁷ El original del texto se encuentra en griego. El texto latino de la edición de Heimbach cotejada también con la edición de Schoell and Kroll's edition, Berlin, 1954.

³⁸ En la edición *Auhtenticum novellarum constitutionum iustiniani* el contenido es el siguiente: *"si vero contra, tunc apud patrem matris locupletis expensas, nisi pater minus idoneus sit; tunc enim apud matrem locupletem nutriantur"*.

necesarios a los hijos y garantizarles un bienestar económico *-apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrir iubemus*³⁹.

Bonini⁴⁰ señala que esta excepción se explica con una consideración de carácter general en materia de obligación de alimentos: si en efecto, el hijo rico es obligado a alimentar a la madre pobre, igual debe ser la situación de la madre rica en relación con los hijos pobres.

1.2. Si el causante del divorcio es el padre *-si quidem pater occasionem separationis praebeat-*, el hijo quedaría bajo la custodia de la madre, siempre que no hubiera contraído segundas nupcias *-mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem-*. No obstante lo anterior, el padre estará obligado a asumir todas las cargas que comporte el mantenimiento de los hijos.

2. Junto a dicho criterio se tiene en cuenta también el de la mayor riqueza económica, de tal forma que si la madre es rica y el padre es pobre, la custodia y la obligación alimenticia le corresponde a la madre.

Justiniano en esta Novela distingue entre la obligación de guarda y custodia y la obligación de alimentos como efectos que han de regularse una vez producido el divorcio de un matrimonio, de tal forma que en el caso de que el divorcio se produzca por culpa del marido, la obligación de custodia y la obligación de alimentos recaen en dos sujetos diferentes.

Justiniano, dedica una capitulo independiente al divorcio consensual que sitúa en el capítulo 10 de la Novela 117, en el que se ocupa de la regulación de las normas que afectan al divorcio consensual seguido de la promesa de castidad de los esposos, el único que era lícito, tras penalizar en la primera parte del capítulo 10 el divorcio consensual. La Novela contempla el supuesto de hecho en el que uno de los cónyuges después de haber manifestado la promesa de castidad y haber obtenido el divorcio, pasa a nuevas nupcias o vive lujuriosamente.

Quia vero et ex consensu aliqui usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de cetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint. Si autem huiusmodi personae filios habuerint, tam dotem quam antenuptialem donationem eorum filiis conservari disponimus. Si quis autem horum, aut maritus forsitan aut uxor, postquam propter castitatem ex consensu solvitur matrimonium, inveniatur alias contrahens nuptias aut luxuriose vivens, iubemus, si quidam, sicut dictum est, filii fuerint ex memorato coniugio. super dotem et propter nuptias donationem eis tradi et proprietatem poenae

³⁹ Vid. BONFANTE. *Corso I*. cit, p. 281; KASER. *Das röm. Privatrecht*, II, cit., p. 145, nº 8. SACHERS, s.v. *Potestas Patria*, cit., c. 1118. BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole*. Ob. cit., p. 35.

⁴⁰ BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole*. Ob.cit., p. 35.

substantiae illius quae convincitur deliquisse personae. Si vero filii minoris sint aetatis, gubernari eos et pasci ab illo parente praecipimus, qui nihil praesenti legi contrarium egit. Si autem ambo parentes in huiusmodi vitio incidant, tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari, dispensatorem autem his qui in minore aetate sunt ordinari providentia competentis iudicis et aliorum quibus haec ex nostris legibus sunt commissa. Si autem filii non sint, utriusque personae substantiam fisci rationibus applicari, et eos qui talia deliquerunt legitimis subdi suppliciis. Aliter enim separationem matrimoniorum fieri ex consensu nulla ratione permittimus.

En este caso, además de establecer las sanciones de pérdida, a favor de los hijos, no solo de la dote y de la *donatio porter nuptias*, sino también de todo el patrimonio o en defecto de hijos a favor del fisco, también se estableció que si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo la guarda y custodia del cónyuge que no había actuado contrariamente a lo establecido en la Ley, siendo de su cargo la obligación de alimentarlos.

Si ambos progenitores eran responsables, se concedía a los hijos los bienes de aquellos, a la vez que se nombraba un administrador judicial.

Bonini⁴¹ afirma que la importancia de tal disposición es evidente: en efecto el progenitor en el momento del divorcio consensual habría llegado a un acuerdo relacionado con los hijos, configurándose una revocación *ex lege* de una regulación ya firme.

De la regulación examinada, puede concluirse que en el Derecho romano hasta la época de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, la guarda y custodia de los hijos, así como la obligación de alimentos en los casos de divorcio del matrimonio se atribuía al padre, salvo que existieran unas causas justísimas que hicieran oportuno y necesario atribuir la custodia a la madre. Criterio acorde con la concepción de la patria potestad y la estructura de la familia agnaticia.

A partir de los emperadores Diocleciano y Maximiano, (294 D.C), la determinación de la atribución de la guarda y custodia de los hijos y la obligación de alimentarlos queda al arbitrio judicial, pudiendo atribuirse al padre o a la madre indistintamente y sin criterios limitadores del arbitrio judicial.

El arbitrio judicial instaurado por los emperadores Diocleciano y Maximiano, se ve limitado por Justiniano al promulgar la novela 117, en la que legalmente dispone los criterios que han de seguirse para la atribución de la guarda y custodia de los hijos en los casos de matrimonios disueltos por el divorcio, fundamentalmente en los casos de divorcios culpables, del que se ocupa el capítulo 7º y el único caso de divorcio de mutuo acuerdo al que se refiere el capítulo 10. Los criterios utilizados por Justiniano para atribuir la

⁴¹ BONINI, R. *Criteri per l' affidamento della prole*. Ob. cit., p. 39.

guarda y custodia a la madre o al padre se fundamentan en el criterio culpabilístico y en el criterio de la mayor riqueza.

3. RECEPCION HASTA EL CODIGO CIVIL VIGENTE

Dentro de este apartado, procederé al estudio del tratamiento que de esta materia se ha efectuado en el Derecho de la Recepción, en el Derecho patrio, en el movimiento codificador que culminó con su plasmación en la regulación que se observa en el Código civil español.

Mi propósito no consiste en realizar una exposición exhaustiva, sino en presentar las posturas de las figuras más representativas en la materia en la escuela de los glosadores, comentaristas, humanistas, iusnaturalismo racionalista que permitan apreciar en su conjunto la evolución histórica de esta institución y la Recepción del Derecho Romano en la regulación vigente de nuestro Código Civil español.

3.1. Glosadores y Comentaristas

La concepción que primó en el Derecho justiniano también se reflejó en la Glosa y en los comentaristas de los siglos XIII a XIV.

Azón trata de la materia en la *Summa super Codicem*⁴². Los criterios que destaca en los supuestos de divorcio para resolver con quien deben quedar los hijos a vivir y quien debe educarles son los siguientes:

a. Comienza Azón indicando que es conocido que regularmente los menores de tres años suelen ser educados por la madre- *sciendum est igitur regulariter minores triennio apud matrem educandos*- y los mayores por el padre- *maiores apud patrem*. Ahora bien, también a partir de los tres años puede estimar que permanezcan los hijos en compañía de la madre, con la obligación de alimentarlos impuesta al padre.

⁴² AZONIS. *Summa super Codicem*, Instituta, Extraordinaria, Augustae Taurinorum 1966, p. 192. “*De divortio facto et apud quem liberi morari vel educari debeant. Quoniam divortio facto sepe queritur de filiis apud quem debeant morari vel educari, et de hoc ponit. Sciendum est igitur regulariter minores triennio apud matrem educandos. Maiores apud patrem. Sed interdum iudex apud quem commodius morentur extimat ut tamen post trimatum etiam apud matrem expensis patris alantur, ut... de patria potestate ley nec filium. Hodie autem facto divortio distinguitur utrum pater prestiterit divortii causam an mater. Si pater praestabit ipse pater expensas matri filiorum que non venit ad secundas nuptias apud quam nutriri debent filii. Si attamen pater non sit idoneus pauperes filii a locuplete matre sunt alendi et apud eam debent morari quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere ita iustum est a matre locuplete filios pasci. Quod attamen dictum est de matre et filiis indigentibus hoc etiam in omnibus ascendentibus et descendentibus personis utriusque nature valet. Si vero mater praestiterit causam divortii tunc apud patrem alendi sunt filii subaudio expensis matris etiam si maiores sint triennio, ut in Authentica ut liceat mat. Et Et illud quoque”.*

b. Azón también indica que hoy se utiliza para la atribución el criterio culpabilístico, según quien haya sido el culpable del divorcio.

b.1. Si el padre fue el culpable del divorcio, los hijos permanecerán con la madre que no haya pasado a segundas nupcias, a expensas del padre, que será quien tendrá que alimentarlos. Ahora bien esta regla general contempla como excepción que el padre no sea idóneo o que sea pobre, en cuyo caso los hijos vivirán con la madre rica quien tiene la obligación de mantenerles y alimentarles, lo mismo que los hijos ricos están obligados a mantener a la madre pobre.

b.2. Si la culpable del divorcio ha sido la madre, los hijos permanecerán junto al padre siendo alimentados por la madre incluso si son mayores de 3 años.

La opinión de Accursio⁴³ en relación con esta materia podemos sintetizarla en la siguiente forma

1. Aun cuando no existe criterio legal para la atribución de la obligación de *morari vel educari aut nutrir*, el absoluto arbitrio judicial que se reconoce por los emperadores permite que si la prudencia del juez lo aconseja pueda atribuirse la custodia de las hijas a la madre y de los varones al padre. Incluso puede atribuirles a ambos estas obligaciones o a un tercero.

2. Accursio reconoce que dentro del arbitrio judicial tiene cabida la utilización del criterio general de la atribución de ambas obligaciones al padre, salvo que existan justísimas causas que aconsejen el cambio a la madre, y para ello se fundamenta en el interdicto de *liberis exhibendis*.

3. Igualmente contempla el criterio culpabilístico de la Novela 117.7 en la redacción que nos trasmite la Auténtica, de tal forma que si el divorcio se produjo por culpa del padre y la madre no contrajo segundas nupcias, los hijos deberán ser educados por la madre, a expensas del padre. Partiendo del texto de la Auténtica, también afirma que si el divorcio se produjo por culpa de la madre, los hijos deben ser educados por el padre a expensas de la madre si es rica, pero si el padre no es idóneo, y carece de recursos para alimentar a los hijos, éstos quedarán en poder de la madre, argumentando su opinión en el criterio de reciprocidad, de tal forma que si los hijos ricos tienen la obligación de mantener a la madre indigente, así se dice que la madre rica debe mantener a los hijos indigentes.

Bartolo de Sassoferrato⁴⁴ de forma muy escueta, refiriéndose a C.5.24, únicamente destaca que la determinación de con quién deben quedar los

⁴³ ACCURSIUS. *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis*. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749.

hijos y quién debe alimentarlos en caso de divorcio, reafirma que la adscripción del deber queda al arbitrio judicial. Respecto a la Auténtica antes citada, destaca que con ella se establece un nuevo modo referente a quien debe quedarse con los hijos y educarlos, alabando la claridad del texto.

En su obra *Institutiones et Authenticas commentaria*⁴⁵, respecto al texto de la Auténtica manifiesta:

1. Si el divorcio se produjo por culpa de la mujer, los hijos permanecerán con el padre, siendo alimentados a expensas de la madre, si es rica.

2. La madre tendrá en su compañía y alimentaría a los hijos, en cualquier caso, durante los tres primeros años.

Bartolo⁴⁶ explica que una vez producido el divorcio, los hijos serán llamados a la herencia de sus padres y serán alimentados con su patrimonio. *liberi ad parentum haereditatem nihilominus vocantur, et alendi sunt apud parentem*. Bartolo se pregunta qué quiere decir el texto cuando en el caso de la mujer que fue la culpable del divorcio, dice que los hijos quedarán en compañía del padre y qué pasa con los gastos del hijo?. Bartolo acude a la interpretación que hace la glosa en la palabra *alantur*, y señala “*quod addidit matris locupletis expensis. Et ita posuit in tex. Auth.*”.

Esta es la explicación de que en la auténtica aparezca el añadido que establece que en caso de culpabilidad de la madre: los hijos quedarán en compañía del padre, a cargo de la madre rica.

⁴⁴ BARTOLI, *In duodecim libros Codicis commentaria*, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae, 1562, p. 486: C. 5, 24: “*Divortio facto... Licet. Apud quem liberi alantur facto divortio, in arbitrio iudicis est. Authentica. Si pater. Ista authentica statuit novum modum, apud quem liberi debeant educari. Et vide eam quia clara est*”. Lo mismo literal sin añadir nada en BARTOLI A SAXOFERRATO. *Commentaria*, t. VII. In primam Codicis partem, Venetiis apud Iuntas, 1615, fol. 168v.

⁴⁵ BARTOLI, *In Institutiones et Authenticas commentaria*. Eiusdem tractatus XXXIX, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae 1562, p. 230: *Super Authenticas, collat. VIII, tit. XIII, ut liceat matri et aviae: “1. Uxore divertente culpa sua, filii apud virum aluntur expensis matris, si est dives. 2. Mater quando teneatur alere filium usque ad triennium. Illud quoque. Divortio celebrato, liberi ad parentum haereditatem nihilominus vocantur, et alendi sunt apud parentem, qui divortii causam non praestitit, expensis alterius parenti committentis causam divortii, nisi alius inops sit, tunc apud divitem alendi sunt, his pariter obtinentibus in parentibus et liberis, hoc dicit. Quaero dicitur in versiculo, si vero per causam, quod quando mater dedit causam divortio, filii alentur apud patrem, quaero cuius expensis? Dicit glosa, super verbo alantur, quod addidit matris locupletis expensis. Et ita posuit in tex. Auth. Si pater posita super l. una C. de divortio facto apud quem etc. Et istam opinionem tenet ibi glosa et l. alimenta C. de negotiis gestis. 2. Sed hic quaero de una quam leges dicunt, quod mater debet alere filium intra triennium, qualiter debet intelligi? Respondeo, ita demum si ipsa habeat de lacte, et si ipsam lactare deceat. Et ita notat Azo in Summa C. de patria potestate.”*

⁴⁶ BARTOLI. *In Institutiones et Authenticas commentaria*. Eiusdem tractatus XXXIX, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae 1562, p. 230 ; *Super Authenticas, collat. VIII, tit. XIII, ut liceat matri et avia.*

Bártolo, también se pregunta por las leyes que establecen que la madre debe alimentar al hijo dentro de los 3 primeros años y responde que *ita demum si ipsa habebit de lacte, et si ipsam lactare deceat.*, apoyándose en la interpretación de Azon en la Summa. Es decir, el criterio se fundamenta en la lactancia materna, que puede ejecutar por sí misma la madre, y si es un deber acorde con su condición social.

Baldo de Ubaldis⁴⁷ en relación con la auténtica *si pater*, afirma que la madre puede pedir que el padre alimente al hijo y que tiene razón. *-Mater potest petere quod pater alimentet filium; hoc dicit-*.

Angelus de Ubaldis, de Perusio⁴⁸ comienza su comentario con el principio general que ya anunciaba Justiniano en la novela 117,7 según el cual disuelto el matrimonio por divorcio, los hijos no pueden ser perjudicados, siendo llamados a la herencia del padre.

Separa a continuación dos situaciones: la derivada de la disolución del matrimonio y los efectos que se produce en caso de separación sin disolución matrimonial.

a) Disolución del matrimonio: Respecto a los efectos que produce la disolución del matrimonio, en relación con la guarda y custodia de los hijos y los alimentos, sigue el criterio culpabilístico con algunos matices, de tal forma que dispone:

a.1) si la disolución del matrimonio se produjo por culpa del marido, los hijos quedarán en compañía de la madre, con los gastos a cargo del padre *-sin autem dissolvitur culpa viri tunc debent ali penes matrem expensis viri-*.

a.2) si la disolución del matrimonio se produjo por culpa de la madre, los hijos se mantienen bajo la autoridad de las madres, siendo el mismo criterio tratándose de hijos menores de 3 años, quienes en todo caso, deberán

⁴⁷ BALDI UBALDI, Perusini. *In III et V Codicis librum commentaria*, Alexandri Imolensis, Andree Bartatiae, Celsi, Philippique Decii adnotationibus illustrata, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 198v.

⁴⁸ DE UBALDIS. DE PERUSIO, A. **Lectura autenticorum**, Lugduni 1523, fol. 38v: "*Illud quoque. Matrimonio dissoluto divortio filii non leduntur sed a patris hereditatem vocantur et si culpa viri fuerit matrimonium dissolutum apud uxorem aluntur patris expensis, et contra si pater es locuples, alias mater eos alere cogitur sicut ipsi matrem alere coguntur, et omnes descendentes locupletes tenentur alere ascendentes pauperes et ita contra. Et non ex isto quando matrimonium dissolvitur divortio penes quem filii sunt alendi. Nam si solvitur culpa mulieris aluntur penes matres. Idem est ubicunque filii sunt monores triennio. Nam in omni casu ali debent penes matrem, ut lege penultima C. de patria potestate. Sin autem dissolvitur culpa viri tunc debent a ali penes matrem expensis viri. Sin autem matrimonium non est separatum totum sed tantum est separatum quo ad thorum et habitationem sine culpa aliqua alicuius ipsorum ut quia eis sic placuit tunc si filii sint minores triennio aluntur penes matrem ut dicta lege penultima. Si vero sint maiores aluntur penes patrem locupletem. Et si pater sit inops aluntur penes matrem. De quo in l. 1 de alendis a patr. Liber. Et de lib. Agnosc. L. si quis a liberis in principio*".

permanecer con la madre y ser alimentados por la misma, fundamentando su opinión en la ley penúltima C. de patria potestate.

b) Separación matrimonial. Se refiere al supuesto en el que el matrimonio no está disuelto sino que está separado *–quo ad thorum et habitationem–* y sin culpa de ninguno de ellos. En este caso, indica que los menores de 3 años permanecerán bajo la guarda de la madre *–si filii sint minores triennio aluntur penes matrem–* como dice la ley penúltima y si son mayores permanecerán con el padre rico *–si vero sint maiores aluntur penes patrem locupletem.* Ahora bien, si el padre es indigente, se mantienen bajo la autoridad de la madre *–Et si pater sit inops aluntur penes matrem.* En este caso rige como criterio de atribución principal el de la edad del menor y el criterio de la riqueza económica del progenitor.

3.2. Humanismo, iusnaturalismo racionalista y *usus modernus pandectarum*

Cuyacio⁴⁹ destaca que la determinación de con quien deben vivir y quien debe alimentar a los hijos, después de producido el divorcio de un matrimonio, corresponde al arbitrio judicial. El jurista holandés menciona, como criterio que puede tener en cuenta el juez, el de la atribución en función del sexo, de tal forma que los hijos quedaran en compañía del padre y las hijas en la de la madre. En relación con la Novela 117,1, indica que los hijos impúberes quedarán en compañía de la madre si no se casa de nuevo, si el matrimonio se disuelve por muerte *–liberi impuberes morte soluto matrimonio educantur apud matrem, si iterum non nupserit.* En caso de divorcio *–divorcio autem facto–*, los hijos se quedarán en compañía del que no dio causa para el divorcio *–apud eum, qui divorcio causam non dedit.*

Cuyacio se pronuncia en este caso por el criterio de la culpabilidad en el divorcio como criterio determinante de la atribución de la guarda y custodia.

Dionisio Gothofredus, a propósito de los comentarios al Código de Justiniano⁵⁰ resalta que es el arbitrio judicial quien decide si los hijos deben ser educados junto al padre o junto a la madre, siempre que fuera probada la inocencia. A continuación recoge el criterio del sexo en el sentido de entender que los varones serán atribuidos al marido y las mujeres a la esposa.

⁴⁹ CUIACIUS, J. *Paratitla in lib. IV, V & VI Codicis iustiniani repetitae praelectionis.* Napoles, 1751.

⁵⁰ GOTHOFREDUS, D. *Codicis Iustiniani* D. N. Sacratissimi principis p. Augusti Repetitae praelectionis libri XII. Notis Dionysii Gothofredi, Lugduni 1662, col. 419: *“In arbitrio iudicis est, statuere an apud patrem, an apud matrem liberi sunt educandi, apud eum tamen esse debebunt semper cuius innocentia probata fuerit. Nov. 117 cap. 7: et apud matrem interdum satius fuerit liberos educari quam apud patrem. Per sexus divisio fit, puta ut mares apud maritum, foeminae apud uxorem alantur.”*

Antonio Pérez⁵¹, por lo que se refiere a los hijos señala que una de las cuestiones que surge es la siguiente: una vez producido el divorcio ¿deben los hijos quedar en compañía de la madre y ser alimentados por la misma?

Dice Antonio Pérez que los emperadores responden que tal decisión queda al arbitrio judicial, salvo que se pruebe que por razón del sexo la división tenga que realizarse entre los padres. Pero Justiniano en una novela dispuso que si el divorcio se produjo por culpa del padre y la madre no contrajo segundas nupcias los hijos quedarán en compañía de la madre, corriendo con los gastos el padre. Si el divorcio se produjo por culpa de la madre y el padre no es pobre, quedarán junto al padre, abonando los gastos la madre rica.

Corvini a Belderen⁵² indica que la determinación de los efectos que se refieren a los hijos tras la disolución del matrimonio por divorcio, referentes

⁵¹ PEREZ, A. **Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani imp.**, t. I, Coloniae Allobrogum 1740, p. 393: C. Iust. 5, 24: "1. Haec quaestio iudicis arbitrio commissa. 2. Hodie Justiniani distinctione decisa. 3. Mores hodierni filiae educationem matri, etiam illegitimae, committunt. 4. Si mater sit haereditica, vel infidelis, apud fidelem patrem alendi erunt liberi. 5. Quando communi sumptu alendi sint liberi."

Por lo que refiere a los hijos, surgen dos cuestiones: "Prima est, divortio facto, an apud matrem liberi morari ac nutriri debeant? Et respondent Imperatores id arbitrio iudicis committi, nec probant ut per sexum liberorum divisio fiat inter parentes, ley unica hoc titulo. Sed Justinianus novissime ita disposuit, ut, si patris culpa divortium extiterit, et mater ad secundas nuptias non transiverit, liberi apud eam alantur impensis patris. Sin vero culpa matris solutum sit matrimonium, et pater non sit inops" apud patrem nutriantur, impensis matris locupletis. Authentica si pater d. t. quae sumpta est ex Novela 117 c. 7.

3. Mores multarum gentium educationem filiae, matri etiam illegitimae committunt; quia maternus amor caeteros omnes affectus vincit, qui non minor est in filios naturales, quam in legitimos. Sola namque civilis ratio naturales liberos a legitimis distinguit, ut inquit Justinianus in Novela 89. Hinc senatus parisiensis filii educationem matri etiam illegitimae, si nihil aliud obstaret, adiudicavit... Si nihil aliud obstaret, nam quid si mater esset haeretica vel infidelis? Certe apud fidelem patrem liberos educandos esse vult fidei favor... nisi filii in ea adhuc sint aetate, quam materno solatio magis indigeant, ut ei potius debeant assignari: quam si contingat esse inopem, ab altero sumptus erunt suppeditandi.

Quid si separatio fiat ex eo, quod matrimonium, bona fide initum, sit irritum? Sunt qui existimant, liberos communibus utriusque parentis expensis esse alendos, quia non fert ratio, ut magis patri, quam matri hoc alendi onus imponatur: Sanchez De matrimonio, libro 10, disp. 20 et numero 11. Adit quod si alter parens fuerit in mala fide constitutus, altero existente in bona, liberi alendi sint ab eo, qui mala fide fuit, nisi pauper sit, alter vero locuples.

⁵² CORVINI A; BELDEREN, A. **Iurisprudentiae romanae summarium**, seu Codicis Iustiniani methodica enarratio, Amstelodami 1655, p. 306: Divortio facto. Vamos a tratar de los efectos que se refieren a los hijos: Qui divortio facto, an apud patrem, an matrem morari et educari debeant, Iudicis committitur arbitrio.

Iure novissimo, si patris culpa divortium factum, apud matrem, quae ad secunda vota non transit, impensis patris ali debent; apud patrem, impensis matris si ejus culpa matrimonium solutum; modo pater non sit inops; alioqui apud matrem locupletem nutriri debent. Authentica sed pater hic ex Novell. 117 cap. 7.

Quae distinctio et in omnibus cujuscunque gradus parentibus et liberis observari debet. Dicta authentica sed pater in fine d. Novella 117 cap. 7.

Si tamen alter parentum sit infidelis, vel haeretica, apud fidelem, favore fidei id suadente, morari liberi debent: cap. 2 Extra. De convers. Infid. C. fina. Extr. De convers. Conjug. Sumptibus ei, si inops, ab altero suppeditandis.

a con quien quedan los hijos y quien tiene que educarlos, queda al arbitrio judicial.

A continuación relata el nuevo derecho, proveniente de Justiniano, en virtud del cual legalmente se establece un criterio de culpabilidad como determinante de la atribución, según el cual si el divorcio fue culpa del padre, los hijos quedan junto a la madre si no contrae segundas nupcias, si bien el padre debe alimentar a los hijos que quedan en compañía de la madre. Si el divorcio se produce por culpa de la madre, los hijos quedarán en compañía del padre salvo que no sea idóneo, en cuyo caso se atribuirán a la madre rica, quien deberá alimentarlos.

Ulrico Huber⁵³ indica que es humano que al padre o a la madre se le conceda la custodia de los hijos con la obligación de alimentarlos. En caso de divorcio, para la atribución de la guarda de los hijos acude al criterio culpabilístico establecido por la Novela 117,7 de Justiniano, de tal forma que indica: a) si el divorcio se produjo por culpa del marido los hijos deben quedar en compañía de la madre. b) si la culpa del divorcio era imputable a la madre, los hijos quedarán en compañía del padre, salvo que el padre sea pobre y la madre rica, en cuyo caso la madre tiene que alimentar a los hijos. Al final de su comentario también hace referencia al criterio de la edad situándola en los 3 años el límite, sobre la base de la lactancia materna.

Brunnemanni⁵⁴ reconoce que es el arbitrio judicial el que determina con quien han de vivir los hijos y quien debe alimentarlos, una vez produci-

⁵³ HUBER, U. *Praelectionum juris romani*. Pars III. Quae est ad libros unum et triginta posteriores Pandectarum, Franequerae 1701, p. 251-252: "*Ne quidem a liberis extra matrimonium susceptis, ex adulterio licet, ac incestu alendis pater excusatur, non obstante Nov. 89 c. ult. Quin et matri patrem ejusmodi liberos concedere alendos et sumptum praebere cogi humanum est. In casu divortii per culpam viri commissi, hic etiam matri sumptum ad liberos alendos praebere debet; si matris culpa sit, pater liberos servat ac alit; nisi pater sit pauperior et mater locuples, tunc ipsa suo sumptu liberos alere jubetur in Novella 117 c. 7. Haec ita patribus injunguntur, si liberi se ipsos exhibere nequeant, seu propriis facultatibus, sive opificio vel ministeriis. Post patrem mater ad alendum tenetur, quoniam hoc onus pietatis non patriae potestatis est, et quidem vulgo quaesito sola, reliquos si pater non possit; etiam liberos trimo majores, siquidem ante triennium per se lacte materno ali soleant. Consequenter et avus maternus ac avia tenentur Nov. 117 c. 7. Scilicet si liberi de suis bonis ali nequeant!*".

⁵⁴ BRUNNEMANNI, *Commentarius in Codicem justinianum*, opus theoritico-practicum, t. I, Lugduni apud Jo. Thenet, 1715, p. 480: "*Divortio facto, si utriusque sexus liberi adsunt, a quonam conjugum educentur, judex arbitretur? Novella 117 c. 7 hoc in casu distinguit. Ratio dubitandi circa matrem. Enenkelius Baro notatur. 1. Quando divortium factum, et liberi adsunt utriusque sexus, tunc per l. hanc non est necesse, ut masculi apud patrem, foemellae apud matrem educentur, sed in arbitrio id est judicis, a quod educari debeant, sed Novella 117 cap. 17 distinguit, utrum pater an mater causam dederit divortio, verbi gratia, saevitia aut veneficio, ut semper apud conjugem innocentem secundas nuptias non contrahentem, sumptibus alterius nocentis, si locuples est nutriantur. Sed in matre haec est ratio dubitandi, quia onus alendi liberos patri incumbit. Respondet Imperator, sicut aequum est, matrem inopem ali a liberis locupletibus, l. 5 & 2 et 4 ff. De agnoscendis liberis. Ita quoque aequum est, liberos vel nepotes inopes ali a matre locuplete, vel avia, ne petendo dotem in lucro versetur, et pater dote carens*".

do el divorcio de los padres. Interpreta la novela 117, capítulo 7 indicando que el criterio utilizado es el culpabilístico, de forma que si el padre o la madre fueron los culpables del divorcio, los hijos quedarán siempre con el cónyuge inocente, siempre que no contrajese segundas nupcias.

Domat⁵⁵ establece como criterio principal la custodia a favor del padre, salvo que existan causas justísimas que aconsejen el cambio a favor de la madre.

Pothier⁵⁶ en esta materia reitera el criterio seguido por los Emperadores Diocleciano y Maximiano, que nos transmite C.5,24.1, así como los de la Novela de Justiniano 117, capítulo 7^o.

3.3. Derecho patrio

La búsqueda de noticias sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos una vez separados o divorciados los padres es infructuosa en los fueros municipales, quizás porque su regulación no entró a valorar aspectos de derecho privado, que se regirían por las costumbres. Idéntico silencio se observa en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación.

En las Partidas⁵⁷, en el nuevo ambiente de la recepción, se analiza la materia en la cuarta Partida, Título XIX que trata de "*como deuen los padres criar a sus fijos e otrosi, como los fijos deuen pensar de los padres, quando les fuere menester*" y en concreto en la Ley 3^a titulada, "*en cuya guarda, del padre, o de la madre, deuen ser los fijos, para nodrescerlos, e criarlos*". El contenido de la regulación de esta disciplina es el siguiente:

onera matrimonii ferre cogatur. Sanchez de matrimonio libro 10 D. 20, num. 8. Gutierrez, libro 1 Canonicae quaestiones cap. 24 num. 19, licet dissentiat Enenkelius Baro de privilegiis parentum priv. 7 c. 4 n. 15, ad patrem hoc restringens, sed sententia prior ex paritate rationis, licet Irnerius de suo aliquid addiderit, defendi potest.

⁵⁵ DOMAT. "Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum Scholae et fori, accesserunt singulis legibus suae summae earum sententiam brevi complexae", en **Les lois civiles dans leur ordre naturel**, Le droit public, et Legum delectus, nouv. éd., t. III, Paris 1777, p. 187: D. 40, 30, 1: "*In marg. Mater interdum patri praefertur ad liberorum educationem: Interdum magis apud matrem, quam apud patrem morari filius debet ex justissima scilicet causa. Vide titulum, ubi pupillus educari et morari debet. II. Non debet patria potestas turbare concordans matrimonium.... Ut patri persuadetur ne accerbet patriam potestatem exercent. Nota leges suasorias et hortatorias vanas et inutiles esse, et nullam vim obtinere: frustra est lex quae prohibet et non punit. Hobbes, de cive 14. 7, sed omni legi poena appensa intelligitur. Idem 8. Patria enim potestas in pietate non in atrocitate consistit*".

⁵⁶ POTHIER, J. **Pandectae justinianae in novum ordinem digestae**. T. 9, Paris, 1821, p. 180. En el libro 24, título 2, artículo 4 Pothier trata del tema divorcio facto, apud quem liberi morai vel educari debeant.

⁵⁷ LÓPEZ DE TOVAR, G. **Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso El Sabio**, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. Madrid, 1844.

Nodrecer, e criar deuen las madres a sus hijos que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, si la madre fuese tan pobre que non los pudiesse criar, el padre es tenuto de darle, lo que ouiere menester para criarlos. E si acaeciese, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partio, es tenuto de dar de lo suyo, de que crien los hijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores; e el otro que no fue en culpa, los debe criar, e aver en guarda. Pero si la madre los ouiesse de guardar, por tal razón como sobredicha es, e se casasse, estonce non los deue auer en guarda: nin es tenuto el padre, de dar a ella ninguna cosa por esa razon; ante deue el recibir los hijos en guarda, e criarlos, si ouiere riqueza con que lo pueda fazer.

El texto Alfonsino establece una regla general en materia de guarda y custodia basada en el criterio de la edad, de tal forma que dispone que los menores de 3 años han de permanecer bajo la custodia de la madre y los mayores de esta edad bajo la custodia del padre⁵⁸. En el caso de que la madre fuese tan pobre que no los pudiera criar, el padre está obligado a darle lo que fuera necesario para criarlos.

Benito Gutierrez⁵⁹ afirma que los deberes de la maternidad son á cual mas admirables:

las madres alimentan con su propia sustancial tierno infante á quien han puesto en el mundo. Las leyes han sido sabias confiando á su cuidado el periodo de lactancia; su ternura, que se desarrolla como el niño que crece entre en sus brazos, forman un lazo indestructible, más íntimo, si cabe, que el acto del nacimiento. Por eso las madres ambicionan tanto la gloria de criar á sus hijos; por eso se afligen tanto si la naturaleza débil les niega sus recursos. En tan sensible caso, del cual se puede decir que limitando sus deberes disminuye sus consuelos, no queda mas arbitrio que proveer á la alimentación como lo permitan las facultades de la familia.

A continuación, la Ley Alfonsina, establece las reglas que han de regir en esta materia, cuando se parte el matrimonio- *se parta el casamiento-* por -

⁵⁸ El fundamento de esta regla lo sitúa GREGORIO LÓPEZ en *L. pen C. de Patr. Potest* y en la glosa y en baldo in l. alimenta, *C. de negot. gest* y en *AZÓN in Summa C. de patr.potest*. Cfr. Nota 1 titulada de tres años. Vid. *Las siete partidas del sabio Rey don Alfonso IX, con las variantes de más interés y con la glosa del lic. Gregorio López*. Barcelona 1843, p. 595. BENITO GUTIERREZ. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T.I, Madrid, 1802, p. 521, analizando esta obligación indica que esta ley reproduce la 9ª del Título XLVII, Lib.VIII del Código que daba al padre el encargo de alimentar a los hijos después de los tres años.

⁵⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T.I, Madrid, 1802, p. 521.

alguna razon derecha-. Las mismas están inspiradas en la novela 117, capítulo 7 de Justiniano, utilizando como criterio determinante de la atribución de la guarda de los hijos a favor de uno u otro cónyuge, el criterio culpabilístico que se expresa en el siguiente sentido: El cónyuge culpable de partir el matrimonio esta obligado a dar de los suyos para que se crien los hijos, si fuere rico, bien sean mayores o menores de 3 años, y el cónyuge inocente, debe criarlos y tenerlos bajo su guarda.

La Ley III habla de que la madre no pase a segundas nupcias, de tal forma que si se casase, dice la ley alfonsina que no debe tener a los hijos en guarda, ni el padre tiene la obligación de darla ninguna cosa. El padre, debe recibir los hijos en guarda y criarlos si tuviese riqueza para poder hacerlo.

Comparto la opinión de Benito Gutierrez⁶⁰ al manifestar:

El hablar la ley de Partida de segundas nupcias, imposibles por causas de divorcio, pudo ser defecto de imitación; pero salvado este inconveniente, que no lo era para Justiniano, la doctrina de la ley es aceptable en todo divorcio; sea parcial, del que ahora nos ocupamos, sea total, como en el matrimonio nulo por impedimento.

El redactor de la Ley Alfonsina también tuvo presente el criterio de riqueza como determinante de la obligación de dar alimentos que debía imponerse al cónyuge culpable de la ruptura matrimonial. Con la redacción utilizada- *Aquel por cuya culpa se partió el matrimonio, es tenuto de dar de lo suyo de que crien los hijos, si fuere rico*- se comprende indistintamente al padre y a la madre.

En este extremo, Benito Gutierrez⁶¹ resalta que el redactor de la Ley Alfonsina resolvió el problema que surgía con la redacción de la Novela 117,7 de donde se tomó, "en la que se había previsto que el padre pudiera ser pobre y la madre rica"- en cuyo caso dice: "*apud eam pamperos filios manere et ab ea nutriri*". La razón que da es incontestable, de la misma manera que los hijos ricos tienen la obligación de alimentar a la madre pobre, es justo á *matre locuplete filios pasci*. El texto ha omitido una declaración que era esencial, se ha visto que los hijos han de ser alimentados en poder de la madre inocente á expensas del padre culpable; que sucede al revés? Porque la Autentica solo dice "*apud patrem maneant filii et alantur*". Háse supuesto que Irnerio alteró la redacción intercalando las palabras *matris locupletis expensis*, por lo que Sanchez, examinando esta cuestión, dice que esta enmienda, como obra de un doctor particular, nada vale. Mas el precepto era tan general, que la consecuencia parecía indeclinable. Irnerio, al deducirla, no alteró la Autentica, la

⁶⁰ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T.I, Madrid, 1802, p. 340.

⁶¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T.I, Madrid, 1802, p. 340-341.

completó, le dio su sentido; así debió presumirlo el redactor de la ley Alfonsina.

3.4. Recepción en el Código Civil vigente

En España el movimiento codificador arranca de 1812⁶². La tarea se inicia con la elaboración de sucesivos proyectos, entre los que se puede citar el de 1821. El esquema del proyecto comprende, un título preliminar “De las Leyes”, una primera parte “de los derechos y obligaciones individuales” y otra segunda parte “de la administración general del estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones”. Únicamente fueron impresos y publicados 476 artículos correspondientes al título preliminar y no toda la primera parte, al carecer del libro tercero. En la normativa que nos facilita el proyecto, encontramos un capítulo III dentro del título primero del libro segundo, que se titula “De la disolución del matrimonio y de la separación de los cónyuges” y comprende los artículos 331 a 348. En el artículo 331 se indica **que** *el* “matrimonio válido solo se disuelve por la muerte”. En el artículo 332 dispone que “la Ley prohíbe la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito”. El artículo 334 establece que “la Ley autoriza la separación indefinida del matrimonio por causas justas, que ha declarado como tales la autoridad competente”. Las causas legítimas para la separación del matrimonio se detallan en el artículo 335. El artículo 348 se ocupa de los efectos de la separación respecto a los hijos comunes, adoptando el criterio de la culpabilidad, con el siguiente tenor: “Verificada la separación del matrimonio, los hijos comunes, de cualquier sexo, quedan bajo la potestad patria del cónyuge inocente”. El proyecto en el capítulo IV trata del segundo matrimonio y sus efectos.”. *El artículo 349* señala que “la ley permite el segundo o ulteriores matrimonio al cónyuge que sobrevive después de disuelto el primero por muerte, con tal de que hayan transcurrido desde ella cuatro meses cumplidos”. El artículo 350 indica que “la ley priva a la madre de la potestad patria en la parte directiva de educación de sus hijos y en la de la administración y usufructo de sus bienes, desde que contrae segundo matrimonio”.

En definitiva en este Proyecto de 1821 en supuestos de separación matrimonial, para la atribución de la patria potestad sobre los hijos se utiliza el criterio único de la culpabilidad en la separación, sin que se tome en conside-

⁶² Vid. LASSO GAITE, JF. *Cronica de la Codificación Española. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Vol. I y II. Madrid, 1979. Los preceptos que se van a citar en los textos articulados de los Proyectos han sido extraídos de esta obra. Para el Proyecto de 1851 he utilizado también la obra de GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. T.I-II. Ed. facsimilar. Barcelona, 1973. Respecto al Anteproyecto de Código Civil Español (1882-1889), he manejado también la obra de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

ración ni el criterio del sexo, ni el de la edad de los hijos comunes, ni el de riqueza del cónyuge inocente. Es preciso tener en cuenta que el proyecto de 1821 habla en general de atribución de la patria potestad y no únicamente de custodia o guarda de los hijos comunes.

El Proyecto de 1836, iniciado por Cambronero y finalizado por Ayuso, Tapia y Vizmanos, consta de un título preliminar y cuatro libros con 2.458 artículos. El Libro I se titula: "De las personas". El Título VII trata "Del divorcio". El artículo 242 situado dentro del capítulo I consagra que la distribución de la prole es exclusivamente de la competencia de la jurisdicción Real ordinaria. En el capítulo II (Arts. 244-259) se regulan los efectos del divorcio y dentro de este capítulo, los artículos 250 a 256 tratan de la guarda, custodia y patria potestad sobre los hijos comunes. El artículo 251 consagra el derecho que se otorga al cónyuge inocente para llevarse consigo todos los hijos del matrimonio, sin que ello interrumpa ni disminuya las obligaciones de ambos consortes en beneficio de aquellos. El artículo 252 dispone que "durante la menor edad de tres años de los hijos, y en circunstancias extraordinarias, podrá el Juez usar de la autoridad discrecional que le concede el artículo 189". El artículo 189 a su vez consagra la obligación de los hijos de seguir al padre o estar a disposición suya si fueren mayores de tres años; pero *interin* no pasen de esta edad deberán estar siempre bajo el cuidado y en compañía de su madre. Si esta se opusiere fundadamente a que los hijos sigan al padre, el Juez podrá determinar, con conocimiento de causa, lo que mas conveniente le pareciere al interés de aquellos. El artículo 253 regula la pérdida de la patria potestad del marido sobre los hijos en caso de haber sido declarado culpable de la separación por alguna de las causas del art.233. En este caso, el artículo 254 dispone que el ejercicio de la patria potestad recaerá en la mujer, si por la sentencia hubiere sido declarada inocente y en otro caso, el artículo 255 el Juez proveerá de tutores o curadores a los hijos.

El Proyecto de Código Civil de 1851, se ocupa en el Libro I "De las personas". El Título III trata "Del matrimonio". El Capítulo IV se titula "Del divorcio". La sección 3ª regula los efectos del divorcio, la cual se inicia con el artículo 82⁶³, que se expresa en los siguientes términos:

Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge no culpable. Si ambos fueren culpables se proveerá a los hijos de tutor, en conformidad a lo

⁶³ GARCÍA GOYENA, F. **Comentarios al Código Civil**. Ob. cit. p. 98, sitúa los precedentes de este artículo en el derecho comparado en: artículo 302 del Código Francés, artículo 156 de Vaud, 284 Holandés, que sin embargo deja al padre y a la madre los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela y el artículo 155 de Luisiana. En las Partidas en la Partida 4, Título 19, Ley 3, que dispone que el que no tuvo culpa debe criar y tener en guarda a los hijos, aunque impone al esposo culpable, si es rico, la obligación de dar de lo suyo con que críen los hijos, mayores o menores de 3 años de edad. Esta ley de Partida repite el capítulo 7 de la Novela 117.

que se dispone en los capítulos III y IV, título VIII de este libro. Los hijos menores de 3 años se mantendrán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, si el tribunal no dispusiere otra cosa.

El artículo 83 dispone: “El padre y la madre quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad”.

El artículo 84.2 establece: “En todo caso, si los padres divorciados por alguna de las causas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 76 proveyesen, de común acuerdo, al cuidado y educación de los hijos, se guardará lo que dispongan”.

El Proyecto de Código civil en los supuestos de divorcio culpable por las causas de adulterio y malos tratos de obra o injurias graves previstos en el artículo 76 1 y 2, admite la posibilidad de que lleguen a un mutuo acuerdo sobre el cuidado y la educación de los hijos, en cuyo caso ha de respetarse y establecerse como efectos del divorcio en esta materia lo acordado por los mismos⁶⁴.

Los criterios que utiliza el Proyecto del Código Civil de 1851 para atribuir la guarda de los hijos en casos de divorcio, en el que no existe acuerdo sobre este extremo entre los cónyuges, se fundamentan en el criterio de la edad y en el de la culpabilidad. En estos supuestos el Juez determina quien ha de tener la guarda de los hijos pero su arbitrio se encuentra limitado a los criterios legales que establece el proyecto de Código civil de 1851.

- El criterio de edad al que se refiere el artículo 82 atribuye los hijos menores de 3 años al cuidado de la madre hasta que se cumplan los 3 años, siempre que el Tribunal no dispusiere otra cosa.

Opina García Goyena⁶⁵, que el límite de los 3 años se establece en virtud de que hasta esta edad se reputa ser el tiempo de la lactancia citando como precedentes el CJ 8.47.9 y la P.4.19.3, por lo mismo es una obligación natural de la madre el mantenerlos durante ella.

⁶⁴ GARCÍA GOYENA, F. **Comentarios al Código Civil**. Ob. cit., p. 99, indica que el divorcio por estas dos causas es compatible con el amor a los hijos y con el ningún peligro moral de los mismos, lo que no sucede en los casos de los números 3,4 y 5 del artículo 76. Confía, pues, la ley en este amor y solicitud de los padres, aunque los dos sean culpables, para hacer enmudecer todas sus disposiciones.

⁶⁵ GARCÍA GOYENA, F. **Comentarios al Código Civil**. Ob. cit., p. 98. Este autor indica que si la madre no criase el hijo a sus pechos, la lactancia entrará en la clase general de alimentos y seguirá su condición. El artículo 142 sardo extiende la lactancia a cuatro años.

- El criterio de culpabilidad determina que los hijos quedarán o se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge inocente y en caso de que ambos fueren culpables se proveerá a los hijos de un tutor.

El divorcio conlleva también la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, al así establecerlo el artículo 85 del proyecto, si bien subsistirán las obligaciones que el padre y la madre tienen para con sus hijos tal como dispone el artículo 83, pues como afirma García Goyena⁶⁶ la pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena pueden perderse derechos, nunca dispensarse obligaciones.

El Proyecto de Código Civil de 1851, contiene una Sección 2ª titulada “de las medidas provisionales consiguientes a la demanda de divorcio”. Esta sección comienza con el artículo 81 y en lo que aquí respecta, dispone que al admitir la demanda de divorcio o antes, si hubiese urgencia, se adoptarán provisionalmente, y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: “3. Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 82 y 84. y 4. Señalar alimentos a la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre.”.

García Goyena⁶⁷ en su comentario al número 3º destaca que en caso de duda deberá ser preferido el padre, porque goza de hecho y de derecho de la patria potestad. De todos modos, el Juez al acordar esta medida, no debe perder de vista que tiene por único objeto la mejor educación y bienestar de los hijos.

Lo relevante de esta sección es que contempla la existencia de unas medidas previas a la demanda de divorcio en caso de urgencia y unas medidas coetáneas a la misma, en la que el Juez tiene que determinar sobre la custodia de los hijos y que estarán vigentes hasta que exista sentencia firme de divorcio que las confirme o modifique.

El artículo 81.3 prevé la posibilidad de otorgar tanto una custodia exclusiva a uno de los cónyuges, como una custodia compartida-ó *de los dos*- y para decidir sobre ello deberá tener presentes los criterios de los artículos 82 y 84.

El Proyecto de García Goyena dedica un capítulo V a la “Disolución y nulidad del matrimonio” que comprende los artículos 89 a 97. Dentro de dicho capítulo, el artículo 94 regula los efectos que produce la disolución y nulidad del matrimonio en lo que afecta a la guarda y custodia de los hijos en caso de inexistencia de acuerdo entre los padres, que se expresa en los siguientes términos:

⁶⁶ GARCÍA GOYENA, F. *Comentarios al Código Civil*. Ob. cit., p. 98.

⁶⁷ GARCÍA GOYENA, F. *Comentarios al Código Civil*. Ob. cit., p. 96-97.

Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

El artículo 95 dispone: “Lo establecido en el artículo anterior no tendrá lugar, si los padres, de común acuerdo dispusieren otra cosa”.

De la regulación anterior puede concluirse que en caso de disolución del matrimonio, solo por la muerte y en el supuesto de nulidad, los criterios que ha de utilizar el juez o tribunal para atribuir la guarda y custodia de los hijos, en caso de desacuerdo entre los padres, son:

1. El criterio de edad. Los menores de 3 años, sin distinción de sexo, quedarán bajo el cuidado de la madre hasta que cumplan los 3 años.

2. Si ha existido buena fe en ambos cónyuges, se utiliza el criterio de edad y sexo, de tal forma que los hijos varones mayores de 3 años quedarán bajo la guarda del padre y las hijas al de la madre.

3. Si la buena fe solo ha existido en uno de los cónyuges, los hijos, sin distinción de sexo, quedarán bajo su poder y compañía.

Recibido el Proyecto en el Ministerio de Gracia y Justicia, ante las reiteradas reclamaciones dirigidas a la Comisión, se resolvió por Real Orden de 12 de Junio de 1851 demorar la publicación a fin de someterlo a información pública, sin que el texto llegara a ver la luz, siendo transcrito su contenido en esta materia literalmente en el Proyecto de Código Civil de 19 de mayo de 1869.

El Proyecto de Código Civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el ministro Antonio Romero Ortiz, en su exposición de motivos declara:

[...] la patria potestad, pues, se admite en ambos cónyuges con todos sus efectos. Su ejercicio durante el matrimonio corresponde al padre mientras no se halle privado del ejercicio de los derechos civiles y aquel poder se consigue por la agnación del hijo en matrimonio en los términos expuestos, la legitimación y la adopción(..) en orden a la guarda de los menores no debía seguirse el criterio que las leyes romanas nos dejaron trazado y que adoptaron las leyes de partida. Así es que, aprobado el pro-

yecto, mientras haya madre que no esté impedida moral o legalmente para ejercer la patria potestad, no se abrirá la tutela⁶⁸.

El libro I se titula “*De las personas*” y dentro del mismo se contiene el Título VI que trata “del matrimonio”. Dentro del Título VI, dedica el capítulo V “Del Divorcio” y el capítulo VI “De la disolución y nulidad del matrimonio”.

En materia de Divorcio, el capítulo V se estructura en tres secciones, la sección 2ª titulada “De las medidas provisionales consiguientes a la demanda de divorcio” cuenta con un solo artículo el artículo 107 cuya regulación es idéntica a la ya establecida en el Proyecto de García Goyena de 1851 en los que afecta a la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los cónyuges o a ambos hasta que se dicte sentencia definitiva de divorcio⁶⁹.

La sección 3ª: De los efectos del divorcio comprende los artículos 108 a 114.

El artículo 108 se expresa en los siguientes términos:

Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge no culpable. Si ambos cónyuges fueren culpables, se proveerá a los hijos de tutor, en conformidad a lo que dispone en los capítulos III y IV, Título XII de este libro. Los hijos menores de tres años se mantendrán hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre si el tribunal no dispusiese otra cosa.

El artículo 109: “El padre y la madre quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad”.

El Artículo 110: “Si los padres divorciados por alguna de las causas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 102, proveyeren de común acuerdo al cuidado y educación de los hijos, se guardará lo que dispongan”.

La regulación que en materia de guarda y custodia de los hijos realiza el Proyecto de Código civil de 1869 es idéntica a la ya establecida en el Proyecto de Código civil de García Goyena, rigiendo los criterios de edad, culpabilidad como criterios que han de regir la atribución de la guarda de los hijos.

⁶⁸ LASSO GAITE, JF. *Cronica de la Codificación Española*. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código), Vol. II. Madrid, 1979, p. 502.

⁶⁹ Art. 107 Proyecto Código Civil de 1869: “Al admitir la demanda de divorcio o antes si hubiese urgencia, se adoptarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes: 1. Separar los cónyuges en todo caso, depositando a la mujer con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil. 2. Poner los hijos al cuidado de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 108 y 110. 3. Señalar alimentos a la mujer e hijos que no queden en poder del padre. 4. Dictar las medidas convenientes para que el marido como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio a la mujer. Esta disposición se limita al caso en que sea la mujer quien pida el divorcio”.

El capítulo VI referido a la “disolución y nulidad del matrimonio” contiene una sección 3ª sobre los “efectos de la declaración de nulidad del matrimonio”, en la que se incardinan los artículos 123 a 126. Los artículos 125 y 126⁷⁰ son los que establecen los criterios para atribuir la guarda y custodia de los hijos, cuya redacción es similar a los artículos 94 y 95 del Proyecto de García Goyena.

En tanto se llegaba a la redacción del nuevo Código, el día 18 de junio de 1870 se promulgaba la Ley Provisional de Matrimonio Civil, “único reconocido que habrá de celebrarse por todos los españoles que deseen contraer el vínculo”. Era a la sazón Ministro de Justicia Don Eugenio Montero Ríos y entró en vigor en la Península el día primero de septiembre, y el quince del mismo mes en Canarias, estando vigente hasta su derogación por R.D de 9 de febrero de 1875.

El capítulo VII “Del Divorcio” se subdivide en tres secciones. La sección segunda: “De las disposiciones preliminares del divorcio”, contiene un solo artículo, el artículo 87, que se expresa en los siguientes términos:

Admitida la demanda de divorcio, ó antes si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente:

Primero. La separación provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer.

Segundo el depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente; y si ambos fueren culpables, el nombramiento de tutor y curador de los mismos y su separación de los padres. Si las causas que hubieren dado margen al divorcio fueren las primeras, segunda, tercera, cuarta y octava del artículo 85, podrán los padres proveer de común acuerdo al cuidado y educación de sus hijos.

Tercero. El señalamiento de alimentos a la mujer y a los hijos que no quedaren en poder del padre.

Cuarto. La adopción de las disposiciones necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio perjudique a la mujer en la administración de sus bienes.

⁷⁰ Art. 125: Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

Art. 126: Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, dispusieran otra cosa.

El criterio que ha de tener presente el Juez para atribuir la custodia de los hijos en medidas provisionales o en medidas previas a la demanda de divorcio es el que tiene su fundamento en la culpabilidad de los cónyuges.

La sección tercera “De los efectos de divorcio” comprende los artículos 88 y 89. El artículo 88 en lo que afecta a la guarda, custodia y patria potestad sobre los hijos, dispone:

La sentencia ejecutoria del divorcio producirá los siguientes efectos.

Primero. La separación definitiva de los cónyuges.

Segundo. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor o curador, que se nombrará con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo los casos comprendidos en el núm. 2 del artículo 87.

No obstante las disposiciones anteriores, la madre conservará en todo caso á su cuidado a los hijos menores de tres años hasta que cumplan esta edad, á no ser que se haya dispuesto otra cosa en la sentencia

Tercero. La privación por parte del cónyuge culpable, mientras viviere el inocente de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre las personas y bienes de los hijos. A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado margen al divorcio hubiere sido alguna de las comprendidas en el mencionado num.2 del art.87. Si fuere distinta, se nombrará tutor a los hijos en la forma prevenida. La privación de la patria potestad y sus derechos no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos [...].

En capítulo independiente, el capítulo VIII, regula lo referente a la “disolución y nulidad del matrimonio”. Este capítulo se subdivide en una sección 1ª: “De la disolución del matrimonio”, una sección 2ª: “De la nulidad del matrimonio” y una sección 3ª que contiene los artículos 94 a 100. Los artículos 97 y 98 se refieren a los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos en los mismos términos que los ya establecidos en el Proyecto de García Goyena de 1851 y en el posterior de 1869.

El Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) se ocupa de los “efectos civiles de la nulidad del matrimonio y del divorcio” en la sección cuarta del Título III, artículos. 54 a 62. En lo que respecta a los efectos que producen tanto la nulidad como el divorcio respecto a los hijos comunes, son de destacar los siguientes:

Art. 55. Interpuestas y admitidas las demandas que habla en artículo anterior, se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones siguientes:

1ª. Separar los cónyuges en todo caso.

2ª. Depositar la mujer en los casos y formas prevenidos en la Ley de enjuiciamiento Civil.

3ª. Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos según proceda.

4ª. Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

5ª. Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio, o contra el cual se dedujese demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes.

El artículo 58:

Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que por motivos especiales dispusiese otra cosa la sentencia.

El artículo 59 dispone: “Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuerdo proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos”.

Artículo 61:

La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

1º. La separación definitiva de los cónyuges.

2º. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables se proveerá de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado origen al divorcio hubiere sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fuere distinta, se nombrará tutor

a los hijos. La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que éste Código le impone respecto de sus hijos.

3º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiere recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiere prometido.

4º. La separación de los bienes de la sociedad conyugal, y la pérdida de la administración de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio.

5ª. La conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos.

Del examen de los artículos anteriores, puede concluirse que sus precedentes prelegislativos y legislativos fueron el Proyecto de García Goyena de 1851 reproducido en el Proyecto de Código Civil de 1869 y la ley de matrimonio civil de 1870.

El Código Civil español aprobado por RD de 24 de julio 1889 ⁷¹ dedica una sección quinta a los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio (Arts. 67 a 74).

El artículo 68⁷² regula las medidas provisionales o coetáneas a adoptar mientras dure el juicio, consistentes en:

1ª Separar los cónyuges en todo caso.

2ª Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3ª Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda.

4ª Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

5ª. Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, o contra quien se dedujere la

⁷¹ **Código civil español, completado con la Ley de Bases, las correcciones y reformas introducidas hasta 1904.** 10 ed, Madrid, 1905.

⁷² Su precedente con una redacción literal se encuentra en el artículo 55 Anteproyecto de Código civil 1882-1882 en el que únicamente se contempla la posibilidad de unas medidas coetáneas a la demanda de divorcio y nulidad, omitiéndose las medidas urgentes previas que si se mencionaban en el Proyecto de García Goyena de 1851 (art. 81). En este artículo el criterio de atribución de la custodia de los hijos queda al arbitrio judicial, de ahí que el apartado 3º se refiera a *según proceda*, frente a la expresión contenida en el artículo 81 del proyecto de García Goyena 1851: *observándose lo dispuesto en los artículos 82 y 84. y 4*

demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes.

Artículo 70⁷³:

Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del num.2º del artículo 73. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que se cumpla esta edad, al cuidado de la madre, á no ser que, por motivos especiales, dispusiese otra cosa la sentencia.

Artículo 71⁷⁴: “Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos.”.

Artículo 73: La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

1º. La separación definitiva de los cónyuges.

2º. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables se proveerá de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código.

Esto no obstante, si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado origen al divorcio hubiere sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fuere distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que éste Código le impone respecto de sus hijos.

3º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiere recibido del

⁷³ Tiene perfecta relación con el artículo 97 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, cuyo precedente se encuentra en el Proyecto de Código civil de García Goyena de 1851.

⁷⁴ Está tomado literalmente del artículo 59 del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que tiene su precedente en el artículo 98 de la ley de Matrimonio civil de 1870, y en el Proyecto de García Goyena de 1851 reproducido en el Proyecto de Código civil de 1869.

culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiere prometido.

4º. La separación de los bienes de la sociedad conyugal, y la pérdida de la administración de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio.

5ª. La conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos.

De los anteriores textos, pueden realizarse las siguientes conclusiones:

1. Medidas provisionales en procedimientos de nulidad y divorcio.

- Exigen para poder adoptarse la admisión de la demanda de divorcio o nulidad, no bastando la mera interposición.

- Cuidado de los hijos. El precepto indica que puede determinarse una guarda exclusiva a uno de los cónyuges o compartida atribuyéndose a los dos según proceda. No se estableció criterio específico de atribución. Scaevola⁷⁵ opina que:

[...] no lo hizo por legislar respecto de esta situación transitoria el artículo 1887 de la Ley de enjuiciamiento Civil. Según este artículo, los hijos que no hubiesen cumplido tres años, quedarán en poder de la madre, y los que pasen de dicha edad, sin distinción de sexo, quedarán en poder del padre hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda.

2. En materia de nulidad del matrimonio, respecto a la atribución de la guarda y custodia de los hijos, se mantiene vigente el criterio establecido por el proyecto de García Goyena de 1851 y en la Ley de matrimonio civil de 1870. El precepto reitera que los criterios que ha de utilizar el juez o tribunal para atribuir la guarda y custodia de los hijos, en caso de desacuerdo entre los padres, son:

1. El criterio de edad. Los menores de 3 años, sin distinción de sexo, quedarán bajo el cuidado de la madre hasta que cumplan los 3 años.

2. Si ha existido buena fe en ambos cónyuges, se utiliza el criterio de edad y sexo, de tal forma que los hijos varones mayores de 3 años quedarán bajo la guarda del padre y las hijas al de la madre.

3. Si la buena fe solo ha existido en uno de los cónyuges, los hijos, sin distinción de sexo, quedarán bajo su poder y compañía.

⁷⁵ MUCIUS SCAEVOLA, Q. **Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día**. Tomo II. Madrid, 1946, p. 504-505.

4. Si la mala fe fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del num.2º del artículo 73

3. En los supuestos de divorcio. El código civil utiliza el criterio de la culpabilidad- *los hijos quedaran o serán puestos bajo la potestad o protección del cónyuge inocente*- y el de edad limitado a los 3 años, salvo disposición en contrario en la sentencia. También se contempla la posibilidad de nombramiento de un tutor en caso de culpabilidad de ambos cónyuges.

Estos preceptos y en lo que afecta a la guarda y custodia de los hijos, sufrieron modificaciones desde su redacción originaria hasta la actualidad, que vinieron marcadas por la Ley de Divorcio de 11 de septiembre de 1932, la Ley de 24 de abril de 1958, la Ley de 7 de julio de 1981 y la mas reciente de Ley 15/2005 de 8 de julio.

La Constitución de 1931, durante la II República española, proclamaba en su artículo 43º:

La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa.

Hasta entonces, lo relativo al matrimonio y el divorcio se regía por el Código Civil de 1889, que en su artículo 52º afirmaba: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”.

Por lo tanto, la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932⁷⁶ suponía una importante novedad legal, si bien fue derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939.

La ley de 24 de abril de 1958 realiza una modificación importante en la materia, al subir el límite del criterio de edad de 3 a 7 años, en el que los hijos han de ser atribuidos a la madre, reconocer al cónyuge no custodio un derecho de visitas, estancias y comunicaciones así como en materia de medidas provisionales y medidas previas o provisionalísimas que las confiere una regulación independiente.

Las medidas establecidas se dividen en dos grupos; forma uno, las que pueden denominarse provisionalísimas o previas, en cuanto son anteriores a la interposición de la demanda, si bien quedan subordinadas a que tal actua-

⁷⁶ La Ley de 2 marzo de 1932 de Divorcio – derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 – exigía la concurrencia de causa (art. 3º) o bien el acuerdo de ambos cónyuges (art. 2º), sin necesidad de separación previa. El tiempo mínimo para instar el divorcio de mutuo acuerdo era de dos años.

ción procesal se produzca dentro de un determinado plazo que se regulan en el artículo 67, e integran el segundo grupo aquellas que siguen a la admisión de la demanda, que son las propiamente provisionales y a las que dedica el artículo 68.

Artículo 67:

La mujer que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio puede pedir que se le separe provisionalmente de su marido y que se le confíen, con igual carácter, los hijos menores de siete años, se le señale un domicilio y si es menor de edad, la persona bajo cuya custodia haya de quedar, así como los auxilios económicos necesarios a cargo de su cónyuge, medidas que quedarán sin efecto si en los treinta días siguientes no se acreditara la interposición de la demanda o en cuanto se justifique la inadmisión de ésta.

Artículo 68. "Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes:"

1ª Separar a los cónyuges en todo caso.

2ª Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquélla.

3ª Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de aquéllos ejercerá la patria potestad.

En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares, correspondiendo las del Protutor y Consejo de Familias a la autoridad judicial.

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos.

4ª En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán las siguientes reglas:

El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales.

5ª Señalar alimentos a la mujer, y en su caso al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa.

Acordar si procede, el abono de litis expensas, determinando la cuantía y 6ª la persona obligada al pago».

Artículo 70. «La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos:

Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo 73 .

Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos especiales proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.

Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional según las particularidades del caso».

Artículo 71. Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuer-

do, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos dejando siempre a salvo lo establecido en los dos últimos párrafos del mismo artículo».

Artículo 73 «La ejecución de separación producirá los siguientes efectos:

1º La separación de los cónyuges.

2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

Sin embargo de lo anteriormente establecido si al juzgarse sobre la separación se hubiera por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado.

Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.

3º Perder el cónyuge culpable todo lo que hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

4º La separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que le correspondan.

5º La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos.

6º El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo segundo del artículo 1434.

Sin embargo ha sido tras la reforma producida por La ley de 7 de julio de 1981 cuando empieza a tener una extraordinaria importancia no solo la regulación del divorcio sino, en lo que afecta a este trabajo, los efectos que la separación, nulidad y divorcio producen en relación con los hijos.

La ley de 7 de julio de 1981 contiene una capítulo CAPITULO IX. "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio". Al admitirse el divorcio consensual o de mutuo acuerdo y el divorcio contencioso, el artículo 90 detalla el contenido que ha de tener el convenio regulador, considerándose como de obligado contenido "a) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos."

El precepto parte de la distinción entre titularidad de la patria potestad- que en principio corresponde a ambos progenitores- y atribución de la guarda que puede hacerse no solo a uno de los padres, sino también a otros miembros de la familia, de ahí la expresión "determinación de la persona a cuyo cuidado."

Recoge el derecho de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, cuyo primer precedente legislativo se halla en la Ley de Divorcio de 1932 y en la reforma que del Código civil se realiza mediante Ley de 24 de abril de 1958.

En defecto de acuerdo de los cónyuges o no aprobación del mismo, el artículo 91⁷⁷ consagra el arbitrio judicial en lo referente a las medidas que afecten a los hijos.

Este precepto se completa con el Artículo 92 que se expresa en los siguientes términos:

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

⁷⁷ Art. 91: En las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, las vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Añade un artículo 94 en el que se regula el derecho de visitas, comunicación y estancias:

El progenitor que no tenga consigo los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlo, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial⁷⁸.

La modificación mas destacada en lo que a la materia objeto de este trabajo afecta, consiste en el abandono del criterio de culpabilidad, contenido en el derogado artículo 73.2 Cc, a tenor del cual, los hijos quedaban bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

El derogado artículo 73.2, párrafo 3º disponía en una hipótesis de separación, que: “La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos”.

Suprimido el criterio de culpa, el legislador de 1981 estableció en el art.92.1 una regla de alcance general aplicable a todos los conflictos matrimoniales: “La separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos”.

Se sustituye el criterio de la culpabilidad por el del beneficio de los hijos para la adopción de las medidas que les afectan, tal como se desprende del párrafo 2º del artículo 92. Principio básico que si no es observado por los progenitores de mutuo acuerdo, el artículo 90 preve la posibilidad de que el convenio regulador en esta materia no sea homologable por el Juez, “si son dañosos para los hijos”. El interés o beneficio de los hijos constituye un límite al arbitrio judicial que hace que la actuación judicial no sea totalmente discrecional.

Con esta decisión se da un vuelco al sistema anteriormente imperante en esta materia, basado en el poder de los padres y preponderancia de sus

⁷⁸ El derecho de visita hasta la reforma por ley de 7 de julio de 1981 tenía una mínima regulación tras la reforma por la Ley de 1958, al disponer en el número 3º, párrafo 3º que “el Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

intereses, pasándose a otro, cimentado en el superior interés del hijo o *favor filli*.⁷⁹

Otra novedad consiste en que en la atribución del cuidado de los hijos ha de procurarse no separar a los hermanos. Probablemente esta recomendación iba dirigida a acabar con el criterio de distribución de los hijos por razón de sexo, de tal forma que los hijos no tenían que quedar bajo el cuidado del padre y las hijas bajo el de la madre, como ya venía estableciéndose en los precedentes prelegislativos y legislativos.

La guarda y custodia de los hijos ha raíz de esta reforma producida por la Ley de 7 de julio de 1981 provocó un vuelco en el tratamiento de la materia en la jurisprudencia, en la que casi de forma unánime y como regla general la guarda y custodia de los hijos era atribuida a la madre, por entender que el interés y beneficio del menor así lo aconsejaba. Este deslizamiento hacia la atribución exclusiva de la guarda de los hijos a la madre, confirmando al padre un derecho de visitas estancias y comunicaciones provocó un descontento generalizado entre los padres separados o divorciados, que tuvo su pequeño reflejo en la reforma posterior acaecida por Ley 15/2005 de 8 de Julio, en la que aparece la posibilidad de otorgamiento de una custodia compartida establecida de mutuo acuerdo entre los cónyuges o en su defecto acordada con carácter excepcional por el Juez.

El esquema tradicional existente durante muchos años viene presidido por la configuración de la custodia individual como norma general, admitiéndose desde el año 2005 la posibilidad de establecer custodias compartidas de mutuo acuerdo o con carácter excepcional.

La Guarda y custodia compartida ha de entenderse en el sentido de la coparentalidad, de tal forma que ambos progenitores, tras la ruptura han de continuar teniendo los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura.

Por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, se ha introducido por primera vez la regulación legal de la figura de la custodia compartida⁸⁰, pretendiendo con esta Ley

⁷⁹ *Favor filli* que se ha visto reafirmado a consecuencia de la ratificación por el estado español el 30 de noviembre de 1990 de la Convención de derechos del niño, de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y en La ley orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.

⁸⁰ Respecto a las críticas terminológicas sobre los términos utilizados de "Ejercicio compartido de la Guarda y custodia", "Guarda conjunta, Guarda y custodia compartida", vid. PALAY EVALLESPINÓS, M. **Medidas en relación a los hijos y regulación de la Guarda y Custodia Compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio**; VIÑAS MAESTRE, D. "La custodia compartida". **Revista Sepinnet**. Persona y familia. Mayo 2008, nº 77, p. 16; SEISDEDOS MUIÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". **BIB** 2005/2649, p. 14. Sobre la

reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido, tal como se recoge en la exposición de motivos de la Ley.

Ahora bien, la reforma prevé como regla general que para su otorgamiento, la guarda y custodia compartida sea solicitada de común acuerdo, siendo la excepción la solicitud a instancia de uno solo de los progenitores, estableciendo diferente regulación y requisitos para los supuestos de custodia compartida adoptada en procedimiento de mutuo acuerdo o las establecidas en procedimientos contenciosos.

3.4.1. Procedimientos de Mutuo Acuerdo

El artículo 90 del Código civil, como uno de los extremos que han de incluirse dentro del convenio regulador recoge: “el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

El actual art. 92 CC, en su núm. 5 dispone que:

se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia” cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Antes de acordar el régimen de custodia compartida, el art. 92. 6 del Código Civil exige: a) Informe preceptivo del Ministerio Fiscal, cuyo contenido no es vinculante para el Juez, a diferencia de lo que acaece en los procedimientos contenciosos⁸¹. b) Audiencia de los menores que tengan suficiente

tramitación parlamentaria de la Ley, sus redacciones en el proyecto, enmiendas presentadas y modificaciones que dieron lugar al texto vigente, vid. SEISDEDOS MUIÑO, A. “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)”. **BIB** 2005/2649.

⁸¹ A diferencia de lo que prescribe el apartado 8 del art. 92 CC, no se exige que este informe que emita el Ministerio Fiscal sea favorable. De ahí que si se opone al régimen de custodia que las partes han propuesto, ello no va a impedir su posterior aprobación judicial, dejando a salvo el derecho del Ministerio Fiscal o de las partes para que utilicen la vía del recurso de apelación contra la resolución judicial si entienden vulnerado el interés del menor/es. Vid. Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona de 26 de julio de 2005, la cual desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que se oponía al establecimiento de la guarda y custodia con-

juicio, cuando se estime necesario por el propio Juez de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial.⁸²

A pesar del tenor literal del art. 92 CC, la expresión “se acordará” del apartado quinto de la norma — que tiene carácter imperativo — no va a obligar al Juez a la aprobación de ese convenio o acuerdo al que lleguen las partes, porque lo que el Juez debe hacer es valorar si ese convenio o acuerdo es beneficioso a los intereses del menor, previo informe del Ministerio Fiscal, el cual examinará todas las cláusulas del mismo a estos efectos.

c) Valoración de las alegaciones de las partes en la comparecencia y prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantienen entre sí y sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda, así como la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

d) Comprobar la inexistencia de motivos por los que dicha custodia resulta improcedente por aplicación del art. 92.7 CC⁸³ que dispone:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o

junta y acuerda la misma atendiendo principalmente al interés del menor afectado, ya que dicho sistema fue plenamente aceptado por el menor y la situación familiar funcionaba, sin que se conozcan problemas, discusiones, disgustos o traumas.

⁸² Se garantiza el derecho de los menores a ser oídos, desapareciendo la obligatoriedad de oír a los hijos menores, mayores de doce años, en todos los procesos. Todo ello en consonancia con el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección del menor. Se modifica en el mismo sentido el art. 777 de la LEC. El Reglamento Europeo 2201/2003 del Consejo de Europa, de 27 de Noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, contempla como motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental, en el art. 23, entre otras, que se haya dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia del menor, en violación de principios fundamentales del procedimiento del Estado miembro requerido, y dispone en la consideración 19 que la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sn que este tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia y en la consideración 20 que la audiencia de un menor en otro Estado Miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento 1206/2001 del Consejo, del 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

⁸³ La imposibilidad de acordar la custodia compartida por este motivo se evidencia en SAP de Murcia, sección 5ª, de 29 de junio de 2006; SAP Barcelona, Sección 12, de 12 de abril de 2007, así como la SAP Castellón, Secc. 2ª, de 25 de enero de 2008, que estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que acuerda la separación y aprueba el convenio regulador que contempla la guarda y custodia compartida, como consecuencia de la incoación de un procedimiento por delito de violencia de género seguido contra el esposo... al que además se le acusa por delito de violencia de género del art. 153.1 CP... y es que «este hecho no puede ser sustituido por el hecho de que la esposa haya declarado que no obstante lo anterior la relación entre ambos es buena».

la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Ahora bien, debería haberse previsto para el caso de que existiera una sentencia firme de condena, pues la aplicación literal de la norma vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE, ya que la mera denuncia de un supuesto delito inhabilitar a cualquier progenitor para obtener la guarda y custodia compartida⁸⁴.

En el supuesto que el contenido del convenio regulador resultase insuficiente, al no explicar adecuadamente el régimen de custodia compartida propuesto, de conformidad con lo que dispone el art. 777.2 y 4 LEC en concordancia con el art. 92.6 y 9 CC, será exigible a los progenitores que justifiquen documentalmente las pretensiones en las que funden su derecho o desde el principio que en el escrito de demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo expliquen de la mejor forma posible la manera en que dicho régimen va a desarrollarse, ya que en caso contrario el Ministerio Fiscal solicitará que se amplíe el convenio en aquellas cláusulas que sean incompletas o insuficientes. En el caso que las partes no acceden a ello, el Juez podrá aprobar dicho acuerdo en todo aquello que sea conforme para el interés del menor y oponerse al resto (art. 777.8 y 9 LEC, lo que no impide a las partes la posibilidad de acudir al recurso de apelación si lo consideran conveniente, a diferencia de lo que ocurre si el convenio es aprobado íntegramente por el Ministerio Fiscal y por el Juez, ya que en esta hipótesis sólo cabría la posibilidad de recurso para el Ministerio Fiscal, art. 777.8.2.º LEC).

3.4.2. Procedimientos Contenciosos

El Art. 92.8 dispone:

Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que

⁸⁴ SAP Valencia, Secc. 10, de 10 de febrero de 2009: "concurren también los requisitos previstos en el artículo 92.8 del CC de la previa petición de parte, habida cuenta de que el demandado solicitó se estableciera una guarda compartida, y el dictamen favorable del Ministerio Fiscal; por lo que se refiere a la denuncia interpuesta por la demandante contra el demandado, que ha dado lugar a la emisión de una prohibición de acercamiento se estima, en relación con la previsión del artículo 92.7 del CC, que dicha denuncia no puede impedir el establecimiento de la guarda compartida habida cuenta de que no consta que los hechos que la han motivado revistan la suficiente gravedad como para suponer un obstáculo efectivo al sistema de guarda fijado; por otro lado... el informe pericial recomienda la custodia compartida, y después también de la vista del juicio que fue suspendida a instancias de la demandante para instruirse del informe e intentar alcanzar un acuerdo".

sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor⁸⁵.

Por ello, en los procedimientos contenciosos la norma contempla con carácter excepcional⁸⁶ la custodia compartida en estos procedimientos y exige

⁸⁵ Vid. VIÑAS MAESTRE, D. La custodia compartida. SP/Doct/3601. **Revista jurídica Sepin**, Mayo 2008, nº 77, Familia, p. 14, pone de manifiesto que la excepcionalidad con que el legislador ha contemplado la guarda compartida se desprende de la propia tramitación parlamentaria de la Ley. El proyecto de Ley presentado inicialmente en el Congreso no hacía referencia a esta posibilidad. Su incorporación al texto tuvo lugar vía enmienda en el Congreso de los Diputados. Concretamente la enmienda nº 48 del Grupo Socialista. En el texto aprobado inicialmente en el Congreso, se exigía para acordar la custodia compartida en los procesos contenciosos el informe favorable del Ministerio Fiscal. En el Senado se propusieron varias enmiendas, de cuyo contenido puede extraerse que se contempla la institución de la custodia compartida cuando no hay acuerdo como excepcional. El texto aprobado en el Senado el 29 de junio de 2005 vino a variar la exigencia inicial del informe favorable del Ministerio Fiscal. Se exigía el informe preceptivo del Ministerio Fiscal pero su contenido no resultaba vinculante y se hacía una específica referencia a la ubicación del domicilio. Se exigía que el Juez se asegurase: "que por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozara de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de la personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales". También exigía el dictamen de especialistas con carácter preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida de forma alterna. El texto definitivo aprobado por el Congreso el 8 de julio de 2005 no aprobó finalmente la enmienda introducida en el Senado, quedando la redacción como actualmente la conocemos. El carácter vinculante del informe del Ministerio Fiscal se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio e interés del niño. SEISDEDOS MUIÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". **BIB** 2005/2649: "Por lo que se refiere al informe del Ministerio Fiscal, en el texto definitivo del artículo 92.8 se exige que sea favorable para que pueda acordarse la guarda compartida a instancia de uno solo de los padres. En el Senado, ya lo hemos visto, se suprimió tal exigencia, al considerarse que la misma constituía una inadmisibles restricción al arbitrio judicial y a la función de juzgar que tiene asignada constitucionalmente el juez. El informe favorable quedó por ello convertido en informe preceptivo del Ministerio Fiscal, lo que venía a constituir una innecesaria reiteración de lo ya dispuesto, con carácter general, en el apartado sexto del mismo artículo, así como en el 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puesto que tal informe debe recabarse por el juez «en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia» (artículo 92.6 CC), resultaba superfluo incluirlo entre los criterios para establecer la custodia compartida sin acuerdo de los cónyuges. Finalmente, el error de los diputados socialistas hizo que se mantuviera la primera versión del texto, de forma que el Ministerio Fiscal tendrá en su mano, si su informe resulta desfavorable, la posibilidad de impedir que el Juez se decante por la guarda conjunta a instancia de una de las partes, aun cuando el propio juez la considere como la mejor solución para la protección del interés del menor".

⁸⁶ Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, sentencia nº 237/2009 de 14 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Diez. Jur 2009/257481: "Con la regulación actual de la materia en nuestro Código Civil, la guarda y custodia compartida se contempla como una medida de carácter excepcional si no existe acuerdo entre los progenitores al respecto, aun con informe del Ministerio Fiscal, pues en este caso la atribución compartida no se torna preceptiva para el Juez, sino que únicamente se otorga a éste la facultad de acordarla (art. 92.8 C.Civil (LEG 1889, 27) en atención a las circunstancias y tomando siempre en consideración el superior interés del menor por encima de cualquier otro". Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª). Sentencia núm. 181/2007 de 3 octubre. Ponente: Ilmo. Sr. Pedro José Vela Torres. JUR 2008/59509: "La norma y la excepción en la petición de la custodia compartida: Para la adopción de la custodia com-

para ello los siguientes requisitos que se mencionan en el artículo 92 del Código civil:

1. Petición de guarda y custodia compartida por una de las partes.
2. Informe favorable del Ministerio Fiscal⁸⁷.
3. Protección del interés superior del menor
4. Progenitor no esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, ni existan indicios fundados de violencia doméstica (art.92.7).⁸⁸

partida, la norma será que la petición la realicen ambos progenitores, bien dentro de un procedimiento de mutuo acuerdo o en el curso de la tramitación de un procedimiento contencioso, siendo válida la petición si se realiza incluso en fase de apelación. Si falta el acuerdo entre los progenitores para la custodia compartida, el otorgamiento será de forma excepcional cuando la petición sea de uno solo de los progenitores. En estos casos, solo procederá su concesión cuando concurren a su vez dos requisitos: informe favorable del Ministerio Fiscal y que el otorgamiento de la custodia compartida sea la única manera de proteger adecuadamente el interés superior del menor”.

⁸⁷ Vid. HERNANDO RAMOS, S. “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”. **Revista La Ley** 12953/2009. CAMPO IZQUIERDA, AL. “Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista el informe favorable del Ministerio Fiscal?” **Revista La Ley** 12960/2009. Las Audiencia Provinciales vienen exigiendo con carácter general la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida en un proceso contencioso (SS AP Barcelona, Secc. 18, de 20 de febrero y 4 de julio de 2007; Secc. 12, de 29 de junio de 2007 y 28 de marzo de 2007; SAP Burgos, sección 2ª, 14 de diciembre de 2006; SAP Cáceres, 5 de marzo de 2007; SAP Castellón, Sección 2ª, de 4 de diciembre de 2006 y 11 de julio de 2007; SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, 4 de diciembre de 2006 y 29 de mayo de 2007; SPA Granada, Secc. 5ª, 23 de marzo de 2007, Huelva, Secc. 2ª, de 5 de marzo de 2007; SAP Huesca, Secc. 1ª de 29 de septiembre de 2006 y 20 de abril de 2007 SAP León, Secc. 2ª de 26 de febrero de 2007; SAP Madrid de 22 de mayo de 2007; SAP Salamanca, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2007; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 2008; SAP Santiago de Compostela, Secc. 6ª, de 29 de julio de 2007; SAP Valencia, Secc. 10, de 7 de junio de 2007 y 18 de junio de 2007; Valladolid, Sección 1ª, de 21 de septiembre de 2006. El adjetivo “favorable” del art.92,8 del Código Civil ha llevado AP Las Palmas, Sección 5ª, auto de 13 de septiembre de 2006 (SP/SENT/144947) a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que se fundamenta en tres motivos: 1. Lesión del derecho reconocido en el art. 14 e infracción del art. 39 de la Constitución. Tratamiento distinto injustificado en supuestos de mutuo acuerdo, en el que es preceptivo el informe del Ministerio Fiscal pero no es vinculante, o ante un supuesto contencioso en el que el informe debe ser necesariamente vinculante. 2. Vulneración del Art. 117.3 de la Constitución, que establece el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.3. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución. Derecho a la tutela judicial efectiva.

⁸⁸ En este sentido interesa destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de 12 de enero de 2007, en la que el leve empujón por el que el padre fue condenado por un delito de malos tratos en el ámbito familiar en Sentencia dictada el 26 de junio de 2006 por el Juzgado de lo Penal nº14 de Barcelona, a la pena de prohibición de aproximación a la actora por el plazo de un año, así como la prohibición de comunicarse con la misma por ningún medio, en el mismo periodo, impide un pronunciamiento sobre la guarda y custodia compartida. Lo novedoso de la sentencia radica en destacar que una vez que la sanción penal impuesta

Por último, el art. 92.9 faculta al Juez para que, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, pueda recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores⁸⁹.

No es objeto de este trabajo de investigación analizar todos los problemas que plantea en la doctrina y en la jurisprudencia la regulación de la guarda y custodia exclusiva o compartida y el llamado derecho de visitas, estancias y comunicaciones que son variados y extensos y exceden con mucho del contenido del presente trabajo, como tampoco lo es analizar el contenido de la regulación en las diferentes comunidades autónomas.

quede sin efecto, nada imposibilita que los padres prosigan el proceso para compartir la custodia de su hija.

Los motivos que cita el art. 92.7, en mi opinión son motivos que directamente determinarían que no se le atribuyera la guarda en general, exclusiva o compartida, a los padres, en quien concurrían estos motivos, por ello la referencia exclusiva a la improcedencia de la guarda conjunta entiendo que no es correcta, ya que ha de referirse a la guarda en general sea atribuida a uno solo de los padres o a ambos. Por otro lado, tampoco me parece muy afortunado el motivo basado en la apreciación del Juez de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, puesto que si el Juez aprecia la existencia de estos indicios, lo que debe hacer es proceder contra el presunto autor en la forma prevista en la legislación vigente, por ello este último párrafo del art. 92.7 de la reforma no es totalmente correcto y atenta contra el art. 24 de la CE que consagra el legítimo derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.

⁸⁹ SEISDEDOS MUIÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". **BIB** 2005/2649: "La misma suerte corrió, y por el mismo motivo, una última cautela incorporada por el Senado, esta vez en el párrafo noveno del artículo 92, para cuando se otorgara el régimen de custodia compartida sin acuerdo de los padres. Me refiero al dictamen de especialistas relativo a la idoneidad de dicho sistema. En el proyecto, el artículo 92.9 señalaba que «el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores». La Comisión de Justicia del Congreso, a propuesta de la Ponencia, retocó ligeramente esta norma, sustituyendo el término facultativo por el de especialistas debidamente cualificados. En el Senado, el Grupo Socialista presentó una enmienda por la que a esta disposición se le añadía un párrafo del siguiente tenor: «En todo caso, el dictamen será preceptivo cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida sin que medie mutuo acuerdo». Por otro lado, como resultado de la propuesta de transacción presentada por el Partido Socialista en la Comisión de Justicia del Senado, la Cámara Alta otorgó finalmente al apartado noveno esta redacción: «El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del equipo psico-asistencial adscrito a la Administración de Justicia o de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. En todo caso, el dictamen será preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida ejercida de forma alterna contemplado en el apartado 8». Y así hubiera pasado al Código Civil de no ser por el tantas veces mencionado error en la votación final, que convirtió en texto definitivo el aprobado inicialmente por el Congreso, en el que no se establecía el carácter obligatorio del dictamen de especialistas para decretar la guarda conjunta sin acuerdo de los progenitores".

Los cambios legislativos producidos por estas últimas reformas de los años 1981 y 2005 han sido de excepcional importancia para el derecho de familia y en especial en materia de guarda y custodia de los hijos en los supuestos de rupturas matrimoniales, al desterrar los criterios de atribución que se fundamentaban en la edad, la culpabilidad y el sexo, regresando al criterio del arbitrio judicial que los Emperadores Diocleciano y Maximiano en su día establecieron y que nos transmite el CJ 5.24.1.



LOS PRINCIPIOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL Y LA TRIBUTACION DE LOS SERVICIOS SIN TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA PRESTADOS POR NO RESIDENTES SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN BRASIL. SU CONFORMACIÓN JURÍDICA POR LOS TRIBUNALES

*Marcus Lívio Gomes**

Resumen

El presente trabajo delimitará los problemas relativos a la tributación de las prestaciones internacionales de servicios sin transferencia de tecnología por no residentes sin establecimiento en el territorio en la normativa brasileña. Así, las cuestiones previas abordadas sirven de fundamento para alcanzar el objetivo del texto, no teniendo la intención de agotar o profundizar cuestiones dogmáticas que pueden ser tema de otras monografías. Es decir, su estudio es instrumental y preparatorio para que se pueda llegar al tema propuesto.

Palabras clave

Fiscalidad Internacional. Tributación. Transferencia de Tecnología.

Resumo

O presente trabalho delimita os problemas relativos à tributação das prestações internacionais de serviços sem transferência de tecnologia por não residentes sem estabelecimento no território segundo a legislação brasileira. Assim, as questões prévias abordadas servem de fundamento para alcançar o objetivo do texto, não tendo a intenção de esgotar ou aprofundar questões dogmáticas, que podem ser tema de outros trabalhos. Vale dizer, seu estudo é instrumental e preparatório para que se possa chegar ao tema proposto.

Palavras-chave

Tributação internacional. Tributação. Transferência de tecnologia.

* Juez Federal. Doctor en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Tributario de la *Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio*. Coordinador de la Comisión de Derecho Tributario de la *Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. Coordinador de la Revista de Derecho Tributario de la *Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF*.

1. EL PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD. EL PRINCIPIO DE LA FUENTE. EL PRINCIPIO DEL PAGO

El presente trabajo delimitará los problemas relativos a la tributación de las prestaciones internacionales de servicios sin transferencia de tecnología por no residentes sin establecimiento en el territorio en la normativa brasileña. Así, las cuestiones previas abordadas sirven de fundamento para alcanzar el objetivo del texto, no teniendo la intención de agotar o profundizar cuestiones dogmáticas que pueden ser tema de otras monografías. Es decir, su estudio es instrumental y preparatorio para que se pueda llegar al tema propuesto.

El concepto de territorialidad refleja la noción de soberanía jurídica de un ordenamiento sobre un determinado espacio territorial, teniendo especial relevancia el aspecto de la soberanía tributaria, es decir, en el poder de tributar de los Estados en sus respectivos territorios.

La soberanía se traduce por la no subordinación de la autoridad estatal a ningún otro Estado u organización internacional, bien como por la autodeterminación del Estado frente a las demás naciones y sus nacionales. Así, la soberanía actúa externa e internamente, distinguiendo el Estado de las otras instituciones o personas, permitiendo la autodeterminación interna y reconocimiento de reciprocidad externa. En el plano interno las limitaciones están establecidas por las diversas formas de Constitución que los Estados pueden poseer. Ya en el plano internacional, están establecidas por las costumbres, tratados y convenciones internacionales delimitados por los Estados y por las instituciones internacionales supranacionales como ONU, UE, OCDE, MERCOSUR, etc.

Como hemos dicho, en el campo tributario la soberanía está delimitada internamente por la constitución, la cual sistematiza analítica o sintéticamente, dependiendo del Estado estudiado, el Poder de Tributar de la nación, siendo un aspecto técnico y delimitado de la soberanía jurídica. En la fiscalidad internacional¹ el principal problema es definir los límites del sistema tributario interno de los Estados, en la medida en que estos puedan coger hechos impositivos realizados por no residentes o fuera del propio territorio estatal. Es decir, cuales son los límites de la soberanía tributaria de los Esta-

¹ Se utiliza el termo fiscalidad internacional de forma genérica, evitando la divergencia dogmática entre los conceptos de Derecho Tributario Internacional y Derecho Internacional Tributaria. Todavía, se puede afirmar que estos términos tratan de autonomía sólo didáctica en el plan de la ciencia del derecho. Según TORRES, Heleno, in **Pluriritributacao internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, el primero se refiere al grupo de normas de derecho tributario interno destinados a calificar y localizar los elementos de extraterritorialidad de los hechos impositivos, definiendo las conexiones con el propio sistema para ulterior incidencia de tales normas impositivas específicas. Ya el segundo trata de normas de derecho interestatal, dirigidas a regular la actuación de los Estados en el ámbito de la comunidad internacional.

dos, de la actividad legislativa de estos en materia tributaria, del poder de tributar del Estado frente a la orden internacional de naciones jurídicamente organizadas, o sea, cuando el sistema tributario interno toca otros sistemas tributarios extranjeros.

La fiscalidad internacional ha construido principios y normas consuetudinarias, los cuales intentan estipular delimitaciones formales a los respectivos poderes de tributar de los Estados, como ha sido apuntado por HELENO TORRES²:

La iniciativa legislativa del Estado es lícita y libre cuando utilice elementos o criterios de conexión³ material - hechos o cosas (ejercicio de actividad empresarial efectiva practicada directamente o por intermedio de establecimiento permanente, fuente de producción o pago, sitio de ejercicio de actividad, sitio de localización de los bienes, sitio de celebración de un contrato) o personal - subjetivo (existencia de vínculo de residencia, domicilio o nacionalidad), que expresen un contacto efectivo entre el hecho imponible con elementos de extraterritorialidad y el Estado que tiene la pretensión fiscal (*genuine link*).

El ejercicio del poder de tributar de un Estado sólo se aplica en su territorio, salvo la existencia de normas permisivas en contrario previstas en tratados o convenciones internacionales.

Sin embargo, resalta el autor que tales proposiciones no son vinculantes para los Estados, por lo que el fenómeno *pluriimpositivo*⁴ no puede ser considerado como un ilícito internacional por la ausencia de veto en el ordenamiento internacional sobre el mismo. Las limitaciones impuestas por las convenciones y tratados internacionales son respetadas y cumplidas al estar dispuestas en concurso de voluntades, auto limitaciones consensuales.

En este momento es interesante distinguir y definir el principio de la territorialidad (*source income taxation*) y el principio de la universalidad (*worldwide income taxation*) como criterios o principios de conexión, a la luz

² TORRES, Heleno. Principio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento, en la obra colectiva dirigida por TORRES, H. T. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 76.

³ Cf. XAVIER, A. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 218, los elementos de conexión consisten en las relaciones o ligaciones existentes entre las personas, los objetos y los hechos con los ordenamientos tributarios, distinguiéndose en subjetivos o objetivos. Determinarán la localización de una situación de la vida en un cierto ordenamiento tributario, fijando el ámbito de aplicación de las leyes de este ordenamiento a esta misma situación.

⁴ El fenómeno pluriimpositivo está conectado al concepto de pluralidad de normas, además del concepto de identidad de hechos. Ocurre cuando hay un concurso de normas impositivas, es decir, cuando el mismo hecho se integra en la previsión normativa de dos o más países.

del concepto de soberanía jurídica ya abordado. Se debe recordar que estos principios delimitarán los hechos imposables dotados de elementos de extraterritorialidad, es decir, cuándo pueden estar sujetos a más de un ordenamiento jurídico.

ALBERTO XAVIER⁵ afirma que en el sentido común del término, las leyes tributarias sólo se aplicarían a los hechos ocurridos en el territorio de la orden jurídica a que pertenecen, independientemente de otras características que eventualmente pudieran concurrir en la situación, tales como la nacionalidad, el domicilio o la residencia del sujeto pasivo. Todavía, afirma que se pueden distinguir tres criterios distintos para formular el concepto de territorialidad: en sentido positivo o negativo, en sentido real o personal y en sentido material o formal, los cuales resumidamente pasamos a enumerar.

En sentido positivo, las leyes tributarias internas se aplican en el territorio nacional, de modo general, incluso a los que no son nacionales del respectivo Estado. En sentido negativo, las leyes fiscales extranjeras no se aplican en el territorio del país en causa, o sea, que los órganos de aplicación del derecho de cada Estado sólo aplicarían las sus propias reglas tributarias. En sentido real, cuando en conexión con los elementos objetivos, tales como el local de la situación de los bienes, local de ejercicio de las actividades, local de la fuente de producción del rendimiento, local del establecimiento permanente. En sentido personal cuando los elementos de conexión están ligados a aspectos subjetivos del tributo, tales como la nacionalidad, la sede, el domicilio o la residencia del contribuyente. En sentido material, cuando la norma tributaria coge una situación tributaria internacional que contenga un elemento o elementos de conexión real o personal con el territorio, los llamados elementos de extraterritorialidad. Y, por fin, en la acepción formal cuando conectada a la posibilidad de ejecución coercitiva de las leyes en el territorio de la orden jurídica en que se integran.

Sin embargo, la actual tendencia de los países es la utilización del principio de la universalidad, en especial por aquéllos Estados exportadores de capital, como forma de abarcar rentas producidas fuera de sus límites territoriales, ampliando la base imponible de sus impuestos.

En este ambiente surge la dicotomía entre los Estados exportadores e importadores de capital, aquéllos pretendiendo tributar los rendimientos en el Estado de residencia de sus contribuyentes, y éstos tendiendo a tributar los rendimientos en el Estado de la fuente de producción del rendimiento, aunque no exista vínculo legítimo que conecte esta renta a su territorio, surgiendo el principio del pago para justificar y fundamentar esta tributación. El

⁵ XAVIER, A. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

problema es que puede generar una de las hipótesis de doble imposición internacional.

Por el criterio de la universalidad el contribuyente es tributado ante su país de residencia, domicilio o nacionalidad, por toda la renta producida, sea interna o externamente. Sin embargo, tal principio alcanzará rendimientos de residentes, domiciliados o nacionales dotados de elemento de extraterritorialidad, es decir vinculados por conexión subjetiva o personal con el territorio del Estado tributante. Ésta forma de tributación se justifica por diversos factores, entre los principales el creciente movimiento de capitales internacionales, la necesidad de aplicar el principio de la capacidad contributiva y, por fin, la necesidad de controlar y prevenir la elusión y evasión fiscal internacional hecha por la planificación fiscal internacional.

Los dos principios citados se complementan en la medida en que la aplicación del principio de la universalidad es posibilitada por el principio de la territorialidad, por cuenta de la conexión del sujeto al territorio, caracterizador del vínculo personal o subjetivo que hará posible alcanzar rendimientos por este producidos fuera de los límites territoriales del Estado tributante. Esta distinción, por ende, es didáctica y no ontológica⁶.

Por lo tanto, la territorialidad tiene dos aspectos principales y fundamentales, ya introducidos anteriormente, la territorialidad en sentido material y en sentido formal. El sentido material, está relacionado con la vigencia⁷ de las normas tributarias en el espacio, o sea, el límite espacial y territorial dentro del cual la norma puede producir efectos. El sentido formal, está relacionado con el concepto de soberanía del Estado.

Otro concepto relevante, pero distinto al anterior, es el relacionado con el aspecto espacial del hecho imponible, lo cual irá a definir la localización de los rendimientos. Estos pueden ocurrir internamente o externamente del territorio del Estado tributante, desde que exista un criterio de conexión válido y legítimo (conexión material o personal), en especial cuando se utiliza el principio de la universalidad para alcanzar rendimientos producidos fuera del territorio de este Estado.

Es decir, el Estado no tiene poder de someter a tributación hechos ocurridos fuera de su territorio, salvo previsión convencional en contrario, pero la normativa interna puede prever que un residente, domiciliado o nacional sea tributado en su territorio por un rendimiento cuya fuente se sitúa

⁶ TORRES, H. T. *Pluritributación internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

⁷ Según REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 35, vigencia es la validez formal o técnico-jurídica de la norma, es decir, la inserción de la norma en el mundo jurídico. Ya la eficacia es la aptitud de la norma para producir efectos, la aplicabilidad.

en el exterior (*foreign income*), por cuenta del vínculo subjetivo o personal entre este Estado y el contribuyente.

Se vislumbran los tres aspectos de la norma tributaria interna dotada de elementos de extraterritorialidad. El criterio de calificación, el criterio de atribución o localización y el criterio de cuantificación o imposición sobre las categorías de rentas, por lo general condensados en un único texto normativo. Los criterios de localización, más relevantes al estudio del tema propuesto, identifican, conforme a la categoría de renta, el lugar de la presencia del contribuyente y el local de la fuente productora del rendimiento, indicando si el sujeto pasivo está dentro o fuera del territorio del Estado o si la producción del mismo ocurrió dentro o fuera de este territorio⁸.

Lo que se cuestiona es la autonomía del principio o criterio del pago o de residencia del pagador en las prestaciones de servicios sin transferencia de tecnología por no residentes sin establecimiento permanente. Vamos a profundizar esta cuestión.

2. LA TRIBUTACIÓN DE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES. ASPECTOS GENERALES

Las personas no residentes pueden actuar de dos formas fuera de su territorio. La primera es a través de actos aislados en el territorio de un determinado país, sujetos al tratamiento tributario por retención en la fuente, por el valor bruto de la operación, por cuenta del principio de la territorialidad en sentido real (presencia de la fuente efectiva de la renta en el territorio del Estado tributante).

Sin embargo, pueden actuar de forma permanente y no eventual, donde la normativa tributaria interna les puede atribuir la calificación de establecimiento permanente a los no residentes. Esta actuación directa, no eventual y permanente sufrirá los efectos de la fuerza atractiva unificadora de las rentas imputables a la persona jurídica, cambiando el tratamiento aislado de las categorías de rentas a un tratamiento unificado de las rentas, equiparadas a los residentes. La fuerza atractiva puede ser global, llamada fuerza de atracción plena, o limitada, llamada fuerza de atracción restrictiva⁹, que explicamos a continuación.

Por lo general, los Estados adoptan modelos distintos para tributar los rendimientos de las personas jurídicas no residentes. El modelo analítico, donde la normativa interna establece criterios autónomos de calificación,

⁸ BARROS CARVALHO, P. apud TORRES, Heleno. Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento, en la obra colectiva dirigida por TORRES, H. T. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 80.

⁹ TORRES, H. T. **Plur tributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 327.

localización y tratamiento de las diversas categorías de rentas; y el modelo globalizante, en que la producción de la renta de la persona jurídica no residente es atribuida al establecimiento permanente. Cuando se atribuye al establecimiento permanente los componentes de la renta cuya fuente efectiva no sea originaria de este, sino que de otras fuentes, porque producidos por la correspondiente matriz, autónomamente, actuando en el territorio en que se sitúa el establecimiento permanente, denominamos de fuerza de atracción plena. En la fuerza de atracción restrictiva, como en el modelo analítico, la fuerza de atracción se limita a algunas categorías de rentas vinculadas efectivamente a la fuente productora (*effectively connect income*) percibidos en el territorio del Estado tributante por la persona jurídica no residente, tratándose de forma analítica y aislada las diversas categorías de rentas no atribuidas al establecimiento permanente.

España, por ejemplo, utiliza el modelo de la fuerza de atracción plena, mientras Brasil el principio de la fuerza de atracción restrictiva, disponiendo de varias normas sobre el tratamiento aislado de las diversas categorías de rentas no atribuidas al establecimiento permanente.

Resulta que para la aplicación de estos métodos debe existir una normativa interna que califique las categorías de rentas, localice tales categorías de rendimientos, conecte al territorio del Estado tributante (*source rules*) y, por fin, establezca las normas de tributación de estas rentas (*tax rules*).

El método globalizante no ofrece mayores problemas, respecto a la equiparación del establecimiento permanente a los residentes. Las particularidades ocurrirán en el tratamiento aislado, que pasaremos a estudiar a continuación. Antes, todavía, describiremos los aspectos más relevantes de la tributación de los residentes.

3. EL TRATAMIENTO ANALÍTICO O AISLADO DE LOS RENDIMIENTOS PRODUCIDOS POR LOS NO RESIDENTES. RÉGIMEN GENERAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El Código Tributario Nacional brasileño, en adelante CTN, ofrece en el artículo 43¹⁰ un concepto de rendimientos y ganancias de capital, bien como

¹⁰ Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela LC n.º 104, de 10.1.2001)

prescribe una regla de calificación y localización de estas rentas (párrafos 1º y 2º). Este artículo ha sido reglamentado por la *Lei n.º 9.779/99*¹¹², que tiene su fundamento en la Constitución de la *República Federativa do Brasil de 1988*, art. 153, parágrafo 2º, II¹³.

La renta de las personas físicas esta sistematizada de acuerdo con el principio de la universalidad (*World-wide-income*). La normativa interna está prevista en el art. 3º, *Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988*, consolidada en los artículos 2º y 3º del *Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99*¹⁴.

¹¹ Art. 7º Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

Art. 8º Ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

¹² Se debe resaltar que la *Medida Provisória n.º 1.749, de 02.06.99*, en su art. 3º, redució de 25% para 15% el tipo del impuesto, cambiando el art. 710 del RIR/99. Después, la *Medida Provisória n.º 2.062, de 21.06.01*, redució para 15% el tipo del impuesto sobre la renta de las rentas remitidas al exterior a título de pago de servicios técnicos de asistencia técnica y a título de royalties de cualquier naturaleza, a partir del inicio de la institución de la *Contribuição de Intervenção Domínio Econômico - CIDE* instituida por la *Lei n.º 10.168/00*. Por fin, la *Lei n.º 10.332, de 19.12.01*, incluyó el art. 2º-A en la *Lei n.º 10.168/00*, por lo cual quedo reducida para 15%, a partir de 01.01.02, el tipo del impuesto sobre la renta incidente sobre las remesas al exterior a título de pago de servicios de asistencia administrativa y semejantes. En el mismo sentido, el acto normativo cambió la redacción del §2º do artigo 2º da *Lei n.º 10.168/00*, determinando la incidencia de la CIDE sobre contratos de prestación de servicios de asistencia administrativa y semejantes, a partir de 01.01.02.

Por estes motivos, temos a seguinte situação:

- *Serviços técnicos de assistência técnica, administrativa e semelhantes, com transferência de tecnologia: IR-Fonte de 15% a partir do advento da MP 2.062/01 e CIDE de 10%.*
- *Serviços administrativos e semelhantes, com transferência de tecnologia: IR-Fonte de 15% a partir do advento da Lei n.º 10.332/01 e CIDE de 10%.*
- *Serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes, que não impliquem transferência de tecnologia (artigo 685 do RIR/99): IR-Fonte de 25% na forma da Lei n.º 9.779/99. Nestes contratos, não há incidência da CIDE.*

¹³ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

III - renda e proventos de qualquer natureza;

§ 2º - O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

¹⁴ Art. 2º As pessoas físicas domiciliadas ou residentes no Brasil, titulares de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto de renda, sem distinção da nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão (*Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, art. 1º, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 43, e Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, art. 4º*).

Art. 3º A renda e os proventos de qualquer natureza percebidos no País por residentes ou domiciliados no exterior ou a eles equiparados, conforme o disposto nos arts. 22, § 1º, e 682,

Con relación a las personas jurídicas, la normativa interna es la Lei n.º 9.249/95, en su art. 25¹⁵, que instituyó el principio de la universalidad, permitiendo el alcance de los rendimientos donde sean producidos, por conexión personal, saliendo del principio de la territorialidad real para los sujetos cualificados como residentes, permaneciendo éste solamente para los sujetos cualificados como no residentes.

Para los no residentes, la normativa interna prevé un régimen general y un régimen especial de retención en la fuente. En el régimen general ocurre la retención en la fuente, de forma definitiva, sobre el rendimiento bruto (tratamiento aislado sin equiparación). En el régimen especial ocurre la equiparación de los no residentes a los residentes en Brasil (tratamiento aislado

estão sujeitos ao imposto de acordo com as disposições do Livro III (Decreto-Lei nº: 5.844, de 1943, art. 97, e Lei nº: 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 3º, § 4º).

¹⁵ Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:

[...] § 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;

IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada.

§ 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

con equiparação a los residentes) de las ganancias de capital por la enajenación de bienes y derechos, aplicaciones financieras de renta fija, aplicaciones financieras en fondos y clubes de inversiones, ganancias netas en operaciones de renta variable, cánones, dividendos, etc. Así, en el reglamento sobre el Impuesto de la Renta¹⁶, RIR/99, artículos 682, 684 y 685.

¹⁶ Art. 682. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:

I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "a");

II - pelos residentes no País que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os mencionados no art. 17 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "b");

III - pela pessoa física proveniente do exterior, com visto temporário, nos termos do § 1º do art. 19 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "c", e Lei nº 9.718, de 1998, art. 12);

IV - pelos contribuintes que continuarem a perceber rendimentos produzidos no País, a partir da data em que for requerida a certidão, no caso previsto no art. 879 (Lei nº 3.470, de 1958, art. 17, § 3º).

Art. 684. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação aos (Lei nº 8.981, de 1995, art. 78):

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

III - rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimento.

Parágrafo único. Sujeitam-se à tributação, nos termos dos arts. 782 e 783, os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações financeiras, auferidos por fundos, sociedades de investimento e carteiras de valores mobiliários de que participem, exclusivamente, pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo, residentes, domiciliados ou com sede no exterior (Lei nº 8.981, de 1995, art. 78, parágrafo único).

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;

b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;

c) as pensões alimentícias e os pecúlios;

d) os prêmios conquistados em concursos ou competições;

II - à alíquota de vinte e cinco por cento:

a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;

b) ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 245.

§ 1º Prevalecerá a alíquota incidente sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos residentes ou domiciliados no País, quando superior a quinze por cento (Decreto-Lei nº 2.308, de 1986, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).

§ 2º No caso do inciso II, a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se

Por lo tanto, se distinguen dos conceptos. La fuente de producción del rendimiento, que es el origen de la renta, y la fuente de pago o de residencia del pagador, que es el origen financiero de la renta, conectada con la persona que efectúa su pago. Los conceptos presentados no son definidos expresamente en el CTN, suscitando varios problemas de aplicación de la normativa tributaria, pues la doctrina cuestiona cual es la regla general para la determinación del criterio de la fuente, si la presencia de la fuente de producción o si la presencia de la fuente del pago o, por fin, si la presencia acumulativa de ambas en el territorio.

Para ALBERTO XAVIER¹⁷, la tributación de la renta de los no residentes exige la acumulación en el territorio del Estado tributante de la fuente de producción y de la fuente pagadora del rendimiento.

LUCIANA GALHARDO¹⁸ afirma que desde 1975 el *Decreto-Lei nº 1.418*, adoptó el principio de la fuente del pago como elemento de conexión para la tributación de los rendimientos recibidos por no residentes, siendo irrelevante para el fisco brasileño el local de producción de los rendimientos.

HELENO TORRES¹⁹ critica los dos posicionamientos anteriores, adoptando la regla de la presencia tan sólo de la fuente de producción del rendimiento para la tributación de no residentes. Resalta, todavía, las hipótesis en que la normativa interna prevea expresamente el criterio del pago como criterio de conexión, desde que existientes otros criterios de conexión - material o personal -, por lo tanto legítimos. Así, la localización de la fuente sirve como parámetro positivo y negativo. Positivo al establecer la tributación en el territorio en que el rendimiento se ha sido producido. Negativo al establecer la no tributación de los no residentes cuando la fuente de producción de los rendimientos se sitúa fuera del territorio del Estado tributante (no configura la existencia de un establecimiento permanente).

El autor ejemplifica con una situación en la cual se firma un contrato de mutuo, con un acreedor en el exterior y un deudor no Brasil. ¿Si los intereses son pagados a partir de una cuenta en los EUA no sería debido el impuesto sobre la renta en Brasil?

este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior.

§ 3º O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País (Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).

¹⁷ XAVIER, A. *Op. Cit*, p. 399.

¹⁸ GALHARDO, L. G. "Servicios técnicos prestados por empresa francesa e imposto de renda na fonte." en *Revista Dialética de Direito Tributário*, num. 31, 1998, p. 37.

¹⁹ TORRES, H. T. *Pluritributación internacional sobre as rendas de empresas*. 2. Ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 339/340.

Lo que se cuestiona es si el cambio normativo derivado del art. 43 del CTN antes referido permite la tributación de los rendimientos de los sujetos no residentes¿Tendría el cambio normativo la fuerza de crear un criterio o principio de pago o de residencia del pagador autónomo de otros criterios de conexión, tales como el material o el personal? ¿Cuál sería el impedimento legal o constitucional para este nuevo criterio?

HELENO TORRES²⁰ afirma que esto sólo sería posible si hubiera un vínculo o criterio de conexión legítimo, material o subjetivo, entre la fuente de rendimiento y el Estado Tributante.

3.1. Tributación de las prestaciones internacionales de servicios sin transferencia de tecnología por no residentes sin establecimiento permanente en el territorio brasileño

Las empresas pueden actuar en el escenario internacional de diversas formas, teniendo cada una de ellas un tratamiento tributario no que se refiere a los residentes y no residentes, actuando directamente o indirectamente.

En cuanto actúen directamente, por sus propios medios, pueden instalar una filial, sucursal o agencia (*branch*) o cualquier otra forma de base fija de negocios, la cual se configura en la fiscalidad internacional como establecimiento permanente material, desprovista de autonomía en relación a la matriz; o si no le interesa actuar a través de base fija material, puede actuar mediante intermediarios, que pueden o no constituir un establecimiento permanente personal, dependiendo de la forma de contrato adoptado, del grado de dependencia y la práctica estable o no de su actuación.

De forma indirecta, pueden actuar de forma permanente, a través de adquisiciones internacionales de participaciones societarias - controladas, coligadas y subsidiarias -, o de forma temporal, a través de *joint ventures* y consorcios.

Nos limitaremos al estudio del tratamiento fiscal de la actuación directa de los no residentes sin establecimiento permanente.

3.2. La tributación de los pagos efectuados a residentes en el exterior en razón de servicios totalmente ejecutados en el exterior.

En cuanto los prestadores de servicios internacionales son no residentes y practican actos aislados en Brasil, sin establecimiento permanente en el

²⁰ TORRES, H. T. **Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento**, en la obra colectiva dirigida por TORRES, H. T. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 92.

territorio, los rendimientos deberán ser tributados por retención en la fuente, con fundamento en el art. 685, II, a, RIR/99²¹, por cuenta de la conexión material de la fuente del rendimiento con el territorio brasileño.

Existiendo un tratado internacional, pueden ocurrir dos regímenes. La tributación exclusiva en el Estado de residencia, por previsión expresa de la convención, una vez reconocido el criterio material de conexión entre la fuente de producción del rendimiento y el territorio; o, adquiriendo residencia en el territorio brasileño, cuando los sujetos no residentes tengan sus rendimientos atribuidos a tales establecimientos permanentes, equiparados a los residentes, tributación exclusiva en el Estado de la fuente, por cuenta de la conexión personal (pues el artículo 7.2²² del Modelo de Convenio de la OCDE -MCOCE, adoptado por Brasil, por lo general, en sus tratados internacionales para evitar la doble imposición, establece la tributación en el Estado de residencia).

En este sentido, se debe indagar si los servicios tomados por residentes y prestados por no residentes fuera del territorio nacional se sujetan a retención en la fuente, siendo tributados.

HELENO TORRES²³ asevera que no existe criterio de conexión legítimo que fundamente esta tributación, pues no hay conexión personal o material con el territorio brasileño en estos casos, siendo la competencia tributaria exclusivamente del Estado de la fuente, del Estado del local de la efectiva

²¹ Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº. 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº. 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº. 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº. 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

[...] II - à alíquota de vinte e cinco por cento:

a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;

²² Art. 7. MCOCE

1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.

2. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente....

²³ TORRES, H.T. Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento, en la obra colectiva dirigida por TORRES, H. T. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 92.

prestación del servicio, o del Estado de residencia (cuando no se verifique en los dominios de un determinado territorio o exista tratado internacional). Prosigue el autor aduciendo que existiendo tratado internacional para evitar la doble imposición entre el Estado de residencia del prestador del servicio y Brasil, el artículo 24, del MCOUDE, por fuerza del principio de la no discriminación, determina que los nacionales de los países signatarios, cuando estén en situación equivalente, reciban el mismo tratamiento. Así, concluye que no se podrá tratar a los sujetos que prestan servicios fuera del territorio de modo más gravoso que aquellos que prestan servicios en el ámbito del territorio, pues sería inaceptable que se aplique a los no residentes que presten servicios en los límites del territorio brasileño el régimen del artículo 7.2, protegiéndoles contra la doble imposición, a la par que a los no residentes que prestan servicios fuera del territorio se haga la retención en la fuente que no se reconoce en el Estado de residencia. Pondera también que el *Decreto-Lei n. 1.418/75*, que fundamenta el art. 685, II, a, RIR/99, trata apenas del criterio temporal del hecho imponible, pero no de la localización de la fuente de producción de la renta²⁴.

ALBERTO XAVIER²⁵, de forma distinta, exige una doble acumulación de criterios. Dispone que en Brasil se deba encontrar la fuente de producción y la fuente de pago. Por lo tanto, los servicios prestados fuera del territorio por no residentes no serían tributados por la ausencia de la acumulación.

No obstante, además del artículo 685, II, RIR/99, el artículo 7 de la *Lei n.º 9.779/99*²⁶ y el artículo 43 del CTN (cambiado por la *Lei Complementar n.º 104/2001*), parecen intentar instituir el criterio del pago en la normativa brasileña.

En una primera aproximación al tema, podemos decir que en la normativa brasileña el criterio del pago o de la residencia del pagador fue elegido implícitamente como un elemento de conexión autónomo, como si fuera un tercer criterio al lado de los demás - conexión material o personal -. Es lo que podemos desprender de los articulados antes citados. Sin embargo, en el Sistema Tributario brasileño este aspecto fiscal “implícitamente” tiene dudosa

²⁴ TORRES, H. T. Principio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento, en la obra colectiva dirigida por TORRES, H. T. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 92.

²⁵ XAVIER, A. Op. Cit, p. 395.

²⁶ Art. 7º Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

constitucionalidad por cuenta del Principio de la Legalidad Tributaria previsto en la Carta Constitucional Brasileña²⁷.

El argumento más fuerte para alejar el criterio del pago previsto implícitamente en la normativa citada es aquello que afirma que el precio bruto pagado por la venta de servicios sin transferencia de tecnología no se puede calificar como renta para los fines de tributación del prestador no residente, tal como en el caso de las mercancías adquiridas en importación, cuando esta operación sea típica de la actividad fin de la empresa prestadora del servicio. En este sentido ALBERTO XAVIER²⁸ y HELENO TORRES²⁹. El rendimiento obtenido en esta operación es receta bruta de la empresa extranjera. El impuesto sobre la renta sólo incidirá sobre el lucro obtenido en el país de residencia de la empresa exportadora, atendiendo al principio de la capacidad económica (artículo 7 del MCOUDE).

4. LAS PRESTACIONES INTERNACIONALES DE SERVICIOS SIN TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA POR NO RESIDENTES SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

4.1. Prestaciones de servicios

Las convenciones tratan, por lo general, de dos grupos de normas. Normas de reconocimiento de competencia tributaria de los Estados contratantes y normas de limitación de competencia, cuando haya reconocimiento de competencia acumulativa de ambos los Estados, estableciendo reglas que limitan el ejercicio de la competencia concurrente de ambos, eliminando o atenuando los efectos de la doble imposición, además de contener reglas para prevenir la evasión fiscal internacional.

La regla general del artículo 7º MCOUDE es la de que el derecho de tributar los beneficios empresariales es de atribución exclusiva del Estado en que tales empresas son residentes. Esta regla general es derogada por el principio del establecimiento permanente, consagrando una competencia acumulativa del Estado de la fuente³⁰.

²⁷ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

²⁸ XAVIER, A. *Direito Tributario Internacional*, cit. p. 399.

²⁹ TORRES, H. T. *Principio da Territorialidade...*, cit., p. 97.

³⁰ Artículo 7. BENEFICIO DE LAS EMPRESAS.

1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por

En la dicción de ALBERTO XAVIER³¹ el fenómeno de la tributación de los servicios tiene una naturaleza sustancialmente idéntica a la de una compraventa internacional de mercancías. Cuanto a éstas, es regular y normal que no se considere el pago del precio de la cosa importada como renta y nunca se ha pretendido la incidencia del impuesto sobre la renta respecto al valor de la importación.

Distingue el citado autor que el término “renta” corresponde a la remuneración de un factor de producción, en cuanto “pago de capital” corresponde a una transacción que abarca cambio de bienes que integraban previamente el patrimonio de las partes. Así, el producto de la venta de bienes no es renta, sino el volumen de operaciones. La renta, si existiera, resultará de la diferencia entre el resultado de las ventas y los costos o pérdidas necesarios a la producción de los bienes vendidos, consistiendo en el lucro tributable. Podrá ocurrir que en el precio pagado por la mercancía importada exista lucro o beneficio empresarial por la persona que en el exterior realiza la operación.

Sin embargo, ese lucro resulta de la producción de la mercancía en el exterior, constituyendo renta de fuente externa, obtenida en el exterior. Este raciocinio, según el autor, se puede aplicar a la prestación de servicios realizados por personas jurídicas no domiciliadas en el territorio, en lo cuál el precio corresponde a un pago de capital, el volumen de facturación, ganancia de la empresa exportadora y no un rendimiento atribuible a un factor de producción interno. Resulta que el precio pagado por la prestación de servicios, igual que el precio pago por la importación de mercancías, no constituye renta, sino volumen de facturación, pago de capital, a la empresa extranjera. La renta, si existiera, será el lucro, que sólo puede ser mensurado en el extranjero, por la comparación entre el volumen de facturación y el total de los costos y gastos.

medio de un establecimiento permanente situado en él. En este último caso, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse al establecimiento permanente.

2. Cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad 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.

3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración realizados para los mismos fines.

4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.

5. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo.

³¹ XAVIER, A. Op. cit, p. 457/459.

Por esta razón, las convenciones para evitar la doble imposición que siguen el MCOCDE incluyen las rentas derivadas de prestaciones de servicios sin transferencia de tecnología como volumen de facturación integrantes del concepto de “beneficios empresariales”, no asimilándolos a la tributación de los rendimientos aislados sujetos a la retención en la fuente, como los cánones o royalties (art. 12 MCOCDE) y otros rendimientos (art. 21 MCOCDE). Así, están sujetos a tributación exclusiva en el país de residencia de la empresa, excepción hecha, en cuanto se atribuya al establecimiento permanente localizado en el país de la fuente.

Es decir, sólo en el país de residencia del prestador del servicio, exceptuada la hipótesis de existencia de establecimiento permanente en el país de la fuente del pago, bajo su contabilidad global y el principio de la capacidad contributiva, es posible determinar la eventual existencia de lucro tributable, por la comparación de la totalidad del volumen de facturación, constituidas por los precios de ventas de servicios, y los costos y gastos incurridos para su producción.

No obstante, lo que se percibe es que Brasil se ha apartado de los principios generales del MCOCDE, pues establece hechos imponderables distintos del modelo. Las manifestaciones de la *Secretaria da Receita Federal – SRF*, en cuanto a la calificación de los rendimientos derivados de servicios sin transferencia de tecnología o know how, en los tratados para evitar la doble imposición sobre la renta, en especial en cuanto a las disposiciones de los artículos 7 (beneficios empresariales), 12 (cánones o royalties) y 21 (otros rendimientos) se ha apartado de la interpretación y calificación que hacen los países que siguen el MCOCDE.

4.2. Servicios técnicos y de asistencia técnica, de asistencia administrativa y semejantes

Interesa resaltar que el análisis estará contextualizado en el seno de los servicios sin transferencia de tecnología. En la normativa brasileña es la *Instrução Normativa do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI n.º 135I97*³², que reglamenta el art. 211 de la *Lei n.º 9.279/96*, que definió cuáles serían los contratos con transferencia de tecnología, permitiéndose, por exclusión, sacar el concepto de los demás servicios donde no existiría transferencia de tecnología o know how.

³² Item 2. O INPI averbará ou registrará, conforme o caso, os contratos que impliquem transferência de tecnologia, assim entendidos os de licença de direitos (exploração de patentes ou uso de marcas) e os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica), e os contratos de franquia.

Los contratos de know how tienen tres características principales ya consolidadas por la doctrina internacional y patria: confiabilidad; implantación por el beneficiario de la tecnología; ausencia de garantía del resultado ofrecido por el autor de la transferencia. La diferencia con los contratos de servicios en general o puros es que en estos existen típicos contratos de resultado, en los cuales el prestador del servicio aplica sus conocimientos para suplir la necesidad específica del tomador. Podemos decir que en el primero se transfiere tecnología y en el segundo se aplica tecnología.

La distinción es que existen casos en que la transferencia de tecnología se da por la transmisión de informaciones (plantas, manuales, dibujos, fórmulas, etc), pero hay otros en que la transferencia de tecnología no si agota en estas hipótesis. Se complementa por una actividad continuada de prestación de servicios, por los cuales la información tecnológica es plenamente puesta a disposición del contratante³³. Existe, así, una zona gris, donde la distinción si los servicios son o no correlatos a la transferencia de tecnología es muy tenue.

La SRF ha normatizado la materia a través de la *Instrução Normativa SRF nº 252, de 3 de dezembro de 2002, que Dispõe sobre a incidência do imposto de renda na fonte sobre rendimentos pagos, creditados, empregados, entregues ou remetidos para pessoas jurídicas domiciliados no exterior nas hipóteses que menciona*³⁴.

La asistencia técnica puede o no estar vinculada a la transferencia de tecnología, sin embargo, la normativa enfatiza el carácter accesorio de esta modalidad de servicio, es decir, accesorio a propia transferencia de tecnología, objeto principal del contrato de know how. Así que la expresión servicios técnicos, en cuanto utilizada en el contexto normativo citado, tendría que significar complementar a las operaciones de transferencia de tecnología, y no servicios en general. Queremos decir que existen servicios técnicos especializados que no están vinculados a transferencia de tecnología, que son los servicios puros, con relaciones a los cuales no se aplicaría la norma citada.

³³ XAVIER, Alberto, op. cit., p. 625/626.

³⁴ Serviços técnicos, assistência técnica e administrativa e royalties

Art. 17. As importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a pessoa jurídica domiciliada no exterior a título de royalties de qualquer natureza e de remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes sujeitam-se à incidência do imposto na fonte à alíquota de quinze por cento.

§ 1º Para fins do disposto no caput:

[...]

II - considera-se:

a) serviço técnico o trabalho, obra ou empreendimento cuja execução dependa de conhecimentos técnicos especializados, prestados por profissionais liberais ou de artes e ofícios;
b) assistência técnica a assessoria permanente prestada pela cedente de processo ou fórmula secreta à concessionária, mediante técnicos, desenhos, estudos, instruções enviadas ao País e outros serviços semelhantes, os quais possibilitem a efetiva utilização do processo ou fórmula cedido.

Pues la SRF no ha hecho esta distinción, incluyendo los servicios generales o puros especializados en el concepto de servicios técnicos y de asistencia técnica y administrativa, aunque no haya transferencia de tecnología, substrayendo esta categoría de rendimientos del concepto de beneficios empresariales de los prestadores no residentes sin establecimiento permanente en Brasil para tributarlas como cánones o royalties. SERGIO ANDRE ROCHA³⁵ ha clasificado este supuesto interpretativo como un *hermeneutic override*, pues el texto de la convención está siendo incumplido a pretexto de ser interpretado, con lo que nos ponemos de acuerdo.

En el campo del reglamento del impuesto sobre la renta, son los artículos 708 y 710 del RIR/99³⁶ los que delimitan la tributación de los royalties o cánones (art. 12, MCOCODE)³⁷ y de los servicios de asistencia técnica y administrativa.

³⁵ ROCHA, Sergio Andre. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 197.

³⁶ Art. 708. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento, os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do Brasil e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada (Decreto-Lei nº. 1.418, de 3 de setembro de 1975, art. 6º, Lei nº. 9.249, de 1995, art. 28 e Lei nº 9.779, de 1999, art. 7º).
Parágrafo único. A retenção do imposto é obrigatória na data do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa dos rendimentos (Decreto-Lei nº. 5.844, de 1943, art. 100).

Art. 710. Estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de *royalties*, a qualquer título (Medida Provisória nº. 1.749-37, de 1999, art. 3º).

³⁷ Artículo 12 CÁNONES

1. Los cánones procedentes de un Estado contratante pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, estos cánones pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan, y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero el impuesto así exigido no puede exceder del:

a) 10 por 100 del importe bruto de los cánones provenientes del uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas (incluidas las películas cinematográficas, filmes o cintas de grabación de programas de televisión o radiodifusión, cuando sean producidos por un residente de uno de los Estados contratantes);

b) 15 por 100 en todos los demás casos.

3. El término "cánones" empleado en este artículo comprende las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas (incluidas las películas cinematográficas, filmes o cintas de grabación de programas de televisión o radiodifusión), de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el uso o la concesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos y por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

4. Los cánones se consideran procedentes de un Estado contratante cuando el deudor es el propio Estado, una de sus subdivisiones políticas, una entidad local o un residente del mismo. Sin embargo, cuando el deudor de los cánones sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente al cual está vinculada la prestación por la que se pagan los cánones y este establecimiento soporte el pago de los mismos,

Antes de la publicación del *Decreto-Lei n.º 1.418/75*, ya se discutía la cuestión de la tributación en Brasil de los pagos efectuados a residentes en el exterior en razón de servicios totalmente ejecutados en el exterior. Conforme ya se ha explicado, la duda resulta de la ambigüedad de las expresiones fuente de producción y fuente de pago constantes del texto normativo.

Había prevalecido en la jurisprudencia, incluso del Supremo Tribunal Federal³⁸, en adelante STF³⁹, que debía existir una conexión material o personal legítima para que el rendimiento fuera tributado en el local del pago.

El *Decreto-Lei n.º 1.418, de 03 de setembro de 1975*, en su artículo 6º, dispone que el impuesto sobre la renta incide sobre los rendimientos de servicios técnicos y de asistencia técnica, administrativo y semejante derivados de Brasil y recibidos por personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en el exterior, independientemente de la forma del pago y del local y fecha en que la operación haya sido contratada, para los servicios ejecutados o la asistencia prestada.

Esta normativa sufrió cambios por el *Decreto-Lei n.º 2.433/88*, pero actualmente tiene su original redacción. Aduce ALBERTO XAVIER⁴⁰ que el art. 6º del DL n.º 1.418/75 no comporta una amplitud a todos los servicios en general, sino aquellos servicios técnicos y de asistencia técnica, administrativos y semejantes vinculados a transferencia de tecnología. Eso es así porque estos servicios tienen carácter complementario o instrumental con relación a los contratos de transferencia de capital tecnológico (como los contratos de know-how, royalties, cánones o regalías), siguiendo la regla de tributación del principal (artículo 12, MCOUDE), rendimientos sujetos a retención en la fuente, pues el tratamiento de servicios en general sería tributado en el país de residencia (artículo 7º, MCOUDE)⁴¹.

los cánones se considerarán procedentes del Estado contratante donde esté el establecimiento permanente.

5. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no se aplican si el beneficiario de los cánones, residente en un Estado contratante, tiene, en el otro Estado contratante del cual proceden los cánones, un establecimiento permanente con el cual el derecho o propiedad por el que se pagan los cánones esté vinculado efectivamente. En este caso se aplican las disposiciones del artículo 7.

6. Cuando, debido a relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario de los cánones o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los cánones pagados, habida cuenta de la prestación por la que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En este caso el exceso podrá someterse a imposición, de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

³⁸ Corte Constitucional brasileña.

³⁹ Súmula 585. Não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opera no Brasil.

⁴⁰ XAVIER, Alberto, Op. cit., p. 461.

⁴¹ Op. cit., p. 462.

Por este motivo, para legitimar esta tributación equivocada, Brasil ha incorporado en diversas convenciones internacionales, vía protocolo, en el concepto de “royalties” los conceptos de servicios técnicos y de asistencia técnica, ya referidos en el art. 6º del DL n.º 1.418/75, aislándose del MCOCDE.

4.3. Ato Declaratorio Normativo SRF N.º 1, DE 05 de janeiro de 2000 y Ato Declaratório Normativo SRF N.º 4 de 17 de março de 2006

Con la finalidad de interpretar la normativa brasileña y cambiar la calificación hecha anteriormente, de forma genérica y general, la SRF ha editado la IN SRF 001/2000⁴², de modo que para los fines de los tratados para evitar la doble imposición, los servicios técnicos sin transferencia de tecnología se sujetan al artículo 21 (rendimientos no expresamente mencionados), incluso en cuanto la convención no contemplar este artículo, y no al artículo 7 (beneficios empresariales).

Importante esclarecer que los tratados celebrados por Brasil divergen del MCOCDE en lo que toca al art. 21, pues en cuanto el MCOCDE dispone que la tributación es exclusiva del estado de la fuente, en los tratados brasileños se atribuyen competencia a ambos los estados contratantes.

Resaltamos que no expresamente mencionados (art. 21, MCOCDE) nos es la regla general, que compite al artículo 7, pero son los rendimientos

⁴² Ato Declaratório (Normativo) COSIT n.º 0 (Normativo) COSIT n.º 001, de 05 de janeiro de 2000: Dispõe sobre o tratamento tributário a ser dispensado às remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e serviços técnicos sem transferência de tecnologia.

[...]

I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o art. 685, inciso II, alínea “a”, do Decreto n.º 3.000, de 1999.

II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo.

III - Para fins do disposto no item I deste ato, consideram-se contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia aqueles não sujeitos à averbação ou registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e Banco Central do Brasil.

El RIR/99 dispone que:

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 100, Lei n.º 3.470, de 1958, art. 77, Lei n.º 9.249, de 1995, art. 23, e Lei n.º 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º): [...]

II - à alíquota de vinte e cinco por cento:

a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;

que no fueron tratados, subsumidos, en los artículos específicos de 6 a 20 de las convenciones, poniendo de relieve el error interpretativo de la SRF.

En un segundo momento, como ya hemos dicho, la SRF, de forma a justificar esta imposición y sustentar no haber incumplimiento de los tratados celebrados por Brasil, ha hecho protocolos anexos a la mayoría de las convenciones firmadas por el país, en el sentido de que los servicios técnicos y de asistencia técnica sin transferencia de tecnología serían tributados como royalties.

A título de ejemplo, después de las tratativas y de firmado el protocolo, la edición del *Ato Declaratorio Interpretativo Secretaria da Receita Federal* n.º 4, de 17 de marzo de 2006, en adelante ADI SRF 4/2006, el cual dispone sobre la aplicación de los dispositivos de la convención entre la *República Federativa do Brasil* y el Estado Español destinada a evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta.

El artículo 3º del citado acto normativo dispone que:

Com relação a royalties e a serviços técnicos, deve ser observado o seguinte:

I - incluem-se no conceito de royalties, para fins de aplicação da Convenção, todos os serviços técnicos ou de assistência técnica, independentemente de que, em si mesmos, suponham ou não transferência de tecnologia, à exceção do disposto no inciso II;

II - aplica-se o art. 14 da Convenção ("Profissões independentes") aos serviços técnicos de caráter profissional relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas;

III - não se aplica, em nenhuma hipótese, o art. 22 da Convenção ("Rendimentos não expressamente mencionados") aos serviços técnicos prestados por uma empresa de um Estado contratante no outro Estado contratante;

IV - considera-se reduzido o âmbito de aplicação do art. 7º da Convenção ("Lucros das empresas") no tocante aos serviços compreendidos nos incisos I, II e III."

En verdad, el ADI SRF n.º 04/2006 ha corregido el tramo del *Ato Declaratorio Normativo* n.º 1, de 05 de janeiro de 2000, en el sentido de excluir esta categoría de rendimientos del concepto de otros rendimientos (art. 21), pero no ha corregido el equívoco mayor, pues no lo ha incluido en el artículo 7º y sin en el artículo 12 (royalties).

Lo mismo se ha hecho con relación a los tratados celebrados con África del Sur, Argentina, Canadá, Chile, China, Corea del Sul, Dinamarca, Ecuador, Filipinas, Holanda, Hungría, India, Israel, Italia, Luxemburgo, México, Noruega, Portugal, Checoslovaquia, Ucrania y Perú, posición ratificada en

los comentarios al MCOCDE, párrafo segundo del art. 12, donde se extrae: 7. Brazil, Gabon, Ivory Cost and Tunisia reserve the right to include fees for assistance and thecnical services in the definition of royalties⁴³⁴⁴.

En cuanto al tratado con Perú⁴⁵, la Portaria del Ministerio de Hacienda, n.º 553, de 25 de noviembre de 2010, ha ampliado aún más el concepto de servicios, incluyendo los servicios digitales, empresariales y de consultorías en el concepto de royalties.

Como hemos dicho, si no existe transferencia de tecnología estos rendimientos no se pueden clasificar como royalties, a luz de su definición en el párrafo segundo del artículo 12 de los tratados.

5. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de los tribunales regionales federales de Brasil, adelante TRFs, puede ser compartida en los fallos que son contrarios y los que son favorables a los contribuyentes.

⁴³ OCDE - Organization for Economic Cooperation and Development. **Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed version**. July 22 2010, p. 451.

⁴⁴ CUNHA, F. L. Os serviços sem transferência de tecnologia no contexto dos tratados para evitar a dupla tributação da renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 190, jul. 2011.

⁴⁵ Art. 1º Os dividendos, lucros, juros, royalties, rendimentos de assistência técnica e de serviços técnicos, e rendimentos de serviços digitais e empresariais, inclusive as consultorias, de que tratam os arts. 10, 11 e 12 da Convenção e os itens 3 e 4 do Protocolo de disposições adicionais à Convenção estão sujeitos no Brasil às seguintes alíquotas máximas do imposto de renda na fonte, quando o beneficiário efetivo for um residente ou domiciliado no Peru, ressalvada alíquota mais benéfica ou isenção estabelecida na lei interna:

I - quanto aos dividendos e lucros de que tratam os §§ 2º e 6º, respectivamente, do art. 10 da Convenção, o imposto não excederá:

a) 10% (dez por cento) do montante bruto dos dividendos, se o beneficiário efetivo for uma sociedade que controlar, direta ou indiretamente, pelo menos 20% (vinte por cento) das ações com direito a voto da sociedade que pagar os dividendos;

b) 15% (quinze por cento) do montante bruto dos dividendos em todos os demais casos; e

c) 10% (dez por cento) dos lucros auferidos por estabelecimento permanente, após computado o pagamento do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) referente aos lucros em questão;

II - no caso de juros (inclusive juros sobre o capital próprio) de que tratam o art. 11 da Convenção e o item 3 de seu Protocolo, o imposto não excederá 15% (quinze por cento) de seu montante bruto, observando-se que a limitação da alíquota do imposto estabelecida no § 2º do art. 11 da Convenção não se aplicará quando os juros forem devidos a agências, sucursais ou filiais de bancos peruanos situados em terceiros Estados; e

III - em relação aos royalties tratados no art. 12 da Convenção, assim como aos rendimentos de assistência técnica e de serviços técnicos e àqueles de serviços digitais e empresariais, inclusive as consultorias, tratados no item 4 do Protocolo, o imposto não excederá 15% (quinze por cento) do montante bruto dos royalties e de quaisquer rendimentos de assistência técnica e de serviços técnicos, assim como dos rendimentos de serviços digitais e empresariais, inclusive as consultorias.

Art. 2º Os rendimentos não tratados nos arts. 10, 11 e 12 da Convenção e nos itens 3 e 4 de seu Protocolo e passíveis de tributação no Brasil em virtude de outros dispositivos da Convenção estarão sujeitos ao imposto conforme a legislação interna.

5.1. Sentencias contrarias a los contribuyentes

El TRF de la 2ª Região – TRF2, que abarca los Estados de *Rio de Janeiro* y *Espírito Santo*, viene decidiendo que, fundamentado en el párrafo 2º del art. 3º del MCOCDE, el derecho interno podrá definir expresiones no definidas en el tratado, tal cual el término “beneficios empresariales”, pues a la luz de esta interpretación los textos de la OCDE no contienen cualquiera definición para ella.

Así que los rendimientos pagos por la prestación de servicios técnicos sin transferencia de tecnología por sociedad no residente sin establecimiento permanente no constituirían beneficios empresariales y sin receta, remuneración, lo que alejaría la aplicación del art. 7º del MCOCDE.

Afirman las sentencias que las convenciones, en especial la de Brasil con Francia⁴⁶, objetivan alcanzar toda y cualquier receta operacional de la sociedad, en la medida en que integra su lucro global. El lucro contable, que corresponde al lucro neto, no equivale al lucro real, este sin representativo de la base imponible del impuesto sobre la renta.

El lucro real sería el lucro líquido ajustado por adiciones, exclusiones y compensaciones, siendo que el propio texto de las convenciones corrobora la acepción del lucro como resultado de varios ajustes, conforme se desprendería del párrafo 3º del art. 7º del tratado Brasil y Francia, en especial.

Aduna que por exclusión estos rendimientos se calificarían como otros rendimientos, al abrigo del art. 21, ya que este no calificaría solamente los rendimientos extraños a las actividades operacionales de la sociedad. Así el ADI 1/2000 de la SRF estaría en armonía con los tratados internacionales y la normativa interna, con fundamento en el art. 685, inc. II, alinea a, del *Decreto n.º 3000/99, RIR/99*, que reglamentó el art. 7º de la *Lei n.º 9.779/99*.

En interesante sentencia el TRF2 aborda el tema de los protocolos, aunque llegue a conclusiones distintas de las cuales sustentamos en la monografía. En *Apelação em Mandado de Segurança*⁴⁷ se ha dicho que no se podía

⁴⁶ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *Apelação em Mandado de Segurança n.º 2002.51.01.002701-0*. Rel. Desembargador Federal Luis Antonio Soares, abril de 2011. En el mismo sentido las siguientes sentencias del mismo tribunal: *Apelação em Mandado de Segurança n.º 200102010236510*, Rel. Desembargador Federal Ney Fonseca, maio de 2002; *Apelação em Mandado de Segurança n.º 20065101012860-8*, Rel. Desembargador Federal Luiz Antonio Soares; *Apelação em Mandado de Segurança n.º 20015101022478-8*, Rel. Desembargador Federal Luiz Antonio Soares. El tribunal solamente tiene um precedente em sentido contrario, lo cual será citado em seguida.

⁴⁷ AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 43415 Relator(a) Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA TRF2 Órgão julgador TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA Fonte DJU – Data: 06/11/2009 – p. 130 Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos e à remessa necessária, nos termos do voto do Relator. Ementa “TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA - CONVENÇÃO BRASIL-HOLANDA – DL Nº 60/90 – DEC. Nº 355/91 – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE

TECNOLOGIA – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO E PROTOCOLO Nº 5. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva do Banco Central do Brasil rejeitada, na medida em que, conforme destacado pelo MM. Juiz a quo, “o ato impugnado de exigir a alíquota de retenção do IR com base no RIR de 1999 partiu justamente daquela autoridade, ainda que amparando-se em exigência da Receita Federal, que veio a final, após consulta, respaldar a exigência”. 2. Com a ressalva dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que o § 3º do inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB/88 estabelece que, se forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (parágrafo incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004), hipótese não aplicável ao caso concreto, não cabe cogitar em supremacia hierárquica dos acordos internacionais sobre a legislação interna. Portanto, in casu, não há que se falar em supremacia relativamente à lei ordinária, tampouco em conflito entre a Convenção Brasil-Holanda, regularmente incorporada ao direito interno, e a legislação do imposto de renda. A doutrina abalizada, na esteira da jurisprudência do STF, entende que os tratados internacionais situam-se no mesmo plano normativo das leis ordinárias, não ocorrendo primazia hierárquica sobre a legislação interna, com a ressalva acima mencionada. Por se cuidar de lei que estabelece disposições especiais ao lado das já existentes, os acordos internacionais não revogam nem modificam a lei ordinária anterior ou posterior, coexistindo harmonicamente. Assim, eventual conflito se resolve pelo critério da especialidade, ou seja, diante da situação especial indicada pelo tratado, não se aplica a lei interna, afastando-se a norma geral, ou a lei interna é aplicável, porém com a limitação prevista no tratado. 3. A parte final do artigo 98 do CTN, pela regra de interpretação das leis conforme a Constituição Federal, só alcança os tratados de natureza contratual, diante do princípio da intangibilidade, e não os de natureza normativa, como é o caso da Convenção Brasil-Holanda, que podem ser afetados por legislação interna superveniente. 4. O acordo internacional para evitar a dupla tributação atribui o poder de tributar a renda ao Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos (critério da fonte produtora) ou em cujo território foi obtida a disponibilidade econômica ou jurídica (critério da fonte pagadora). 5. Ao contrário do que entende a impetrante, no caso em tela não se trata de imposto de renda incidente sobre pagamentos de royalties, mas sim sobre o pagamento de serviços prestados por uma empresa estrangeira, mais especificamente de “serviços de ensaios não destrutivos no Brasil”. 6. O artigo 12 da Convenção Brasil-Holanda se aplica apenas para o pagamento de “royalties”, ou seja, para o pagamento pelo uso ou direito ao uso de outros direitos, não sendo esta a hipótese dos autos. Conforme destacado com acerto pelo representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, “trata-se de imposto de renda incidente sobre a prestação dos denominados ‘serviços puros’ – na hipótese, serviços de inspeção de soldas -, que não envolvem transferência de tecnologia e, por isso, não necessitam de averbação no INPI. Os serviços puros não se caracterizam como pagamento de royalties nem tampouco se confundem com dividendos. Parece evidente que a prestação do serviço de inspeção de soldas pela contratada nada tem a ver com o pagamento de royalties”. 7. Outrossim, não há que se invocar o disposto na ressalva protocolar, que assim estabelece: “Protocolo [...] 5. Com referência ao artigo 12, parágrafo 3º: Fica entendido que o disposto no parágrafo 3o do artigo 12 aplica-se a qualquer espécie de pagamento recebido em contraprestação de serviços e assistência técnica”. Tal reserva protocolar aplica-se unicamente a serviços e assistência técnica relacionados a uma das situações estabelecidas no art. 12, sem o qual é inaplicável o disposto no protocolo. 8. Conclui-se, assim, que as remessas da impetrante para o exterior não são definidas como royalties pelo art. 12, item 3, da Convenção, na medida em que não há prova de que têm como causa o pagamento pela prestação dos serviços contratados previstos na aludida norma. 9. Por exclusão, portanto, classificam-se os rendimentos oriundos de prestação de serviços sem o citado enquadramento no artigo 22 (Rendimentos Não Expressamente Mencionados), conforme o critério da fonte pagadora, tributando-os no Estado contratante de onde provêm. 10. O Ato Declaratório COSIT nº 01/2000, ao classificar as remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia como rendimentos não expressamente mencionados na Convenção para Eliminar a Dupla Tributação da Renda da qual o Brasil é signatário, mostra-se em perfeita

invocar el dispuesto en el protocolo, porque tal reserva protocolar se aplicaría únicamente a servicios y asistencia técnica donde hubiera transferencia de tecnología, a la luz del art. 12 del tratado y del MCOCDE. Esto es muy relevante, pues la interpretación de la SRF sobre el tema es en el sentido contrario, por ejemplo el Protocolo celebrado entre Brasil y España, es decir, determina la inclusión en el art. 12 todas las recetas derivadas prestación de servicios, aunque no haya transferencia de tecnología. La sentencia determina, así, que estos rendimientos se incluyan en el art. 21 o 22 (otros rendimientos), aislándose del art. 7º, aunque tenga afirmado que estos rendimientos no eran royalties.

5.2 Sentencias favorables a los contribuyentes

El TRF de la 4ª Região – TRF4, que abarca los estados de *Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina*, tiene un precedente de 2007, ratificado por otro precedente de 2011⁴⁸, muy sustancial, en el sentido de que a la luz de la normativa brasileña estos rendimientos obtenidos integran su lucro o beneficio empresarial, porque la receta operacional es componente del lucro.

Afirma que esta remesa de rendimientos para el exterior, para pagos de servicios prestados por la sociedad extranjera no residente sin establecimiento permanente es coste para la sociedad tomadora del servicio, integrando el lucro de la prestadora, y no rendimiento, lo cual integra el lucro de la sociedad que los recibe en el exterior.

Así que los tratados tratan de lucros a abarcar toda la receta o rendimiento que lo integra conceptualmente, y no el concepto de lucro real, después de los ajustes, calificándose en el art. 7º de los tratados celebrados por Brasil, ya que la receta obtenida con la prestación del servicio integra el lucro de la sociedad, luego si sobre el lucro líquido se calcula el lucro real, este es la base imponible del impuesto sobre la renta, las parcelas que componen el primero integran este.

consonância com os Tratados internacionais e a legislação interna. Sujeitam-se tais remessas, por conseguinte, à tributação de acordo com o art. 685, inciso II, alínea a, do Decreto nº 3000/1999, que regulamenta o disposto no art. 7º da Lei nº 9.779/1999. 11. Remessa necessária e apelos providos.

⁴⁸ Apelação Cível n.º 20027100006530-5, Rel. Desembargador Federal Joel Ilan Panciork, Rel. para la sentencia Rel. Juíza Federal Josete Pantaleão Caminha, julho de 2007; Embargos Infringentes à Apelação Cível n.º 20027100006530-5, Re. Desembargadora Federal Luciane Amaral Correa Munch, junho de 2009. En el mismo sentido: la sentencia en la Apelação Cível n.º 00015308220024036100 del TRF de la 3ª Região, que abarca los Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, novembro de 2010; la sentencia en Apelação em Mandado de Segurança n.º 20045001001354-5, Rel. Desembargador Federal Luiz Antonio Soares, Rel. para la sentencia Desembargador Federal Alberto Nogueira, março de 2010.

Finaliza aduciendo que interpretación contraria vaciaría de contenido el art. 7º de los tratados celebrados por Brasil, pues ningún rendimiento se encuadraría en el concepto de lucro allí referido, en la medida en que los ajustes – adiciones, exclusiones y compensaciones legales – solo se harían en el final del ejercicio.

Además ha dicho que el art. 21 o 22 de los tratados celebrados por Brasil, que tratan de los rendimientos no expresamente mencionados, importan en verdadera cláusula subsidiaria y de contenido limitado, alcanzando solamente aquellos rendimientos en cuanto, agotadas todas las posibilidades de interpretación, no sea posible incluirlos entre alguna de las especies expresa y específicamente previstas en los convenios.

6. CONCLUSIÓN

El punto fundamental es si el cambio normativo – *Lei n.º 9.779/99* y el artículo 43, CTN (cambiado por la *Lei Complementar n.º 104/2001*) - permite la tributación de los rendimientos de los sujetos no residentes sin establecimiento permanente. Al que parece la normativa intenta crear - por lo menos implícitamente - un criterio o principio del pago o de residencia del pagador autónomo de otros criterios de conexión, tales como el material o el personal.

Sin embargo, en el Sistema Tributario brasileño este aspecto fiscal “implícito” tiene dudosa constitucionalidad por cuenta del Principio de la Legalidad Tributaria previsto en la Carta Constitucional Brasileña.

El argumento doctrinal más fuerte para alejar el criterio del pago previsto en la normativa citada es aquel que afirma que el precio bruto pagado por la venta de servicios no se puede calificar como renta para los fines de tributación del prestador no residente, tal como en el caso de las mercancías adquiridas en importación, cuando esta operación sea típica de la actividad fin de la empresa prestadora del servicio.

El rendimiento obtenido en esta operación es volumen de facturación de la empresa extranjera. El impuesto sobre la renta sólo incidirá sobre el lucro obtenido en el país de residencia de la empresa exportadora, atendiendo al principio de la capacidad económica (artículo 7 del MCOCDE y del texto de los tratados celebrados por Brasil).

Además, en el plan internacional existe una justificación jurídico-tributaria, fundamentada en la idea de que una sociedad residente de un Estado que realiza actividades empresariales en un segundo Estado no participa de forma relevante de la vida económica de este último si no opera en su territorio a través de un establecimiento permanente - EP -.

Por lo tanto, la existencia del EP es que opera y supone la concurrencia de un umbral mínimo de territorialidad o *economic allegiance* que justifica, a nivel internacional, el gravamen en el Estado de la fuente por la renta empresarial obtenida en su territorio, en el marco de su economía y servicios públicos.

El criterio del pago debería aparecer como un criterio subsidiario y complementario de la territorialidad en sentido estricto. Por lo tanto, es cuestionable su legitimidad para tributar las rentas producidas por no residentes, sin establecimiento permanente.

Por la interpretación de la SRF “el lugar de utilización de la prestación” se ha elegido como criterio de conexión. Así, los rendimientos quedan sujetos al impuesto sobre la renta en función del lugar donde se utilizan total o parcialmente los beneficios.

Así que la interpretación que incluya en el concepto de royalties los servicios técnicos o de asistencia, con independencia de que, en si mismos, estos servicios supongan o no una transferencia de tecnología, viola la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Brasil con base en el MCOCDE, aunque ocurra el cambio de protocolos que permitan esta interpretación entre los Estados contratantes.

Las sentencias no profundizan el tema de los protocolos interpretativos a los tratados, con la finalidad precípua de aclarar la calificación de estas recetas como cánones o royalties a integrar los rendimientos del art. 12. Como afirmado, recientemente Brasil ha firmado protocolos a los tratados, ejemplo el protocolo firmado entre Brasil y España, calificando expresamente estos rendimientos en el art. 12, aunque no haya transferencia de tecnología, lo que podría, en teoría, cambiar el tenor de los juzgados citados. No obstante, como no ha sido objeto de las sentencias, ni mismo como *obter dictum*, no vamos a profundizar esta cuestión.

La existencia de los protocolos interpretativos, como el celebrado entre Brasil y España, que califican estos rendimientos como royalties, por lo tanto sujetos al art. 12 de los tratados celebrados por Brasil, no imposibilita que los contribuyentes se socorran del poder judicial para que estos rendimientos sean calificados en el art. 7º, siguiendo la interpretación comúnmente aceptada por la comunidad internacional y, en especial los textos de los tratados celebrados por Brasil, que siguen el MCOCDE.

Por fin, relevante poner de relieve que el *Superior Tribunal de Justiça – STJ*, la Corte de Casación brasileña aún no ha decidió la materia para uniformizar la jurisprudencia de los TRFs, los cuales siguen decidiendo la materia de forma distinta. En síntesis, en cuanto el TRF4 ha sido favorable a los contribuyentes, el TRF2 viene decidiendo de forma contraria.

BIBLIOGRAFÍA

BAENA AGUILAR, A. **Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes**. Madrid: Aranzadi, 1999.

CARMONA FERNANDEZ, N. La fiscalidad de lo no residentes en España II: hecho imponible y supuesto de exención, en la obra colectiva dirigida por CORDÓN EZQUIERDO, Teodoro, **Manual de Fiscalidad Internacional**, 2. ed. Madrid: IEF, 2005.

CHECA GONZALEZ, C. **Impuesto sobre la renta de no residentes**. 2. ed. Madrid: Aranzadi, 2002.

CUATRECASAS, **Comentarios a Ley del Impuesto de Renta de no Residentes**, obra colectiva dirigida por SANCHEZ LOPEZ, A. Madrid: Aranzadi, 2003.

CUNHA, F. L. Os serviços sem transferência de tecnologia no contexto dos tratados para evitar a dupla tributação da renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 190, jul. 2011.

GALHARDO, L. G. Servicios técnicos prestados por empresa francesa e imposto de renda na fonte. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 31, 1998.

GIANNETTI, L. V. A Tributação da remuneração de serviços de assistência técnica, sem transferência de tecnologia, prestados por não-residentes em Estado com o qual o Brasil possui tratado para evitar a bitributação. Estudo de caso em **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 17, n.º 88, set./out. 2009.

LOPEZ ESPADAFOR, C. M. **Incidencia del Derecho Internacional general en materia tributaria**. Madrid: IEF, 2005.

_____. **Fiscalidad Internacional y territorialidad del tributo**. Madrid: Mc Graw Hill - Ciencias Jurídicas, 1995.

ROCHA, S. A. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOLER ROCH, M. T. y NÚÑEZ GRAÑON, M. El impuesto sobre la renta de no residentes: hecho imponible y criterios de sujeción, en la obra colectiva dirigida por SERRANO ANTÓN, F. **Fiscalidad Internacional**. 2ª. Ed. Madrid: CEF, 2005.

TORRES, H. T. Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil. Prestações de serviços no exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento, en la obra colectiva dirigida por TORRES, H. T. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito Tributário Internacional, Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1987.

RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M. (Coord.). **Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España**. Galicia: Fundación Pedro Barré de la Maza – Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004.

XAVIER, A. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.