

NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2015

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 35.1 — jan./jun. 2015

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álisson José Maia Melo

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelás Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso González

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

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

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

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

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



SOBRE OS AUTORES

André de Paiva Toledo

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne), Professeur de droit de l'École Supérieure Dom Helder Câmara, Coordinateur du Group de Recherche en Droit International des Ressources Naturelles (DIRNAT) et Notaire du 1^{er} Office Notarial de Campos Altos/MG.

Angela Couto Machado Fonseca

Pós-doutoranda da CAPES (edital PNPD) na UFPR. Área de filosofia do direito. Pesquisadora de Pós-doutorado pela CAPES. Doutora em Filosofia do Direito/UFPR com estágio Doutoral ("bolsa sanduíche") na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris (proc./CAPES BEX 9810/12-9). Mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UFPR, Bacharel em Direito/UFPR e Bacharel em Filosofia/UFPR.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Consultor da União.

Augusto Oliveira da Silva Neto

Mestre em Administração (UFES). Pós-graduado em Comércio Exterior (UFRJ). Graduado em Estatística (UERJ). Auditor- fiscal da Receita Federal do Brasil. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Bruno Meneses Lorenzetto

Assistant Professor of Theory of Law, Pontifical Catholic University of Paraná, Brazil. Visiting Research Scholar, Columbia University, New York, 2013.

Camila Dabrowski de Araujo Mendonça

Doutoranda em Direito (UFSC). Mestre em Direito (UFSC). Bacharel em Relações Interacionais (UNICURITIBA). Bacharel e licenciada em História (UFPR). Bolsista do CNPq.

Carlos César Sousa Cintra

Doutor e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Clotilde Celorico Palma

Doutora em Direito. Docente universitária. Ex. Inspector da Direcção Geral dos Impostos e da Inspecção Geral de Finanças de Portugal. Advogada especialista em Direito Fiscal. Consultora da Comissão Europeia para a reforma do IVA.

Danielle Annoni

Doutora em Direito Internacional pela UFSC. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC. Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos na UFPR. Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos e Titular da Cátedra Sergio Vieira de Mello do ACNUR, ambos pela UFSC.

Denise Lucena Cavalcante

Professora do Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFC. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

Elias Bruno Ferronato

Especialista em Direito Tributário pela Uniderp. Especialista em MBA Finanças e Controladoria. Advogado. Administrador de Empresas.

Fernanda Sola

Pós-Doutoranda em Engenharia de Produção. Professora do Mestrado em Sustentabilidade da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar).

Francisco Carlos Duarte

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

Hendrick Pineiro da Silva

Advogado especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Pesquisador membro do grupo de estudos Mecanismos Alternativos na Solução de Conflitos, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e professor da disciplina de Direito Financeiro na mesma universidade. E-mail: hen_drick@hotmail.com.

João Ricardo Catarino

Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Pós-graduado em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da Univ. de Lisboa; Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (UL); Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa. Membro da Comissão de Implementação do IVA em Portugal (1986), da Comissão de Reforma dos Impostos sobre o Património e

da Comissão de Reforma do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (2014). Investigador do Centro de Estudos Fiscais do Ministério das Finanças de Portugal. Árbitro na Arbitragem Tributária em Portugal.

José Augusto Fontoura Costa

Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de São Paulo (USP). Pesquisador do CNPq (produtividade).

Juarez Freitas

Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estatal de Milão, Pesquisador visitante nas Universidades de Oxford e Columbia, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, membro nato do IBDA, Advogado, Parecerista.

Lídia Maria L. R. Ribas

Mestre e doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica - PUC de São Paulo. Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e orientadora na graduação e pós-graduação da UNIDERP/ANHANGUERA e da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. E-mail: limaribas@uol.com.br.

Luiz Dias Martins Filho

Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito Tributário e Comércio Internacional – University of Cambridge (2001) e Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (2005). Procurador da Fazenda Nacional.

Marcos Antônio Striquer Soares

Doutor pela PUC São Paulo e docente do Programa de Pós-Graduação stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Coordenador do projeto de pesquisa: "Direito E Política: Análise Da Decisão Judicial A Partir Da Liberdade Dos Antigos E Da Liberdade Dos Modernos

Marcos Guilhen Esteves

Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

Marcus Abraham

Doutor em Direito Público - UERJ. Desembargador Federal no TRF-2. Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ. Diretor da Escola da Magistratura Federal do RJ - EMARF.

Marcus Lívio Gomes

Doutor e Mestre em Direito Tributário (Universidad Complutense - Madrid). Juiz Federal. Professor Adjunto da UERJ. Professor da FGV Direito Rio (Pós-graduação lato sensu). Coordenador da Revista de Direito Tributário da ABDF. Coordenador da Comissão de Direito Tributário da EMARF

(TRF-2). Membro do Conselho Executivo do Instituto Latino Americano de Derecho Tributario (ILADT).

Mário Monteiro

Mestre em Fiscalidade pelo ISCAL – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Inspetor Tributário na Autoridade Tributária e Aduaneira de Portugal.

Max Falque

Délégué Général de l'International Centre for Research on Environmental Issues (ICREI).

Paulo Caliendo

Doutor pela PUCSP Mestre pela UFRGS Advogado Conselheiro do CARF.

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Doutorando em Direito pela UFC. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Procurador Federal.

Ricardo Lodi Ribeiro

Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Tributário (SBDT). Advogado.

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Advogado.

Rodrigo Valente Giublin Teixeira

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL (PR). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino. Membro do Instituto Brasileiro de Processo Civil (IBDP). Advogado e Professor na Graduação, Especialização e Mestrado.

Sabrina Souza Menezes

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Solange Teles da Silva

Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora (produtividade) do CNPq.

Theresa Rachel Couto Correia

Doutora em Direito Internacional (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-Rio). Bolsista PRODOC/CAPES (2008-2012). Professora Adjunta da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2013-atual).

Vítor Pimentel Pereira

Bacharel e Mestre em Direito - UERJ. Membro honorário do IAB. Assessor Jurídico no TRF-2.



SUMÁRIO

DOUTRINA NACIONAL

PODER E CORPO EM FOUCAULT: QUAL CORPO? <i>Angela Couto Machado Fonseca</i>	15
A COMPETÊNCIA PARA DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DE EMPREENDIMENTO PARA FINS DE OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA MATA ATLÂNTICA <i>Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy</i>	35
O DESVIO DE FINALIDADE DO PAPEL IMPORTADO COM REDUÇÃO DAS ALÍQUOTAS DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E O PREJUÍZO À SEGURIDADE SOCIAL <i>Augusto Oliveira da Silva Neto</i> <i>Theresa Rachel Couto Correia</i>	69
A VEDAÇÃO AO ACÚMULO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS E AS IMPLICAÇÕES DA SÚMULA 246, DO TCU, EM FACE DOS PRÍNCIPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE <i>Carlos César Sousa Cintra</i> <i>Sabrina Souza Menezes</i>	87
TRIBUNAIS MISTOS: UMA ANÁLISE DO CONCEITO <i>Danielle Annoni</i> <i>Camila Dabrowski de Araujo Mendonça</i>	101
ILUSÃO DO PACTO FEDERATIVO COOPERATIVO E OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS <i>Denise Lucena Cavalcante</i> <i>Raimundo Márcio Ribeiro Lima</i>	135
TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO ATO-NEGÓCIO ADMINISTRATIVO: UMA PERSPECTIVA DE COLABORAÇÃO <i>Hendrick Pineiro da Silva</i> <i>Lídia Maria L. R. Ribas</i>	157
O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1997 <i>José Augusto Fontoura Costa</i> <i>Fernanda Sola</i> <i>Solange Teles da Silva</i>	175
AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO <i>Juarez Freitas</i>	195

O CUSTO PARA O CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE CONFORMIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: O PESO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS OU DOS DEVERES INSTRUMENTAIS <i>Luiz Dias Martins Filho</i>	219
CAPITALISMO GLOBAL E PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: UMA RESISTÊNCIA POR MEIO DO CONSUMO	
<i>Marcos Antônio Striquer Soares</i>	
<i>Marcos Guilhen Esteves</i>	237
A EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA E A DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA	
<i>Marcus Abraham</i>	
<i>Marcus Lívio Gomes</i>	
<i>Vítor Pimentel Pereira</i>	255
ESTUDO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS	
<i>Paulo Caliendo</i>	275
TRIBUTAÇÃO, SEGURANÇA E RISCO	
<i>Ricardo Lodi Ribeiro</i>	291
A UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	
<i>Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz</i>	
<i>Francisco Carlos Duarte</i>	329
A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO DE IMPLANTE	
<i>Rodrigo Valente Giublin Teixeira</i>	
<i>Elias Bruno Ferronato</i>	345
DOUTRINA ESTRANGEIRA	
ON THE ORIGINS OF RULE OF LAW AND THE META-PHYSICS OF INSTITUTIONS	
<i>Bruno Meneses Lorenzetto</i>	365
O SISTEMA DE IVA EM MOÇAMBIQUE: ADOPÇÃO E CARACTERÍSTICAS GERAIS	
<i>Clotilde Celorico Palma</i>	377
A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO IMPOSTO DE RENDA: UM ESTUDO SOBRE A RELEVÂNCIA DAS PROVISÕES PARA FINS AMBIENTAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL	
<i>João Ricardo Catarino</i>	
<i>Mário Monteiro</i>	395
CORRUPTION ET RÉGLEMENTATION ENVIRONNEMENTALE	
<i>Max Falque</i>	421

DOCTRINA NACIONAL



PODER E CORPO EM FOUCAULT: QUAL CORPO?

*Angela Couto Machado Fonseca**

Resumo

O presente texto busca analisar as possíveis leituras de corpo em Michel Foucault e com isso compreender as relações de poder que os investem. O fio condutor não é a leitura do poder, mas seus efeitos, enquanto poder produtivo, na produção dos corpos. A partir daí identificamos duas diferentes formas de construtivismo presentes em Foucault. Conclui-se que o corpo em Foucault é desmaterializado, porque escapa da condição de objeto e da noção de materialidade da tradição filosófica moderna, e, assim, não é coisa disposta ao poder, mas uma instância que conjuntamente realiza o poder ao materializá-lo no aparecer de uma forma específica.

Palavras-chave

Poder produtivo. Corpo. Construtivismo.

POWER AND BODY IN FOUCAULT: WHICH BODY?

Abstract

This paper seeks to analyze the readings of the body in Michel Foucault and thus understand the power relations that invest the body. The thread is not the reading of power, but its effects, while productive power, for the production of bodies. From there we identified two different forms of constructivism present in Foucault. It concludes that the body in Foucault is de-materialized, because it runs away from its condition as an object and the notion of materiality in the modern philosophical tradition, and, thus, it is not such a thing open to power, but an instance that jointly realizes power in materializing it as it appears in a specific form.

Keywords

Productive power. Body. Constructivism.

As heterotopias] inquietam, sem dúvida porque solapam secretamente a linguagem, porque impedem de nomear isto e aquilo, porque fracionam os nomes comuns ou os emaranham, porque arruínam de antemão a sintaxe. (FOUCAULT, 1992, 8)

Partimos daquilo que é mais conhecido: Foucault não fornece um estatuto para o corpo. Diferente de Nietzsche, este autor não volta a sua atenção

* Pós-doutoranda da CAPES (edital PNPD) na UFPR. Área de filosofia do direito. Pesquisadora de Pós-doutorado pela CAPES. Doutora em Filosofia do Direito/UFPR com estágio Doutoral (“bolsa sanduíche”) na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris (proc./CAPES BEX 9810/12-9). Mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UFPR, Bacharel em Direito/UFPR e Bacharel em Filosofia/UFPR.

para os processos corporais. Pelo contrário, seu olhar se ocupa em analisar, colher e descrever os discursos que falam e as práticas que atuam sobre o corpo. Nesse sentido, é um desvio em relação a Nietzsche. Um desvio que não pretende dizer o corpo, mas tomar de assalto as formas de enunciação e as técnicas de poder que afetam e desenham o corpo. Desvio que já opera no espaço aberto pelo desvio anterior operado pela filosofia da vontade, que rejeita uma razão soberana e vê no corpo uma centralidade, um ponto de inflexão rico e complexo para o olhar¹. Assim, seu pensamento também vai se ocupar do corpo, aceitar que é ali, neste espaço preciso do corpo, o ponto de encontro de um debate filosófico, o ponto que analisado revela estratégias de produção de sentido e construção de subjetividade. Mas Foucault não encontra as produções de sentido nos processos e nas potências interpretativas imanentes ao corpo e sim nos processos e mecanismos que tomam e atuam sobre o corpo.

Esses aspectos bastante conhecidos do trabalho de Foucault merecem atenção na medida em que se não indicam uma proposição sobre o corpo, exatamente essa recusa na demarcação do corpo em sua filosofia que rejeita qualquer posição fundacionista (ORTEGA, 2014) pode fornecer alguns sinais para investigar a leitura deste objeto no pensamento foucaultiano.

O primeiro ponto que nos parece relevante trata de seu deslocamento em relação a Nietzsche no que se refere ao corpo. Não para pensar Foucault sob o prisma do pensamento nietzscheano, mas para buscar compreender qual a possível leitura de corpo em Foucault. Se a análise do corpo tem um papel central na sua obra, esta importância não é acompanhada de uma clareza sobre este mesmo objeto. Somada a essa ausência de transparência sobre o corpo, também a bibliografia ocupada em discutir o trabalho de Foucault conta com uma contribuição tímida sobre qual seria a dimensão do corpo em seu pensamento.

Ainda que se reconheça, e o próprio Foucault tenha em diversas ocasiões explicitado seu débito para com Nietzsche e a influência deste último em seu percurso, a proximidade entre esses autores — que a um só tempo não pode reduzir os caminhos foucaultianos a um mero desdobramento do pensamento de Nietzsche —, também não autoriza em relação à análise e o papel específico do corpo em suas obras deixar de perceber entre eles diferenças pontuais decisivas.

Tais diferenças se espelham na bibliografia acerca desses autores. Enquanto comentadores de Nietzsche se esforçam por discutir suas reflexões sobre o corpo, não é o mesmo que ocorre nas análises da obra de Foucault. Os

¹ Exatamente essa rejeição de uma razão capaz de encontrar o fundamento sólidos dos acontecimentos e das coisas justifica a empreitada genealógica de Foucault. Sua genealogia do poder se exercita como uma genealogia da subjetividade e percebe no corpo a centralidade dessas relações.

comentários sobre o pensamento de Foucault se reservam em grande medida a explorar o poder que incide no corpo. Mesmo que o termo corpo possa ser encontrado nas mais variadas obras, em especial as que tratam de anátomo-política e sua última fase, não se pode dizer que Foucault tenha efetivamente postulado um lugar para debater uma noção de corpo, e isso possivelmente para evitar estabelecer qualquer conotação de naturalidade ou existência do corpo independente de sua constituição pelo saber-poder. Mas justamente essa rejeição de pensar os processos corporais afastam Foucault de Nietzsche num dos aspectos mais fundamentais da obra deste último. Segundo Stefano Berni:

Foucault non ha seguito fino in fondo il pensiero di Nietzsche soprattutto per quanto concerne la concezione del corpo, non soltanto tradendolo così filosoficamente sull'aspetto forse più rilevante della sua opera, ma rischiando con questo di aprire delle contraddizioni fondamentali difficilmente risolvibili e che ci riguardano da vicino come uomini del presente (BERNI, 2005, 188)².

Aquilo que Foucault não teria levado às últimas consequências seria a importância específica concedida por Nietzsche aos instintos, à economia pulsional do corpo e sua noção de vontade de potência. Embora Foucault tenha reconhecido a fundamental importância da genealogia no texto *Nietzsche a genealogia e a história*, e a tenha utilizado como metodologia já no *Vigiar e Punir*, o ponto de toque da genealogia nietzscheana entre conhecimento, verdade e instinto acabou sendo deixado de lado por Foucault. Os aspectos da genealogia tomados por Foucault se referem em especial aos problemas de crença num momento originário, situando a verdade não como um ponto real e fixo mas como construída historicamente por relações de força e poder em constante combate³. A genealogia foucaultiana percorre os caminhos dos jogos de verdade constituídos em suas condições de interpretações que se fizeram valer por imposição e pelo apagamento dos rastros desses jogos e dessas violências.

² Tradução livre: “Foucault não seguiu até o fim o pensamento de Nietzsche sobretudo no que concerne a concepção de corpo, não apenas traíndo-o assim filosoficamente sobre o aspecto talvez mais relevante de sua obra, mas arriscando com isso de abrir contradições fundamentais dificilmente resolvíveis e que nos concernem como homens do presente” (BERNI, 2005, 188).

³ Ao explicar a genealogia e como ela refuta a pesquisa de origem, Foucault nos diz que: “Procurar uma tal origem é tentar reencontrar ‘o que era imediatamente’, o ‘aquilo mesmo’ de uma imagem exatamente adequada a si; é tomar por acidental todas as peripéias que puderam ter acontecido, todas as astúcias, todos os disfarces; é querer tirar todas as máscaras para desvelar enfim uma identidade primeira. Ora, se o genealogista tem o cuidado de escutar a história em vez de acreditar na metafísica, o que é que ele aprende? Que atrás das coisas há ‘algo inteiramente diferente’: não seu segredo essencial e sem data, mas o segredo que elas são sem essência, ou que sua essência foi construída peça por peça a partir de figuras que lhe eram estranhas” (FOUCAULT, 1979, 17/18). Ainda: “a pesquisa da proveniência não funda, muito pelo contrário: ela agita o que se percebia imóvel, ela fragmenta o que se pensava unido; ela mostra a heterogeneidade do que se imaginava em conformidade consigo mesmo” (FOUCAULT, 1979, 21).

Mas em Nietzsche existe um fio que procura conectar a produção do conhecimento (e as verdades a partir daí estabelecidas) aos instintos. Conhecimento que em Nietzsche é analisado como resultado do jogo e embate dos instintos presentes na dimensão corpórea. Conhecimento como uma produção ligada aos movimentos de forças e instintos que depois se volta sobre eles e ao corpo para domesticá-los. Para Nietzsche, o conhecimento se configura a partir das relações de força presentes no corpo para apoderar-se e controlar o corpo. Para operar como antinatureza. Trata da dimensão da Vontade de potência como interpretação e assimilação.

Nesse sentido, em Nietzsche, pela noção de vontade de potência e suas conexões com o conhecimento (como um dos produtos dessa vontade), o poder e o conhecimento não são apenas mecanismos externos que investem os corpos. Há uma rica dinâmica tanto das forças quanto do conhecimento desde o interior do corpo, sustentando a condição de permanência do corpo como uma unidade-plural, mas também dinâmica que se desenrola no exterior do corpo, quando essa mesma vontade e os conhecimentos a seu serviço atuam na intenção de domesticar os processos corporais.

Já para Foucault, embora o conhecimento seja, pela leitura genealógica, dispositivos que inventam e emolduram o corpo, ele não liga o conhecimento aos instintos. Nessa formulação foucaultiana o corpo é desativado de sua condição agente e passa a *ser locus* sobre o qual incidem as técnicas de poder. A dimensão de externalidade do poder em relação ao corpo, que se move e atua sobre os corpos resulta desta leitura. Já aquela dimensão nietzscheana de potência, das forças que emanam do corpo e se voltam para sobre ele incidir, perde terreno. Ainda Segundo Berni:

Tuttavia, concependo le relazioni di forza, non più all'interno dell'individuo ma tra individui, Foucault delinea un concetto di potere (*pouvoir*) assai diverso dall'idea di potenza-força (*Macht*) nietzscheana. Foucault segue il discorso nietzscheano ma con uno spostamento semantico e contestuale decisivo. Mentre Nietzsche conduce un ragionamento sulla forza e sulla potenza intesa come principio agente nel e sul corpo, Foucault interpreta la forza come funzione tra individui socialmente e politicamente annodati. Il potere `e una specie di forza 'reattiva', che ha una provenienza e un'origine al di fuori del corpo. Egli non riconosce le forze 'attive' (BERNI, 2005, 200)⁴.

⁴ Tradução livre: "Todavia, concebendo as relações de força não mais ao interno do indivíduo, mas entre indivíduos, Foucault delinea um conceito de poder (*Pouvoir*) bastante diverso da ideia de potência-força (*Macht*) nietzscheana. Foucault segue o discurso nietzscheano mas com um deslocamento semântico e contestual decisivo. Enquanto Nietzsche conduz um raciocínio sobre a força e sobre a potência entendida como princípio agente no corpo e sobre o corpo, Foucault interpreta a força como uma função entre indivíduos social e politicamente ligados. O poder é uma espécie de força 'reativa' que tem uma proveniência e uma origem fora do corpo. Ele não reconhece as forças 'ativas'" (BERNI, 2005, 200).

Ao considerar o poder como aquilo que atua sobre o corpo, que ‘informa’ este corpo e constitui historicamente suas formas de subjetividade (que portanto não são originárias), o poder nesta ótica é colocado como extrínseco ao corpo.

Nisso Foucault não elabora qualquer filosofia vitalista, não busca nenhuma realidade originária do corpo que possa ser descontinuada e exista previamente ou independentemente dos discursos e práticas que o investem. É nesse contexto que ele remete para a dimensão da história as reiteradas formulações de diferentes estruturas de saber e inscreve também na história as variadas práticas de poder que não são analisadas como expressões de potências dos indivíduos, mas buscadas em seus mecanismos de validade, suas facetas e suas regras. Alcançar o corpo exige voltar-se para fora do corpo e analisar tanto as regras do saber quanto as técnicas de poder que desenham o corpo como seus efeitos.

O próprio Foucault deixa bem claro essas dimensões externas ao corpo como o fio de seu questionamento e visibilidade. Sua busca não quer simplesmente repor as formas usuais de a história abordar o corpo, mas indicar que “o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais” (FOUCAULT, 1987, 28). Com isso Foucault não apenas requer atenção para esta dimensão do poder que vem a atuar sobre o corpo para produzir suas formas de manifestação, como este é também seu modo de negar um saber ‘neutro’ sobre o corpo desvinculado do poder⁵. Se o corpo é posto a dar ‘respostas’ e ‘funcionar’ a partir da incidência de poder que sobre ele recai, também o saber aí está envolvido. O saber pode ser constituído e também constitui (no sentido de apoiar e fundamentar) os poderes que se dirigem ao corpo, o que “quer dizer que pode haver um ‘saber’ do corpo que não é exatamente a ciência de seu funcionamento, e um controle de suas forças que é mais que a capacidade de as vencer: esse saber e esse controle constituem o que se poderia chamar de tecnologia política do corpo” (FOUCAULT, 1987, 28).

Essas tecnologias políticas do corpo são colocadas especialmente como o que deve ser analisado para tratar da crucial questão da subjetividade e verdade, mas também servem para sinalizar como o corpo é considerado por Foucault. Sem os discursos que pretendem enunciar o corpo e sem as normas e

⁵ Sobre essa idealizada separação entre saber e poder Foucault nos diz que: “seria talvez preciso também renunciar a toda uma tradição que deixa imaginar que só pode haver saber onde as relações de poder estão suspensas e que o saber só pode desenvolver-se fora de suas injunções, suas exigências e seus interesses [...] Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder” (FOUCAULT, 1987, 29/30).

práticas que o regulam, não parece haver lugar para o corpo. Já que são estes os campos por meio dos quais ele realiza a sua existência, saber e poder passam a operadores interpretativos e fabricadores do corpo, portanto é para eles e suas condições de operação que se dirige o olhar.

Ao que parece, na filosofia foucaultiana o corpo não se constitui como uma entidade concreta passível de observação que o desvencilhe dos contextos por meio dos quais ele figura e age. Tais contextos de saber e poder são os esquemas a partir dos quais o corpo é possível, não como 'este corpo que me pertence' ou 'este corpo que se move, age e fala', partindo dele próprio tais princípios. O corpo não recebe o estatuto de um 'próprio', mas daquilo que é atuante pelas injunções que o colocam a falar, agir e se mover das maneiras específicas que o faz. A passagem que Foucault usa no *Vigiar e punir* para expor a 'figura ideal do soldado' ilustra bem isto:

O soldado é antes de tudo alguém que se reconhece de longe; que leva os sinais naturais de seu vigor e coragem, as marcas também de seu orgulho; seu corpo é o brasão de sua força e de sua valentia; e se é verdade que deve aprender aos poucos o ofício das armas — essencialmente lutando — as manobras como a marcha, as atitudes como o porte da cabeça se originam, em boa parte, de uma retórica corporal da honra (FOUCAULT, 1987, 125).

Embora esse trecho esteja ocupado em expor o poder disciplinar e as formas de adestramento e docilização dos corpos, ele também serve para mostrar a condição do corpo não como uma realidade material dada, mas como efeito material, como produto da técnica. Em diversos momentos Foucault se refere à materialidade do poder; nisto não é o corpo constituído de uma originária materialidade e composição, mas 'investido' pelo poder que nele se põe em prática e tem seus efeitos materiais justamente moldando no detalhe as performances do corpo como o trabalho, os gestos e a postura, por exemplo. Também sobre isso Foucault vai dizer que:

O domínio, a consciência de seu próprio corpo só puderam ser adquiridos pelo efeito do investimento do corpo pelo poder: a ginástica, os exercícios, o desenvolvimento muscular, a nudez, a exaltação do belo corpo... tudo isto conduz ao desejo de seu próprio corpo através de um trabalho insistente, obstinado, meticoloso, que o poder exerceu sobre o corpo das crianças, dos soldados, sobre o corpo sadio (FOUCAULT, 1979, 146)⁶.

⁶ Nessa mesma entrevista *Poder-corpo* incluída na *Microfísica do poder*, Foucault irá tratar da colonização do corpo como o que aparece no processo político da modernidade e nega que nas sociedades burguesas e capitalistas o corpo tenha sido esquecido, já que esta mesma sociedade apostou num investimento constante sobre o mesmo. Ao responder no que seu pensamento diferia das interpretações atuais, diz que: "Acho que eu me distingo tanto da perspectiva mar-

Se a preocupação de Foucault, em especial em seus textos dos anos 70, estava em buscar as relações entre saber, poder e corpo, é preciso compreender que tanto saber quanto poder parecem externos ao corpo e chegam ao corpo exatamente quando este resulta daqueles. O corpo é esquadrinhado pelas experiências do saber-poder. Isso em parte pode ser percebido quando o poder é pensado como conjunto de práticas que devem ser analisadas em suas formas e regras de funcionamento. São as relações sociais e institucionais nos seus critérios e engrenagens de operação a gerarem, por força da verdade que se crê veicular, as manifestações de poder que produzem os sujeitos e seus corpos.

Sobre essa colocação do poder não como forças intrínsecas ao corpo que atuam internamente, mas como poder produtivo, Dreyfus e Rabinow dizem que:

Uma diferença importante entre Nietzsche e Foucault é que sempre que Nietzsche parece fundar a moralidade e as práticas sociais em táticas de atores individuais, Foucault afasta totalmente o caráter psicológico da abordagem e considera toda motivação psicológica não como a fonte, mas como o resultado de estratégias sem estratégistas (DREYFUS; RABINOW, 1995, 121).

Que homem ou isso que os autores chamam de atores individuais não impliquem, no pensamento de Nietzsche, qualquer noção de sujeito fixo e naturalmente existente, merece outro debate. A mesma percepção de Foucault do sujeito como um artifício ou ficção constituído e não constituinte já estava em Nietzsche. Mas Foucault carrega sua rejeição também na desconsideração de qualquer psicologia que não seja efeito e se desprende com isso da fisiopsicologia nietzschiana⁷. Nesse sentido, não apenas as motivações dos agentes,

xista quanto da para-marxista. Quanto à primeira, eu não sou dos que tentam delimitar os efeitos do poder ao nível da ideologia. Eu me pergunto se, antes de colocar a questão da ideologia, não seria mais materialista estudar a questão do corpo, dos efeitos do poder sobre ele. Pois o que me incomoda nestas análises que privilegiam a ideologia é que sempre se supõe um sujeito humano, cujo modelo foi fornecido pela filosofia clássica, que seria dotado de uma consciência de que o poder viria se apoderar" (FOUCAULT, 1979, 148). Se nesta resposta aparece a negação de uma subjetividade que não seja resultante das operações sobre o corpo que objetivam e subjetivam o homem, também aparece além desta rejeição a do corpo como matéria que possa ter uma forma sem o esquema (tecnologias políticas do corpo) que o produz e in-forma de uma certa maneira.

⁷ Axel Honneth nota este despreendimento de Foucault em relação a fisiopsicologia, muito embora não se dirija a esta noção em Nietzsche. Para Honneth o trabalho de Foucault no que concerne a disciplina orientou-se pela história física da construção dos movimentos e gestos dos corpos e deixou de lado a história psicológica e afetiva do controle disciplinar (HONNETH, 1993).

mas também seus corpos, como atuam, suas posturas, seus gestos e o que deles é inteligível decorre de produção⁸.

Com isso um outro aspecto bastante relevante do pensamento sobre o corpo de Foucault aparece. Trata-se de sua percepção construtivista de corpo. As facetas do corpo são tornadas possíveis pelas proposições que acerca dele o saber explicita, assim como o modo de ser do corpo, seu funcionamento no tempo e espaço resulta de uma educação efetuada por técnicas de poder.

A tese construtivista confirma que em Foucault não aparece qualquer dimensão de um corpo natural e sim, o corpo como resultado e ponto de encontro de regimes de discursos, poderes produtivos e relações jurídicas. Sua arqueologia e em especial sua genealogia delineiam essa concepção 'construtivista' de corpo⁹, como ressalta Francisco Ortega:

The body is described as infinitely pliable in the hands of power. The object of discipline is the creation of 'docile bodies', which are offered as 'natural bodies' to analysis and manipulation. The individual and his soul are produced by disciplinary operations on the body, which is itself socially constructed (ORTEGA, 2014, posição 371 de 5976)¹⁰.

A posição construtivista de Foucault demarca não apenas sua recusa numa abordagem psicológica, como medida de afastar-se do sujeito da consciência, como também coloca o corpo em relação com as tecnologias de sua

⁸ Mas ao destituir do corpo condições próprias de potência e afirmar que toda atuação de poder encontrar resistência, Foucault reabre a questão sobre a condição ativa e remete para o plano da ética, das técnicas de si, a discussão sobre resistência e subjetividade.

⁹ Em relação à leitura 'construtivista' de corpo em Michel Foucault, Judith Butler no texto *Foucault and the paradox of bodily inscriptions*, começa apontando que: "the position that the body is constructed is one that is surely, if not immediately, associated with Michel Foucault". Tradução livre: "a posição de que o corpo é construído é uma que é certamente, se não imediatamente, associada a Michel Foucault" (BUTLER, 1989, 601). Neste texto esta constatação inicial serve para questionar se Foucault, mesmo em sua leitura de um corpo construído, não estaria supondo um corpo pré-existente que se oferece à construção. Isso porque, Segundo Butler, a referência a um poder que 'investe' os corpos suporia um corpo previamente existente a este investimento. Já Francisco Ortega combate com esta leitura uma vez que encontra nas formulações genealógicas da década de 1970 de Foucault uma compreensão construtivista de corpo em sua rejeição de qualquer posição fundacionista. Para Ortega as análises construtivistas sobre o corpo de Foucault situam-se como umas das precursoras de outras leituras mais ou menos radicais na afirmação do corpo como construído: "Foucault formulates his constructionist approach to the body in the 1970s, in connection with what is known as the genealogy of power, and it is through this notion that it has inspired more or less radical forms of constructionism". Tradução livre: "Foucault formula sua abordagem construtivista de corpo nos anos 70, em conexão com o que se conhece como genealogia do poder e é através dessa noção que formas mais ou menos radicais de construtivismo foram inspiradas" (ORTEGA, 2014, posição 361 de 5976).

¹⁰ Tradução livre: "O corpo é descrito como infinitamente maleável nas mãos do poder. O objeto de disciplina é a criação de "corpos dóceis", que são oferecidos como "corpos naturais" para a análise e manipulação. O indivíduo e sua alma são produzidos por operações disciplinares sobre o corpo, que é a própria construção social" (ORTEGA, 2014, posição 371 de 5976).

produção. Colocar em questão o homem não implica para o autor uma empreitada de busca de qualquer fundamento originário, mas trata sim de compreender sua condição de criado e, portanto, de investigar as mecânicas dos processos produtivos. A genealogia do sujeito da década de 1970 anda lado a lado com a análise das técnicas de poder sobre o corpo e o próprio Foucault identifica na *História da sexualidade I* duas estradas das tecnologias políticas sobre o corpo: aquela centrada no *corpo máquina* desenvolvida a partir do século XVII e outra, por volta da metade do século XVIII, centrada no *corpo-espécie* (FOUCAULT, 1988).

Se a genealogia se volta para as relações entre subjetividade e verdade e para tal empreitada percebe o corpo como objeto fundamental dessa relação, isso quer dizer que o investimento sobre o corpo, as técnicas de sua produção remetem à própria elaboração e aparição do sujeito. Mas isso não significa que a noção de corpo em Foucault seja pacífica.

E essa ambiguidade da noção de corpo não toca apenas a passagem do corpo visto em 'detalhe' para o corpo-espécie ligado à população. Antes desta ambiguidade, que só pode ser resolvida pela análise da biopolítica, temos uma outra que precisa ser considerada. Isso quer dizer que o corpo-máquina, o corpo individual das disciplinas precisa ser compreendido, antes que possamos pensar se o corpo no plano da biopolítica das populações permanece na mesma leitura interpretativa ou não.

Ao perceber que Foucault, diferente de Nietzsche, não trata da economia pulsional imanente ao corpo, o poder seria aquilo de externo que sobre ele incide. Depois, ao tratar das tecnologias do corpo como as configurações que o investem, tais tecnologias são colocadas como produtoras do corpo.

Ainda que ambas proposições pareçam coincidir quanto a uma rejeição de qualquer ontologia do corpo, no primeiro caso, por negar um relevo próprio ao corpo das potências e dos instintos, e no segundo caso, por estabelecer o privilégio do incorpóreo e das tecnologias produtivas; estas proposições assumem diferentes posições construtivistas sobre o corpo.

Supor a externalidade do poder em relação ao corpo e tratar de um poder que investe o corpo, remete também a um corpo previamente existente sobre o qual tal poder possa se aplicar. Como aponta Judith Butler: "At times it appears that for Foucault the body has a materiality that is ontologically distinct from the power relations that take that body as a site of investments" (BUTLER, 2011, posição 764 de 6134)¹¹.

¹¹ Tradução livre: "Às vezes parece que para Foucault o corpo tem uma materialidade que é ontologicamente distinta das relações de poder que tomam o corpo como um local mínimo de investimentos" (BUTLER, 2011, posição 764 de 6134).

Se o poder tomado como externo ao corpo o investe e com isso é possível interpretar que Foucault teria concedido ao corpo uma qualquer dimensão material — ainda que destituída de funcionamento próprio e natural —, a construção seria sobre esta materialidade e, portanto, estaria limitada a operar em termos históricos e culturais. Quer dizer que a operação de construção é destacada da materialidade do corpo e, assim, a construção ocorreria histórica e culturalmente sobre a materialidade existente. O corpo, neste caso, ele mesmo, estaria excluído da construção, seria o ponto de referência a partir do qual a construção opera¹². Em termos resumidos, essa forma específica de construtivismo suporia uma realidade material irredutível do corpo entendendo que a construção ocorreria sobre esta materialidade e a partir desta materialidade.

Outra é a situação da construção considerada em termos mais radicais e que não supõe uma materialidade irredutível do corpo. Neste caso o corpo é situado como efeito do poder, o alvo de Foucault não seria o corpo, mas isso que é incorpóreo, quer dizer, o conjunto de técnicas que assujeitam o corpo (CUTRO, 2004). O corpo, assim, é desmaterializado, ele é considerado não como uma materialidade prévia sobre a qual os significados devem referir e as práticas investir, mas, de modo diverso, o próprio corpo somente se realiza na sua conjunção com os signos que o sinalizam e o colocam em visibilidade. Neste caso, podemos lembrar que no texto *Nietzsche, a genealogia e a história* Foucault nos diz que “rien en l’homme — pas même son corps — n’est assez fixe pour comprendre les autres hommes et se reconnaître en eux” (FOUCAULT, 1994, *Dits et Écrits I*, 1015)¹³.

Sobre essas duas diferentes leituras construtivistas, Francisco Ortega as distingue apontando uma como construtivismo epistemológico e a outra como a versão forte de construtivismo (ORTEGA, 2014). No construtivismo epistemológico, que Ortega entende como uma posição agnóstica, o corpo é colocado como objeto epistêmico e nessa condição é tratado pelos contextos particulares nos quais se insere e por meio dos quais seus significados são constituídos. Tais contextos remetem às análises históricas, sociológicas, antropológicas e culturais como ambientação construtiva da ideia que se faz sobre o corpo. Não existe nenhum acesso natural ao corpo, mas apenas sua visibilidade pela via destas análises.

¹² Sobre essa leitura do corpo como uma existência irredutível sobre a qual trabalham os processos construtivos, Judith Butler, no livro *Bodies that Matter*, questiona se exatamente esta interpretação não estaria amarrando a ideia de construção a um mínimo sobre o qual ela atue, como se a noção mesma de construção fosse incompatível com a rejeição de uma materialidade primeira e dada. Seu questionamento se expande para investigar o quanto as teorias construtivistas supõem uma ‘cenografia’ e uma ‘topologia’ para a construção (BUTLER, 2011).

¹³ Tradução livre: “Nada no homem — nem mesmo seu corpo — é fixo suficiente para servir de base ao conhecimento de si e dos outros” (FOUCAULT, 1994, *Dits et Écrits I*, 1015).

O problema dessa forma de construtivismo estaria em não demarcar adequadamente a diferença entre as dimensões epistemológica e ontológica do objeto epistêmico. Para tratar disso Ortega retoma Ian Hacking que alega existir nas considerações sobre a construção de algo, uma confusão entre a coisa e a ideia da coisa (HACKING, 2001)¹⁴.

Thus, an important distinction to be made in discussions about the body as constructed is that between epistemological postulates and ontological [...] in other words, between our access to a certain reality and the mode of existence of that reality itself. According to epistemological constructionism, there is no 'natural' access to the body, no knowledge of the body independently of historically relative discursive and social practices. This is an agnostic position, which refuses to make universal claims about human corporeality (ORTEGA, 2014, posição 400 de 5976)¹⁵.

A outra forma de construtivismo — a versão forte — defende a tese de que não há uma materialidade dada ou irreduzível do corpo pré-existente às operações de construção. Tal linha construtivista estabelece uma ontologia negativa (ORTEGA, 2014) e tem a vantagem de enfrentar a confusão entre coisa e ideia, já que não atende a este dualismo entre fatos e proposições. Para esta

¹⁴ Nas palavras de Hacking: "The distinction between objects an idea is vague but should by now be easy enough, even if there are many subdistinctions of some subtlety. Yet this basic distinction conceals a very difficult issue. The trouble is that ideas often interact with states, conditions, behavior, actions, and individuals. Recall Philippe Ariès well-known *Centuries of Childhood*. In the wake of that book, childhood has been called a social construct. Some people mean that the idea of childhood (and all that implies) has been constructed. Others mean that a certain state of person, or even a period in the life of human being, an actual span of time, has been constructed. Some thinkers may even mean that children, as they exist today, are constructed. States, conditions, stages of development, and children themselves are worldly objects, not ideas". Tradução livre: "A distinção entre objetos e ideia é vaga, mas já deveria estar fácil o suficiente, mesmo se houver muitas subdistinções de alguma sutileza. No entanto, esta distinção básica esconde uma questão muito difícil. O problema é que as ideias muitas vezes interagem com os estados, as condições, os comportamentos, as ações e os indivíduos. Lembre-se do bem conhecido Séculos de Infância de Philippe Áries. Na esteira desse livro, a infância tem sido chamada de uma construção social. Algumas pessoas querem dizer que a ideia de infância (e tudo o que implica) foi construída. Para outros significa que um determinado estado de uma pessoa ou mesmo de um período na vida de um ser humano, um período de tempo real, foi construído. Alguns pensadores podem mesmo significar que as crianças, como eles existem hoje, são construídas. Estados, condições, estágios de desenvolvimento, e as próprias crianças são objetos mundanos, e não ideias (HACKING, 2001, 102).

¹⁵ Tradução livre: "Assim, uma distinção importante a ser feita em discussões sobre o corpo como construído é entre postulados epistemológicos e ontológicos [...] em outras palavras, entre o nosso acesso a uma determinada realidade e o modo de existência da própria realidade. De acordo com o construtivismo epistemológico, não há acesso "natural" para o corpo, não há nenhum conhecimento do corpo de forma independente das práticas discursivas e sociais historicamente a ele relativos. Esta é uma posição agnóstica, que se recusa a fazer afirmações universais sobre corporeidade humana" (ORTEGA, 2014, posição 400 de 5976).

corrente¹⁶, não há materialidade desvinculada dos processos construtivos, que são a exata condição pela qual a materialidade se faz perceber.

In contrast, the strong version of constructionism does conflate epistemological and ontological matters. It postulates a negative ontology, according to which the body and materiality do not exist as such, but are social constructions and discursive effects (ORTEGA, 2014, posição 406 de 5976)¹⁷.

Mas tais diferentes maneiras contemporâneas de postular a construção servem para referir as correntes pós-foucaultianas, e, além disso, a obra de Foucault não constitui um todo capaz de se encaixar perfeitamente a nenhuma destas vertentes. Como vimos, o modo como o corpo aparece nas análises de Foucault anteriores à apresentação da biopolítica em 1976, ora se ajusta melhor como *locus* sobre o qual o poder atua, ora é desmaterializado por trás das tecnologias que o produzem. Também Butler e Ortega sinalizam essa variação na leitura de Foucault sobre o corpo.

Se Butler, como foi dito, entende que a continuada referência de Foucault a um poder que investe o corpo subentende um corpo prévio a ser investido, esta mesma autora também percebe que especificamente *no Vigiar e punir* figura um outro entendimento:

In Discipline and Punish, we have a different configuration of the relation between materiality and investment. There the soul is taken as an instrument of power through which the body is cultivated and formed. In a sense, it acts as a power-laden schema that produces and actualizes the body itself (BUTLER, 2011, posição 764 de 6134)¹⁸.

Já Ortega é direto ao dizer que se fossemos pensar o construtivismo de Foucault segundo as versões apresentadas, ele:

Might have been agnostic, although sometimes oscillating towards negative ontology, as when he asserted that discipline produces the natural body. Several times, he asserted that his position was more materialist than Marxism, since it examined the effects of power not through ideology, but directly in bodies. The individual was for him the 'product of a relation of power exercised over bodies' [...] In spite of such apparent emphasis on ma-

¹⁶ A autora que mais se encaixa nesta corrente é Judith Butler.

¹⁷ Tradução livre: "Em contraste, a versão forte do construcionismo enfrenta as questões epistemológicas e ontológicas. Ele postula uma ontologia negativa, segundo a qual o corpo e materialidade não existem como tais, mas são construções sociais e efeitos discursivos" (ORTEGA, 2014, posição 406 de 5976).

¹⁸ Tradução livre: "Em *Vigiar e punir*, temos uma configuração diferente da relação entre materialidade e investimento. Lá a alma é tomada como um instrumento de poder através do qual o corpo é cultivado e formado. Em certo sentido, ele age como um esquema de poder-carregador que produz e atualiza o próprio corpo" (BUTLER, 2011, posição 764 de 6134).

teriality and on the reality of power's effects, Foucault's commitment to the body coexisted, paradoxically, with a position in which it disappears as material or biological entity, and remains knowable only through the filter of power relations as embodied in medical, juridical or pedagogical discourses. The biological body is a manifestation of the social, and plays no role as an active and intentional agent (ORTEGA, 2014, posição 433 de 5976)¹⁹.

Há, portanto, essa dificuldade pontual de expor qual seria a noção precisa de corpo em Foucault, sem que se perceba que, se efetivamente existe uma determinada compreensão de corpo ainda que não explicitada mas presente em suas análises, a leitura de corpo não seria continuada ou homogênea. O modo como suas obras tratam a noção de poder em seu trabalho de assujeitamento sobre o corpo pode ora levar à interpretação de um corpo material sobre o qual o poder opera, ora a um corpo desmaterializado.

Não queremos resolver essa abertura de diferentes posições construtivistas, mas buscar alguns elementos no próprio Foucault que facilitem ao menos compreender se uma dessas vias teria aparecido com maior peso ou frequência.

Numa conferência de 1966, publicada posteriormente, chamada *O corpo utópico: as heterotopias*²⁰, Foucault primeiro mostra o corpo como o contrário da utopia, como uma não utopia e que todas as utopias teriam a intenção de apagá-lo, sendo a utopia da alma, do não corpo, um traço fundamental da tradição ocidental. Depois diz que se enganou e que o corpo não é contrário às utopias ou um aqui carnal irremediável, mas é ele mesmo, o corpo, sempre um outro lugar, ele está sempre em outra parte:

Então, o corpo, na sua materialidade, na sua carne, seria como o produto de seus próprios fantasmas. Afinal, o corpo do dançarino não é justamente um corpo dilatado segundo um espaço que lhe é ao mesmo tempo interior e exterior? E os drogados também, e os possuídos; os possuídos, cujo corpo torna-se inferno; os estigmatizados, cujo corpo torna-se sofrimento, resgate e salvação [...] As crianças, afinal, levam muito tempo para saber que têm um

¹⁹ Tradução livre: "Poderia ter sido agnóstico, embora, por vezes, oscilando para ontologia negativa, como quando ele afirmou que a disciplina produz o corpo natural. Várias vezes, ele afirmou que sua posição era mais materialista do que o marxismo, uma vez que examinou os efeitos do poder não por via da ideologia, mas diretamente nos corpos. O indivíduo era para ele o 'produto de uma relação de poder exercido sobre os corpos' [...] Apesar dessa aparente ênfase na materialidade e sobre a realidade dos efeitos do poder, o compromisso de Foucault com o corpo coexistiu, paradoxalmente, com uma posição na qual ele desaparece como matéria ou entidade biológica e continua a ser cognoscível apenas através do filtro das relações de poder tal como consagrado nos discursos médicos, jurídicos ou pedagógicos. O corpo biológico é uma manifestação do social, e não desempenha nenhum papel como agente ativo e intencional" (ORTEGA, 2014, posição 433 de 5976).

²⁰ Essas conferências foram recentemente publicadas em português, sob o nome: **O corpo utópico, As heterotopias**, com a tradução de Salma Tannus Muchail (FOUCAULT, 2013).

corpo. Durante meses, durante mais de um ano, elas têm apenas um corpo disperso, membros, cavidades, orifícios, e tudo isto só se organiza, tudo isto literalmente toma corpo somente na imagem do espelho. De um modo mais estranho ainda, os gregos de Homero não tinham uma palavra para designar a unidade do corpo. Por paradoxal que seja, diante de Tróia, abaixo dos muros defendidos por Heitor e seus companheiros, não havia corpos, mas braços erguidos, peitos intrépidos, pernas ágeis, capacetes cintilantes em cima de cabeças: não havia corpo (FOUCAULT, 2013, 14/15).

Aparece nessa conferência um questionamento da própria materialidade do corpo ou de uma materialidade que não seja ela mesma apenas possível pelas utopias e fantasias que o colocam a exercer os papéis e existir como tais expedientes o ilustram. Qual o sentido do termo utopia e implicitamente de heterotopia não é esclarecido por Foucault. Podemos supor que o topos do corpo é posto a falar, é preenchido e composto por isso que lhe é estranho, mas que, em sua conjunção com o corpo, tanto as diferentes apreensões e dicções a seu respeito quanto sua própria manifestação formam as lentes da inteligibilidade de sua materialidade.

Materialidade, não lugar e lugares outros. Esses três conceitos são colocados em relação, uma relação aparentemente difícil e absurda. Como a materialidade do corpo pode ser o não lugar? E por isso ele é o avesso da utopia, ele é presença e conota a inescapabilidade (corpo cárcere?). Mas essa presença que é o corpo também é 'penetrável' e 'opaca', quer dizer, ela acolhe, o corpo é poroso e, portanto, não é materialidade irredutível, mas um topos que acata forma-função. As utopias, assim, surgem e se aplicam ao corpo. O não lugar ganha condição pelo corpo e sobre o corpo. Nisso o corpo pode seguir uma rede infinita de mutação, não se trata mais de questionar o que é fantasia e o que não corresponde a essa 'materialidade', ou seja, a própria utopia fica para trás. O que precisa ser questionado são as inúmeras formas-funções capazes de portar o corpo a outro lugar, de sempre poder configurar um outro corpo. As heterotopias servem para ilustrar a instabilidade e a impossibilidade de um 'próprio' definitivo do corpo.

Voltamos ao trecho do prefácio de *As palavras e as coisas* que serviu de epígrafe a esta análise do corpo em Foucault. Nesse prefácio o exemplo da encyclopédia chinesa de Borges conduz a leitura de Foucault sobre o disparatado, o desordenado e o impossível do pensamento.

Esse texto de Borges fez-me rir durante muito tempo, não sem um mal-estar evidente e difícil de vencer. Talvez porque no seu rastro nascia a suspeita de que há desordem pior que aquela do incongruente e da aproximação do que não convém; seria a desordem que faz cintilar os fragmentos de um grande número de

ordens possíveis na dimensão, sem lei nem geometria, do heterólogo (FOUCAULT, 1992, 7).

Embora *As palavras e as coisas* não tenha como objeto o corpo e se preocupe em compreender as condições de possibilidade das diferentes formações discursivas, a relação das utopias e heterotopias da conferência de 1966 com o prefácio desse livro publicado no mesmo ano leva a pensar se o topo do corpo, penetrável e poroso, não afirma justamente sua capacidade de ser ordenado e classificado como sempre outro ao sabor das configurações do saber e relações de poder. Questionamos se o desconforto das heterotopias mencionado por Foucault nesse prefácio não poderia ser aproveitado para problematizar a impossibilidade do corpo. Impossibilidade que não é ausência do corpo, mas de um corpo que mesmo em sua materialidade não possa ser visível ou inteligível sem uma ordem que o informe. Quer dizer, sem uma técnica que seja a um só tempo o que penetra o corpo para lhe dar uma forma específica e também permitir uma visibilidade informativa sobre ele. Assim, essa materialidade não requer nenhuma essencialidade prévia ou definida.

Se nestes textos da década de 1960 já é possível interpretar na preocupação arqueológica uma possível leitura do corpo aberto às diferentes ordenações que lhe são configuradas pelo saber, é mais claramente no *Vigiar e punir* que a reflexão sobre o corpo ganha terreno.

Não queremos repor todo o percurso da história das prisões e nem mesmo falar das técnicas disciplinares de docilização dos corpos ali investigadas. A intenção é tomar uma passagem que entendemos emblemática para pensar o corpo. Trata da passagem em que Foucault lembra do 'duplo corpo do rei' de Kantorowitz e coloca na contrapartida o corpo do condenado. Se o rei em seu 'mais poder' justifica o desdobramento de seu corpo, o condenado, no outro polo em seu 'menos poder', não justificaria outra espécie de desdobramento? Nas palavras de Foucault: "de um incorpóreo, de uma 'alma'" (FOUCAULT, 1987, 31).

Esse incorpóreo, essa alma, que se coloca como o 'mínimo corpo do condenado' é rejeitada como ilusão ou ideologia para ser tematizada como tecnologia de poder sobre o corpo e cuja sua realidade se produz 'permanentemente'. Essa alma não é originária, sua realidade decorre dos procedimentos punitivos que estabelecem o tipo de subjetividade do homem dócil e útil. Segundo Foucault:

Mas não devemos nos enganar: a alma, ilusão dos teólogos, não foi substituída por um homem real, objeto do saber, de reflexão filosófica ou de intervenção técnica. O homem de que nos falam e que nos convidam a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma 'alma' o habita e o leva à existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo

poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo (FOUCAULT, 1987, 31/32).

Esta passagem é bastante rica. Para começar, Foucault reverte a clássica menção platônica do corpo como prisão da alma²¹ e o faz justamente para exponer que alma, como corolário de tecnologia de poder, é um efeito de práticas que tem efetividade exatamente porque educa e conforma os corpos numa classificação representada por esta ‘alma’. A alma aqui é pensada não como um em si, mas como as subjetividades constituídas e que pela sua força assujeita e conforma o próprio corpo em seus vetores.

Mas também o corpo ganha um esclarecimento. Quando Foucault nega o homem real, ou seja, um homem cuja composição seja de um em si alheio às tecnologias do corpo, ele também rejeita o homem como objeto do saber ou de intervenção técnica. Isso aponta para a leitura de que o corpo não é uma mera coisa ou simples objeto epistêmico sobre o qual se aplicam técnicas. O corpo do condenado não é um mínimo existencial, este corpo só faz sentido e é visível pela alma que o emoldura, por este incorpóreo que torna possível esta sua exata condição corpórea.

A própria Judith Butler, que entende existir em Foucault de modo mais consistente o construtivismo epistemológico, vê especificamente no *Vigiar e punir* sua proximidade com o construtivismo da ontologia negativa. E dentro dessa leitura ela procede a uma comparação entre Aristóteles e Foucault. O ponto de partida dessa comparação está no repor a noção de matéria em Aristóteles como potencialidade, como aquilo que precisa ser atualizado por uma forma e somente na junção com a forma a matéria deixa de ser uma condição aberta para ser um ente específico. Em suas palavras:

In both the Latin and the Greek, matter (*materia* and *hyle*) is neither a simple, brute positivity or referent nor a blank surface or slate awaiting an external signification, but is always in some sense temporalized" (BUTLER, 2011, posição 716 de 6134)²².

Essa retomada de Aristóteles ainda continua na lembrança que uma matéria só pode ser atualizada mediante um *schema*, ou seja, uma forma que a individualiza e a coloca em evidência. Isso quer dizer que a matéria não aparece nunca sem seu *schema*:

Schema means form, shape, figure, appearance, dress, gesture, figure of a syllogism, and grammatical form. If matter never appears

²¹ Seria interessante observar o quanto esta menção da alma como prisão do corpo se aproxima da leitura nietzscheana que pensa exatamente que a alma foi a forma ordenadora do corpo ao longo da história da cultura.

²² Tradução livre: “No latim e no grego, a matéria (*materia* e *hyle*) não é nem uma simples, bruta positividade ou referência, nem uma superfície em branco ou lousa aguardando uma significação externa, mas é sempre em algum sentido temporalizada” (BUTLER, 2011, posição 716 de 6134).

without its schema, that means that it only appears under a certain grammatical form and that the principle of its recognizability, its characteristic gesture or usual dress, is indissoluble from what constitutes its matter (BUTLER, posição 745 de 6134)²³.

Ainda que se possa questionar que aquilo que Aristóteles pensa como forma não estaria de acordo com o pensamento de Foucault, a relação aí estabelecida tem menos a intenção de aproximar-los do que de usar um instrumento interpretativo que sirva para esclarecer como Foucault não pensa o corpo como uma materialidadeposta, definitiva, apta a ser moldada pelas técnicas de poder. A alma, como mecanismo das tecnologias de poder pode ser visualizada como um *schema* que cria, individualiza e atualiza o corpo.

É nesse sentido que se pode dizer que o corpo em Foucault é desmaterializado, não porque ele simplesmente não exista e suma por trás do saber-poder que o constitui, pressupondo aí uma construção fisiológica, mas porque o corpo, como trabalhado por Foucault, escapa da condição de objeto e da noção de materialidade da tradição filosófica moderna. O corpo não é coisa a ser apreendida em sua realidade, ele é desmontado de sua condição material para se apresentar numa condição figurada (CUTRO, 2004) que responde aos variados *schemas* que o produzem como uma ou outra figura.

Se as técnicas animam e dão forma ao corpo, decorre disso que o corpo ‘investido’ por tais técnicas é por elas ‘in-formado’. Nem corpo e nem técnicas são absolutos autônomos, mas são relacionais e, portanto, apesar da linguagem apresentada por Foucault levar a supor um corpo prévio que é investido por poderes e saberes que lhe são externos, entre eles não há uma distinção ontológica. O corpo é o efeito material que coincide com suas formas imateriais (suas tecnologias produtivas).

No texto *Nietzsche, a genealogia e a História*, Foucault diz que o corpo é um “*volume en perpetual effritement*” (FOUCAULT, 1994, *Dits et Écrits I*, 1011)²⁴. É uma maneira de usar um termo que se refere à *res extensa* (volume) para invalidar o conceito de coisa ou objeto para o corpo. O corpo não é coisa disposta ao poder, mas uma instância que conjuntamente realiza o poder ao materializá-lo no aparecer de uma forma específica.

²³ Tradução livre: “*Schema* significa forma, figura, aparência, vestido, gesto, figura de um silogismo e forma gramatical. Se a matéria nunca aparece sem seu *Schema*, isto significa que só aparece sob uma certa forma gramatical que é o princípio de seu reconhecimento, seu gesto característico ou veste usual, é indissolúvel do que constitui a matéria (BUTLER, 2011, posição 745 de 6134).

²⁴ Tradução livre: “volume em perpétua pulverização” (FOUCAULT, 1994, *Dits et Écrits I*, 1011).

REFERÊNCIAS

- BERNI, Stefano. **Nietzsche e Foucault**: corporeità e potere in una critica radicale della modernità. Milano: Giuffré, 2005.
- BUTLER, Judith. **Bodies that Matter**: on the discursive limits of "sex". London and New York: Routledge, 2011.
- _____. **Foucault and the paradox of bodily inscriptions**. In: The Journal of Philosophy, vol. 86, no. 11, nov. 1989.
- COURTINE, Jean-Jacques. **Déchiffrer le corps**: Penser avec Foucault. Grenoble: Éditions Jérôme Millon, 2011.
- CUTRO, Antonella. **Michel Foucault tecnica e vita**: bio-politica e filosofia del bios. Napoli: Bibliopolis, 2004.
- DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica. Tradução Vera Portocarrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução Salma Tannus Muchail, São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. **A história da sexualidade 1**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.
- _____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1987.
- _____. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- _____. **Os anormais**: curso no College de France (1974-1975). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica. Tradução Vera Portocarrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- _____. **O corpo utópico, As heterotopias**. Tradução Salma Tannus, Muchail. São Paulo: n-1 Edições, 2013.
- _____. **Dits et Écrits I**, 1954 — 1975. Paris: Gallimard, 1994.
- _____. **Dits et Écrits II**, 1976 — 1988. Paris: Gallimard, 1994.
- HACKING, Ian. **The Social Construction of What?** Harvard: Harvard University Press, 2001.

HONNETH, Axel. **The critique of power**: reflective stages in a critical social theory. Cambridge, Mass and London: MIT Press, 1993.

MILLER, Peter; ROSE, Nikolas. **Governing the present**: administering economic, social and personal life. Cambridge: Polity Press, 2008.

ORTEGA, Francisco. **Corporeality, medical technologies and contemporary culture**. Oxon: Birkbeck Law Press, 2014.

_____. Da ascese à bio-ascese: ou do corpo submetido à submissão ao corpo. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze**: ressonâncias nietzschianas. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

_____. Neurociências, neurocultura e autoajuda cerebral. In: **Interface — Comunicação, Saúde, Educação**, v.13, n.31, p. 247-260, out./dez. 2009.

ORTEGA, Francisco; ZORZANELLI, Rafaela. **Corpo em evidência**: a ciência e a redefinição do humano. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

* Recebido em 10 fev. 2015.



A COMPETÊNCIA PARA DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DE EMPREENDIMENTO PARA FINS DE OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA MATA ATLÂNTICA

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Resumo

O artigo tem como objetivo uma tentativa de definição da autoridade competente para declaração de interesse social para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação de bioma mata atlântica. Defende-se que o Ministro setorial é quem detém a referida competência. Argumenta-se no sentido de que não se pode presumir competência da Presidência da República.

Palavras-chave

Licenciamento ambiental. Competência. Bioma Mata Atlântica.

THE COMPETENCE TO DECLARE SOCIAL INTEREST OF AN ENTERPRISE TO THE PURPOSE OF OBTAINING A LICENSE TO SUPPRESS THE ATLANTIC FOREST BIOMA VEGETATION

Abstract

The paper argues in favor of a sectorial Secretary as opposed to the authority of the President of the Republic as for the competent authority for declaring social importance regarding the suppression of Atlantic Forest Biome. It also argues for the impossibility of any presumption regarding the scope of the competences related to the President of the Republic.

Keywords

Environmental License. Competent authority. Atlantic Forest Biome.

1. INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

No contexto dos empreendimentos portuários privados que se pretendia desenvolver em regiões de Bioma Mata Atlântica, e que tenham como

* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Consultor da União. As opiniões aqui expressas são do autor, e não do órgão no qual atua.

resultado a supressão de vegetação primária e secundária, especialmente no estágio avançado de regeneração, a autorização para o referido empreendimento deve ser precedida de uma *declaração de utilidade pública*. É o que dispõe a Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. E também, no mesmo conjunto de problemas, a supressão de vegetação primária e secundária em estágio médio de regeneração, deverá ser precedida de declaração de utilidade pública e de interesse social.

Esta disposição legal radica no sistema constitucional-ambiental disposto no art. 225 da Constituição Federal¹, cujo sentido principiológico, relativo ao *direito fundamental à qualidade do meio ambiente*², centra-se nos vetores da ubiquidade³, do equilíbrio⁴ e da precaução⁵, com fundamento na responsabilidade, de todo o Poder Público⁶, e da coletividade⁷. A questão toca no problema da *sustentabilidade*⁸, tema recorrente no discurso desenvolvimentista contemporâneo, temperado pelas cautelas devidas para com a proteção do meio ambiente⁹.

O objetivo inicial do interessado no investimento é a caracterização de determinado empreendimento como de utilidade pública, assim declarado pelo Poder Público, como antecedente a desdobramento de procedimento administrativo que pode resultar em autorização para supressão de vegetação. É da essência do procedimento o necessário Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EIA.

Isto é, pode-se negar eventual autorização para supressão de vegetação, na hipótese de que o EIA assim o entenda. De tal modo, insista-se, de nada vale a declaração de utilidade pública em face de inexistência de autorização do EIA. O problema todo consiste em se definir a qual autoridade compete a

¹ 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.

² Cf. Silva, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 58-70.

³ Cf. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco, Morita, Dione Mari e Ferreira, Paulo, **Licenciamento Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 54 e ss.

⁴ Cf. Sirvinskas, Luís Paulo de, **Manual de Direito Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

⁵ Cf. Antunes, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 35 e ss.

⁶ Como se explorará ao longo do presente parecer, poder público é locução que remete o intérprete à Administração Pública, em seu sentido mais amplo e abrangente, a propósito do que se colhe na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁷ Circunstância que exige articulação entre vários saberes e disciplinas, no sentido de que se obtenha uma articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais. Trata-se do conceito de ecotecnologia. Cf. Leff, Henrique, **Epistemologia Ambiental**, São Paulo: Cortez, 2002, pp. 86 e ss. Tradução de Sandra Valenzuela.

⁸ Cf., por todos, Freitas, Juarez, **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**, Belo Horizonte: Forum, 2012.

⁹ Sustentabilidade, enquanto critério fundamental para a gestão do meio ambiente, é tema de Milaré, Édis, **Direito do Ambiente- A Gestão Ambiental em Foco- Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 61 e ss.

confecção e a entrega das mencionadas declarações: afinal, a competência é do Chefe do Executivo Federal (Presidente da República) ou do Ministro Setorial? É o tema do presente ensaio.

É do que trato as observações que seguem, e que apontam para competência ministerial, setorial, e não presidencial, forte nos argumentos de especificidade de lei, e de diferenças ontológicas expressivas entre declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação e declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, entre outros.

A solução que vai se apontar é jurídica e, nesse sentido, não se sabe se atende à dinâmica da política, bem como à opinião pública¹⁰. São esses os contornos do problema que o presente artigo enfrenta. É referencial hermenêutico central nas reflexões vindouras a necessidade de realização do EIA, o que se configura também como mais um argumento vigoroso para se afastar do Chefe do Poder Executivo a competência para declaração de utilidade pública, no caso aqui tratado.

2. A PRETENSA APLICAÇÃO DO *NOVO CÓDIGO FLORESTAL*, REGRA GERAL, NA EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECIAL, COM OBJETIVO DE PROTEÇÃO DO BIOMA DA MATA ATLÂNTICA

O *Novo Código Florestal*, Lei nº 12. 651, de 2012, explicita o que se deve entender por *utilidade pública*, com modificação, comparado com o *Velho Código Florestal*, Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. São de utilidade pública as atividades de segurança nacional e de proteção sanitária, tanto no Código *Novo* (art. 3º, VII, a), como no Código *Velho* (art. 1º, § 2º, IV, a).

O Código *Velho* definia como de utilidade pública as obras *essenciais* de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia e aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão (art. 1º, § 2º, IV, b). O Código *Novo* (art. 3º, VII, b) define como obras de infraestrutura (não utiliza mais o advérbio *essencial*) as destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem

¹⁰ Em tema de influência da opinião pública na concepção de decisões jurídicas, conferir, por todos, Zagrebelsky, Gustavo, *A crucificação e a democracia*, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana. Especialmente, p. 135: Para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima Vox populi, Vox dei, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseira teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acríticas do poder do povo, as quais, como já vimos, são apenas adulações interesseiras.

como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho.

Houve, como se percebe, amplo alargamento do conceito, afinando-o com política de desenvolvimento sustentável, que é resultado de programa de Governo. Perceba-se, que antes se tratava de *serviços públicos de transporte*, e tem-se presentemente uma ampliação conceitual também para *sistema viário*.

Este último conceito remete-nos ao *Sistema Nacional de Viação-SNV*, que é constituído pela *infraestrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*, nos exatos termos do art. 2º da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

De onde se desdobra um *Sistema Federal de Viação-SFV, sob jurisdição da União, [que] abrange a malha arterial básica do Sistema Nacional de Viação, formada por eixos e terminais relevantes do ponto de vista da demanda de transporte, da integração nacional e das conexões internacionais*, também nos exatos termos do art. 3º da referida Lei nº 10.233, de 2001.

Este último *compreende os elementos físicos da infraestrutura viária existente e planejada, definidos pela legislação vigente*, na regra do parágrafo único do artigo aqui citado. Não se pode negar que um porto seja um terminal relevante, isto é, elemento físico de infraestrutura viária.

Ainda que, num contexto fático, a atribuição dessa definição seja das autoridades reguladoras setoriais, a exemplo da ANTAQ, ou das autoridades formuladoras e gestoras de políticas, a exemplo da Secretaria de Portos da Presidência da República. São as autoridades setoriais que declararam, quanto ao empreendimento avaliado, o que seja *transporte público, infraestrutura*, e tudo o que mais lhes compete.

No Código *Velho* (art. 1º, § 2º, IV, c) eram também de utilidade pública as demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA.

No Código *Novo* também se inseriam atividades e obras de defesa civil (art. 3º, VII, c), as que comprovadamente proporcionem melhorias na proteção das funções ambientais referidas a áreas de preservação permanente (art. 3º, VII, c, com referência ao inciso II do mesmo artigo), bem como *outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal* (art. 3º, VII, e).

O ato do chefe do Poder Executivo federal ao qual se refere à letra e, do inciso VII, do art. 3º do Novo Código Florestal é ato relativo à definição de atividades similares àquelas já elencadas no corpo do inciso VII. Isto é, não se

trata de ato regulatório correspondente a *cada um dos empreendimentos* que se pretende licenciar. Trata-se tão somente, de reserva de sentido e de competência que a lei confere ao chefe do Executivo, no sentido de ampliar categorias que a lei originariamente não alcançou. E se forem necessárias.

É essa a única interpretação que tonifica a autoridade presidencial, e que atende ao conteúdo da lei, no lastro conceitual da tradição presidencialista, que remonta à defesa do modelo constitucional norte-americano de 1787, como se lê em Alexander Hamilton, John Jay e James Madison¹¹.

Para os *founding fathers* do modelo presidencialista norte-americano, a energia do Poder Executivo consiste na sua duração, na sua unidade, na suficiente extensão de seus poderes, nos meios de prover as suas despesas e as suas necessidades; e a segurança do governo republicano funda-se na responsabilidade dos funcionários e na influência razoável das vontades do povo¹².

Na tradição clássica presidencialista norte-americana ao presidente o modelo outorga um poder geral de fixar regras de amplitude institucional, as *ordens executivas- executive orders*¹³, que permitem ao chefe do executivo um amplo controle sobre a realização de políticas públicas, no que se refere a seus elementos constitutivos gerais¹⁴.

Entre nós, a atividade legislativa do Executivo, em seu âmbito normativo direto, a par das medidas provisórias¹⁵, dá-se por meio de atividade denominada de secundária, e que se desdobra nos regulamentos autônomos, nos regulamentos independentes, nos regulamentos de necessidade e nos regulamentos de execução¹⁶.

O ato do chefe do Executivo federal remete-nos ao regulamento, isto é, a um *ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)*¹⁷.

¹¹ Hamilton, Alexander, Madison, James, e Jay, John, **O Federalista**, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hilton Martins Oliveria. (pp. 405 e ss.).

¹² Hamilton, Alexander, Madison, James, e Jay, John, cit. p. 419.

¹³ Cf., por todos, Howell, William G., **Power Without Persuasion- The Politics of Direct Presidential Action**, Princeton: Princeton University Press, 2003.

¹⁴ Cf. Warber, Adam L., **Executive Orders and the Modern Presidency**, Boulder: Lynne Rienneer Publishers, 2006.

¹⁵ Nesse tema, conferir, por todos, Amaral Júnior, José Levi, **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei- Teoria e Prática**, São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶ Cf., por todos, Cléve, Clémerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: RT, 1993. (pp. 215 e ss.).

¹⁷ Meirelles, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 130. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteri Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

A disposição à qual refere a letra *e*, do inciso VII, do art. 3º do *Novo Código Florestal* é relativa ao provimento de situações não disciplinadas em lei (*casos similares*) e não à fiel execução do comando contido na lei que se deve aplicar.

De tal modo, a referida competência insere-se no contexto de indicação de *casos similares* que seriam alcançados pelo conteúdo relativamente aberto de utilidade pública e não, como se poderia apressadamente concluir, à competência para decretar de utilidade pública um determinado empreendimento, para fins de licenciamento para autorização de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

E ainda que assim não fosse, haveria uma antinomia entre as disposições acima indicadas do *Novo Código Florestal* e lei específica da Lei nº 11.428, de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. E mesmo assim o conflito seria apenas aparente, porquanto o *Novo Código Florestal* não alterou a Lei da Mata Atlântica, nesse pormenor.

Quanto ao conceito de utilidade pública, a Lei nº 11.428, de 2006, *considera para seus próprios efeitos* (ou, na linguagem aqui copiada, *consideram-se para os efeitos desta Lei* - art. 3º, *caput*): a) atividades de segurança nacional e proteção sanitária; b) as obras essenciais de infraestrutura de interesse nacional destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia, *declaradas pelo poder público federal ou dos estados*.

Há mais de um conceito de *utilidade pública*, no repertório da legislação ambiental brasileira. Um deles, de lei específica, demandaria declaração feita pelo poder público federal. O outro deles, que decorre de lei geral, não identifica competência nenhuma para sua fixação, evidentemente porque já explicitada em lei específica. Haveria também um terceiro, que demandaria *ato do chefe do Poder Executivo federal*, ainda que para definir *atividades similares*, e não autorizar diretamente algum empreendimento.

Ambas as leis, a específica e a geral, detém a mesma natureza hierárquica. São duas leis ordinárias. Uma delas, a específica, é anterior à lei geral¹⁸. Tem-se conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico.

Não se tem aqui, em nenhum momento, conflito de critérios hierárquicos. Como deve proceder o intérprete?¹⁹ Afinal, só o folclore justifica a crença na

¹⁸ Conferir, entre outros, França, R. Limongi, *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 73 e ss.

¹⁹ Seminal a observação, perfeita para o caso aqui estudado, de Carlos Maximiliano, para quem: Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-las até a evidência. Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança. De sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; todas as expressões se combinem e se harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em

tese de que uma lei, se redigida com clareza, é inquestionável e pode ser aplicada segundo seu propósito a um caso específico. Feliz ou infelizmente, a ambiguidade é inevitável tanto nas leis e na constituição quanto no direito jurisprudencial²⁰.

Busca-se unidade jurídica que também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem²¹. Nesse sentido, busca-se lição clássica da filosofia analítica do direito, e socorrer-se da autoridade de Norberto Bobbio, para quem:

Conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se a preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência a segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *Lex posterior derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a lex posterior é inferior, mas também quando é generalis (e a lex prior é specialis). Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela, e tem um valor menos decisivo que o da regra anterior. Dir-se-ia que a lex specialis é menos forte que a lex superior, e que, portanto, a sua vitória sobre a lex posterior é mais contrastada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística²².

A casuística, à qual se refere Norberto Bobbio, pode ser no presente exemplo exuberantemente exemplificada. O que se tem é lei geral, que não se revela como lei superior, contrastada a lei específica, e à lei geral equiparada. Assim, se ato do chefe do Executivo federal fosse necessário para definição de

repositório, lei, tratado ou sistema jurídico. Não raro, à primeira vista, duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente (subtili animo), descobrimos o nexo oculto que as concilia; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas. Sempre que se descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam- Terapêutica Jurídica. Maximiliano, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 146.

²⁰ Levi, Edward H., **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9. Tradução de Eneida Vieira Santos.

²¹ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228. Tradução de João Baptista Machado.

²² Bobbio, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: Editora da UnB, 1999, p. 108. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

utilidade pública, o seria para os casos gerais do *novo código florestal*, e ainda assim, para definição de *atividades similares*.

A definição de *utilidade pública*, para os efeitos da lei da mata atlântica, é aquela declarada por ato do poder público federal. Tal conclusão, no entanto, é de todo desnecessária, porquanto o próprio *Novo Código Florestal* dispôs que alterou apenas um artigo da Lei da Mata Atlântica. Não se deve insistir nesse ponto. Deve-se entender mais a frente o que significa *poder público federal*.

O poder público federal se traduz, também, na dinâmica do poder executivo. E ainda, *a Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta*. Assim, inúmeras vezes, *em consequência da necessidade de uma atuação administrativa, suscitada por lei dependente de ulteriores especificações, o Executivo é posto na contingência de expedir normas a ela complementares*²³.

Necessária a articulação e a movimentação entre vários órgãos, para que o poder público possa com eficiência atender as demandas sociais que há, resolvendo impasses da vida real. Não fica a Administração, no entanto, circunscrita a baixar regulamentos, o tempo todo. É que [...] *a atividade normativa secundária do Executivo não se resume à edição de regulamentos. Na verdade, há uma gama intensa de atos normativos editados pelas autoridades que integram a Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado e, mais, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço, etc.*²⁴ Há amplo conjunto de atuações do poder público, como se verá em seguida, que não dependem de obsessão com regulamento baixado pelo Presidente da República, por via de decreto, como se verá em seguida.

Conclua-se, antes, que dissenso entre regra específica da lei de proteção à vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e regra geral do *novo código florestal*, ainda que esta última seja superveniente, e porque ambas do mesmo nível hierárquico, resolve-se em favor daquela primeira: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Trata-se da solução que vem matizada pela autoridade de Norberto Bobbio. Mas que o momento dispensa, por força de norma esclarecedora, do *Novo Código Florestal*, como já indicado.

É que, por disposição expressa deste último, *Novo Código Florestal*, revogam-se, tão somente, as Leis nº 4.771, de 1965 (o *Velho Código Florestal*) e a Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989 (que estabelecia medidas para proteção das

²³ Mello, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 345.

²⁴ Clève, Clémerson Merlin, cit., p. 216.

florestas existentes nas nascentes dos rios, a par de outras providências), a par de algumas outras alterações, que não atingem ao núcleo duro da Lei da Mata Atlântica. Não se revogou esta última. E também, como se verá, não se revogou a lei definidora das competências da ANTAQ.

Nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 95, de 26 de janeiro de 1998, na redação da Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

Há apenas disposição para revogação de um dos artigos Lei da Mata Atlântica. Se intenção inequívoca do legislador houvesse, no sentido de substituir declaração de utilidade pública, por parte do poder público federal, por declaração de utilidade pública, pelo Presidente da República, para os fins de proteção de mata atlântica, a revogação deveria ser expressa.

3. A PRETENSA APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL, REGRA GERAL, NA EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECIAL, QUE DISPÕE SOBRE A REESTRUTURAÇÃO DOS TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Há também lei específica, que dispõe, entre outros, sobre a reestruturação dos transportes aquaviários, lei nº 10.233, de 2001, no particular que aqui se busca, alterada pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007, e que resultou da conversão da Medida Provisória nº 368, de 4 de maio de 2007.

Dispõe a lei nº 10.233, de 2001 (na reação dada pela Lei nº 11.518, de 2007) que cabe à ANTAQ autorizar projetos e investimentos no âmbito de outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública. É função técnica, a ser protagonizada por técnicos.

Com fundamento em *topoi* (lugar-comum) da argumentação jurídica que nos dá conta de que a lei não utiliza palavras inúteis, *verba cum effectu sunt accipienda*²⁵, pergunta-se, então, para que deve a ANTAQ encaminhar ao Secretário Especial de Portos ou ao Ministro dos Transportes, as propostas de utilidade pública, se a esta Secretaria não haveria competência para apreciar a utilidade pública do empreendimento, declarando-a, como já o fez.

Pretendesse o legislador que o Secretário Especial de Portos ou o Ministro dos Transportes fossem meros contínuos que apenas reencaminhassem papéis ao Chefe do Executivo, assim o teria feito explicitamente, mediante a inserção de uma vírgula, e de um subsequente complemento: *que as encaminhará ao Chefe do Executivo, a quem compete a confecção da declaração, por intermédio de decreto.*

²⁵ Maximiliano, Carlos, cit., p. 262.

Não se fez assim. Porque não é assim que deveria ser feito. E porque Ministros de Estado devem gerenciar os assuntos de suas pastas, e não meramente tramitar papeis, por força de imperativo comando constitucional (inciso I, do parágrafo único do art. 87) é que a competência fixada na lei da ANTAQ deve ser exercida, em sua plenitude.

É a autoridade de Carlos Maximiliano que nos dá conta que não se presumem na lei palavras inúteis. Retoma-se o brocardo *verba cum effectu sunt accipienda*, no sentido de que *devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia*²⁶.

E, de tal modo:

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes²⁷.

A ANTAQ deve remeter o expediente para a Secretaria de Portos por alguma razão. É o que se comprehende da aplicação da lição de Carlos Maximiliano ao caso aqui examinado. E é o que a funcionalidade do arranjo institucional exige²⁸.

Na *Exposição de Motivos* que acompanhou a proposta de Medida Provisória que criou a Secretaria Especial de Portos, datada de 4 de maio de 2007 e, entre outros, assinada pela então Ministra Chefe da Casa Civil, e hoje Presidenta da República, quando se fixou o que se pretendia com a Secretaria Especial de Portos, verifica-se, nomeadamente, e com ênfases minhas:

2. A criação da Secretaria Especial de Portos que ora propomos a Vossa Excelência tem como objetivo precípua priorizar as ações necessárias para uma maior eficiência e eficácia na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento do setor de portos marítimos e promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-estrutura portuária marítima e dos portos outorgados às companhias docas.

²⁶ Maximiliano, Carlos, cit., loc.cit.

²⁷ Maximiliano, Carlos, cit., loc.cit.

²⁸ No sentido de que o Direito deva ser integrado às soluções e arranjos institucionais, conferir, por todos, Bobbio, Norberto, *Da Estrutura à Função- Novos Estudos de Teoria do Direito*, Barueri: Manole, 2007.

3. Além das referidas competências, caberá a essa Secretaria a participação no planejamento estratégico do setor de portos marítimos e da infra-estrutura portuária marítima, a aprovação dos planos de outorgas e o desenvolvimento da infra-estrutura dos portos sob sua esfera de atuação, visando a segurança e a eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

4. Deve ser salientado que a criação da Secretaria ora proposta está sendo feita em consonância com o marco regulatório do setor, mantidas integralmente as competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Os ajustes propostos na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, têm por objetivo apenas explicitar a transferência do Ministério dos Transportes para a Secretaria Especial de Portos das competências básicas relativas à infra-estrutura portuária marítima e aos portos outorgados às companhias docas.

[...]

12. A relevância e a urgência estão caracterizadas pela necessidade de dotar o setor portuário de um órgão que tenha foco no seu desenvolvimento, viabilizando a ação governamental, em articulação com a sociedade, para incremento da infra-estrutura portuária marítima e dos portos outorgados às companhias docas, contribuindo para a manutenção e aumento das exportações brasileiras, bem como para a ampliação de sua competitividade, demonstrando assim a necessidade da implementação desse órgão, para produção de efeitos imediatos.

A Secretaria Especial de Portos, que detém status de Ministério, formula políticas públicas, e exerce conjunto de competências que fora disposto de modo definitivo no art. 24-A da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, mais uma vez com ênfases minhas:

Art. 24-A. À Secretaria Especial de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas.

[...]

§ 2º As competências atribuídas no caput deste artigo à Secretaria Especial de Portos compreendem:

I - a formulação, coordenação e supervisão das políticas nacionais;

II - a participação no planejamento estratégico, o estabelecimento de diretrizes para sua implementação e a definição das prioridades dos programas de investimentos;

III - a aprovação dos planos de outorgas;

[...]

V - o desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura aquaviária dos portos e terminais portuários sob sua esfera de atuação, visando à segurança e à eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

[...]

Firme a disposição legal que nos dá conta de que cabe à ANTAQ avaliar projetos e investimentos no âmbito de outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública. E ao fazê-lo deve indicar de forma pormenorizada a alta relevância e o interesse nacional, nos termos do § 3º do art. 14 da Lei da Mata Atlântica.

Essa regra, também especial, e de lei ordinária, cotejada com o *Novo Código Florestal*, permanece robusta, porque *Lex posterior generalis non derogat priori speciali* e porque não houve revogação explícita, por parte da regra que supostamente poderia ser invocada para conferir competência ao Chefe do Poder Executivo Federal, para declarar utilidade pública de *empreendimento*. É do empreendimento que se trata. E não de desapropriação de área.

4. O NOVO CÓDIGO FLORESTAL E O TEMA DA DECLARAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE BIOMA DE MATA ATLÂNTICA

Situação substancialmente análoga à fixação da competência para declaração de utilidade pública, para efeitos de licenciamento de empreendimento que redundará em supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, ocorre com a competência para declaração de interesse social, para os mesmos fins de licenciamento de empreendimento, também com implicações na supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. É do que se cuida em seguida.

No *Novo Código Florestal* considera-se de interesse social as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas (art. 3º, VII, a).

Para os efeitos da Lei da Mata Atlântica, quase que no mesmo sentido, mas com variação de competência, considera-se de interesse social as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como:

prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, *conforme resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA* (art. 3º, VIII, a).

A disposição acima reproduzida da Lei da Mata Atlântica é idêntica a regra do *Velho Código Florestal*, hoje revogado expressamente. Pode-se dizer que a norma da Lei da Mata Atlântica foi revogada?

Pode-se afirmar que o *Novo Código Florestal* afastou a competência do CONAMA, referente à resolução indicativa de atividade atinente ao interesse social? Não, absolutamente não. Como visto, lei posterior geral não revoga lei anterior especial afirmação que se faz com apoio da autoridade inconteste de Norberto Bobbio.

Em contraposição às pouquíssimas hipóteses de definição de área de interesse social contidas na Lei da Mata Atlântica, o *Novo Código Florestal* conta com leque muito mais amplo, a exemplo do que já ocorria de modo muito similar com o *Velho Código Florestal*. Elementar.

É que a Lei da Mata Atlântica cuida de matéria específica, é lei especial, enquanto que o *Novo Código Florestal* trata de matéria mais genérica, pelo que é lei geral. Esta última, ainda que superveniente, não revoga aquela primeira, ainda que antecedente.

Assim, para os fins de lei geral de proteção ambiental, e não para efeitos da lei da mata atlântica, é que por interesse social também se entende a exploração agroflorestal sustentável praticada na pequena propriedade ou posse rural familiar ou por povos e comunidades tradicionais, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área; a implantação de infraestrutura pública destinada a esportes, lazer e atividades educacionais e culturais ao ar livre em áreas urbanas e rurais consolidadas, observadas as condições estabelecidas na própria lei.

De igual modo, a regularização fundiária de assentamentos humanos ocupados predominantemente por população de baixa renda em áreas urbanas consolidadas, observadas as condições estabelecidas em lei; a implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos cujos recursos hídricos são partes integrantes e essenciais da atividade; as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente. É o que dispõe a lei.

E, por fim, outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional à atividade proposta, *definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal*. Aqui, um ponto interessante da questão (art. 3º, IX, g), mas não decisivo.

Simplesmente porque o regulamento ao qual a regra nos remete é referente à definição de *outras atividades similares*, e não à declaração de interesse social, relativa a um determinado empreendimento, para autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Essa última competência, nesse caso, é do CONAMA, e não do Presidente da República.

Nos termos da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, o CONAMA é órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

O CONAMA, entre outros, detém competência para dispor sobre casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em área de preservação permanente. Ilustra-se a hipótese com a Resolução CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006. É norma de importância que deve ser prestigiada, conduzida por corpo técnico que detém tirocínio e conhecimento sobre assuntos afetos à proteção ambiental.

Resumidamente, do mesmo que o *Novo Código Florestal* não revogou a Lei da Mata Atlântica no que se refere ao regime de declaração de utilidade pública, para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, não o fez também em relação à declaração de interesse social, para os mesmos fins, bem como não alterou competências da Secretaria de Portos, da ANTAQ e do IBAMA, no mesmo assunto.

5. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO E DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA DO EMPREENDIMENTO PARA FINS DE AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA DE MATA ATLÂNTICA

Não se pode confundir a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, que é de competência do Presidente da República, com declaração de utilidade pública de empreendimento para fins de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, que é de competência do poder público federal. A expropriação da propriedade privada é o marco diferenciador dos dois modelos.

Ainda que o Presidente da República seja do poder público federal, porque Chefe do Executivo, e porque Chefe de Governo e de Estado, o poder público federal não se esgota, ou se exaure, ou se resume, tão somente, na figura do Presidente da República. Além do que, a lei não fala em *chefe do poder público federal*. Menciona, apenas, *poder público federal*.

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação é matéria regulada pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. É regra do Estado Novo, da ditadura de Getúlio Vargas, em seu quarto ano de funcionamento.

Duraria a ditadura mais quatro anos. Dispõe o art. 2º deste decreto-lei (recepção pelo orden vigente como lei ordinária) que *mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios*. Observe-se que aos territórios, já não mais existentes no plano fático, ainda que mencionados no texto constitucional vigente, havia competência, para esse tipo de desapropriação.

Elencou-se extenso rol de circunstâncias indicativas de utilidade pública, ainda hoje vigente, para os efeitos de desapropriação, quando assim entendidas pelo Presidente de República²⁹. A declaração era feita pelo Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeitos.

Os interventores eram governadores indicados por Getúlio Vargas (que apenas não indicou interventor para Minas Gerais, lá mantendo Olegário Maciel), a exemplo de Juarez Távora, o chamado Vice-Rei do Norte, porque teria se responsabilizado por vários estados do nordeste. A questão das intervenções em São Paulo, por exemplo, resultou numa das causas do movimento que eclodiu naquela unidade da federação, em 9 de julho de 1932.

Para os efeitos das reflexões presentes, a declaração de utilidade pública é de competência do Presidente da República, e presta-se para fins de desapropriação. A matéria guarda matriz constitucional, em tema de direito de propriedade, que atenderá sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição) sendo que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição (art. 5º, XXIV).

²⁹ Nesse sentido, indicativos de utilidade pública seriam, exemplificativamente: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico; a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; e os demais casos previstos por leis especiais.

A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação (inclusive para desapropriação para reforma agrária) é ato administrativo que revela a intervenção do Estado no domínio privado, podendo se desdobrar em duas fases: uma administrativa e outra judicial.

A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeito de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é ato administrativo que não revela a intervenção do Estado no domínio privado e que se desdobra apenas em uma fase administrativa.

A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação (inclusive para desapropriação para reforma agrária) é ato administrativo principal, final, constitutivo, simples e discricionário. A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeito de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é ato administrativo intermediário (preparatório), declaratório, composto, condicional e discricionário.

Ensina-nos autor canônico de Direito Administrativo que o ato é *declaratório* quando *visa a preservar direitos, reconhecer situações pré-existentes ou, mesmo, possibilitar seu exercício*³⁰. O ato é *simples* quando resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado³¹.

O ato é *discricionário* quando a Administração *pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização*³².

O ato é *composto* quando depende da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível [...] o ato composto se distingue do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade³³.

O ato é *principal* quando *encerra a manifestação de vontade final da Administração*³⁴. O ato é *intermediário (preparatório)* na medida em que concorra para a formação de um ato principal e final³⁵; isto é, [...] o ato intermediário é sempre autônomo em relação aos demais e ao ato final, razão pela qual pode ser impugnado e invalidado isoladamente [...]³⁶.

O ato é *condicional*, também denominado de *ato-condição*, quando [...] se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição destina-se a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas ou particulares, para as quais se exige

³⁰ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 175.

³¹ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 174.

³² Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 171.

³³ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 175.

³⁴ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 179.

³⁵ Meirelles, Hely Lopes, cit., loc.cit.

³⁶ Meirelles, Hely Lopes, cit., pp. 179-180.

a satisfação prévia de determinados requisitos³⁷. O ato é constitutivo quando a Administração cria, modifica ou suprime um direito do administrado ou de seus servidores³⁸.

A declaração de utilidade pública para efeitos de licenciamento de empreendimento para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é, assim, ato intermediário (preparatório), declaratório, composto, discricionário e condicional. Trata-se de uma das fases com vistas a implantação de empreendimento ou atividade portuária, e que também contém momento superveniente, de supressão de vegetação.

É *ato-condição* porquanto o destinatário deve comprovar o adimplemento de uma série de indicativos técnicos, a exemplo do elenco de alternativas locacionais, de acesso viário e de tecnologias para drenagem, fundações e aterro, entre outros.

É um ato *discricionário* porque ao ministério setorial (Secretaria de Portos ou Ministério do Transporte) é a quem compete definir se o empreendimento se enquadra no conjunto de políticas definidas e desenvolvidas pelo poder público federal.

É um ato *composto* porquanto depende da intervenção de vários agentes, a exemplo da ANTAQ, do IBAMA, da Secretaria de Portos ou mesmo do Ministério dos Transportes; e é por esta razão que é *intermediário (preparatório)*, dado que se manifesta ao longo do desdobramento de vários atos. É, por fim, um ato *declaratório*, porque declara que o interessado passa a deter um direito subjetivo.

A declaração de utilidade pública de empreendimento, para fins de autorização de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é de competência do poder público federal, na exata dicção da letra b, do inciso VII, do art. 3º da Lei da Mata Atlântica. O *poder público federal* é locução que alcança toda a Administração Federal, isto é, ministérios e agências, administração direta e indireta, órgãos e entes.

6. O CONCEITO DE PODER PÚBLICO FEDERAL NA LEI DA MATA ATLÂNTICA

O conceito de *poder público* também é nuclear no sistema constitucional-ambiental (art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição de 1988). Ele se refere à competência concorrente para produção de normas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), bem como à competência comum para o cuidado com o meio ambiente, extensiva a todas as esferas do Poder, especificamente, os Poderes

³⁷ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 180.

³⁸ Meirelles, Hely Lopes, cit., loc.cit.

Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas. Não se refere, em nenhum momento, exclusivamente, ao Chefe do Poder Executivo Federal.

Poder público federal se refere à administração federal. Na data da redação do presente parecer verifica-se que no Supremo Tribunal Federal há 1029 acórdãos nos quais se utiliza e se trata da expressão *poder público*, bem como três súmulas, uma súmula vinculante, 8911 decisões monocráticas, 27 questões de ordem, quatro decisões com repercussão geral e 501 menções em informativos de jurisprudência, que de alguma forma se referem ao conceito de poder público.

A reprodução de todas seria aqui exaustiva e desnecessária. Colhe-se, no entanto, a firme e inabalável impressão de que *poder público* é sinônimo de administração pública, especialmente para efeitos de responsabilidade civil, o que revela ação ou omissão. O substantivo *federal* apenas agrupa um corte definidor, excluindo, no caso, as demais unidades federadas, a exemplo do Município.

Com o objetivo de se alcançar a compreensão jurisprudencial de *poder público*, tem-se, assim, exemplificativamente, e de início, relação entre *omissão do poder público* e *responsabilidade civil estatal*. É o que verifica no RE 692337/AgR/PB, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em julgamento de 13 de novembro de 2012³⁹. Em sentido muito próximo, o decidido no ARE RE 705643 AgR / MS, relatado pelo Ministro Celso de Mello⁴⁰.

Também exemplificativamente, o decidido pelo Ministro Dias Toffoli no ARE 697802 AgR/CE, em 25 de setembro de 2012⁴¹. Foi o que de igual modo

³⁹ EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Omissão do **poder público**. Responsabilidade civil estatal. Rompimento de barragem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública pelos danos causados ao agravante com o rompimento da Barragem de Camará. [...]

⁴⁰ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º) – CONFIGURAÇÃO – ANIMAL EM RODOVIA – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO COM VÍTIMA FATAL – RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO – NÃO COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL – CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHEceu, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – [...]

⁴¹ EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. **Omissão do poder público**. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Danos morais e estéticos. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública pelos danos causados à agravada. [...]

ocorreu no RE 627411 AgR/SE, relatado pela Ministra Rosa Weber, em 18 de setembro de 2012, em tema de obrigatoriedade do poder público no sentido de oferecer medicamentos de alto custo⁴². Ou ainda, o decidido pelo Ministro Luiz Fux no RE 677582-AgR/SP, em julgamento de 4 de setembro de 2012⁴³.

Na definição do Supremo Tribunal Federal, que reflete compreensão geral, razoável, possível, plausível, coerente, realista, empírica, a locução *poder público* indica necessariamente a Administração, o Governo, em todas as suas manifestações, de órgãos e entes, de personalidades e agentes, a serem aferidas, casuisticamente, *ad hoc*, na medida em que os fatos da vida real se desdobram, e que as demandas contra o Estado alcançam o Judiciário.

Nesse sentido, o *poder público federal* ao qual se refere a Lei da Mata Atlântica é o órgão ou ente da Administração que atua diretamente junto à demanda, na hipótese, a Secretaria dos Portos, o Ministério dos Transportes, o IBAMA, a ANTAQ, dependendo do caso. Se o legislador pretendesse que o fosse o Presidente da República assim o declararia expressamente. Esse tipo de competência não se presume, deve ser declarada na lei com todas as letras.

Equiparar-se *poder público* à Chefia do Executivo poderia conduzir o intérprete a situações inusitadas, a exemplo de regra do *Velho Código Florestal*, art. 7º, que dispunha que qualquer árvore poderia ser declarada imune de corte, mediante ato do *Poder Público*, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de portas-semente. Em outras palavras, a vingar a tese de que *poder público federal* seja sinônimo de Chefia do Executivo Federal, deveria se entender que *poder público* também significasse as várias chefias do executivo, nos vários níveis de nosso federalismo horizontal.

7. A DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DE EMPREENDIMENTO PARA FINS DE OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA MATA

⁴² EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. REPERCUSÃO GERAL DA MATÉRIA RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO STF (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO. CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO NA ORIGEM. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME INCABÍVEL NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à **obrigatoriedade de o Poder Público** fornecer medicamento de alto custo. Incidência do art. 328 do RISTF e aplicação do art. 543-B do CPC. Responsabilidade solidária entre União, Estados-membros e Municípios quanto às prestações na área de saúde. [...]

⁴³ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PARQUE ESTADUAL SERRA DO MAR. INDENIZAÇÃO. [...] 1. As restrições ao direito de propriedade impostas pelo **Poder Público**, em virtude de criação de reservas florestais, não exonera o Estado de indenizar o proprietário do imóvel (RE n. 134.297, Relator o Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 22.09.05) [...]

ATLÂNTICA, DE COMPETÊNCIA SETORIAL, E A DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO

Não se deve confundir também a declaração de interesse social de empreendimento para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, que é matéria afeta aos Ministérios responsáveis pela condução e fiscalização de algumas atividades, com a declaração de interesse social para fins de desapropriação. Esta última é de competência do Presidente da República.

As hipóteses de desapropriação por interesse social estão contemplados no art. 2º da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962. Assinada pelo então Presidente João Goulart, o referido decreto é de um contexto histórico de intensa polarização ideológica e que se desdobrou no golpe de Estado de 1964.

Considerou-se como de interesse social, o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que devesse ou pudesse suprir por seu destino econômico (art. 2º, I). É nítida a permissão para a intervenção do Estado, em relação aos bens economicamente improdutivos, o que reflete as linhas gerais do governo João Goulart.

À época, setores mais conservadores, nomeadamente dirigidos por Carlos Lacerda, Magalhães Pinto e Ademar de Barros, contestavam imaginária guinada à esquerda, pela qual o país então passava. A regra, no entanto, persiste até hoje, especialmente recepcionada pela Constituição de 1988 que comprehende a propriedade nos limites e parâmetros de sua função social.

Considera-se também de interesse social, para efeitos de desapropriação, bem entendido, o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola (art. 2, III); a manutenção de passageiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias (art. 2º, IV); a construção de casas populares (art. 2º, V).

E também, as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas (art. 2º, VI); a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais (art. 2º, VII); a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas (art. 2º, VIII).

Uma das formas de declaração de interesse social para efeitos de desapropriação desdobra-se em duas fases: uma administrativa, outra judicial. É o caso, por exemplo, do disposto na Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de

1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica desdobra-se apenas numa fase administrativa. É diferença substancial, que impressiona o intérprete.

8. IMPOSSIBILIDADE HERMENÊUTICA DE PRESUNÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA COM BASE EM ABSTRATA PERCEPÇÃO IDIOSINCRÁTICA DE INTERESSE NACIONAL

A competência do Presidente da República não se presume. Na literatura que se ocupou com o tema do presidencialismo, construída em torno de Alexander Hamilton, John Jay, James Madison⁴⁴, Joaquim Francisco Assis Brasil⁴⁵, João Barbalho⁴⁶ Annibal Freire da Fonseca⁴⁷, e mais recentemente Alexandre de Moraes⁴⁸, percebe-se intensa preocupação com o princípio da legalidade, a desenhar os limites da ação presidencial. Não é terreno para idealização de presunções.

É recorrente a preocupação dos *founding fathers* do modelo presidencialista, no sentido de que o presidente não poderia se tornar *um rei com mandato pré-determinado*⁴⁹. O absolutismo da monarquia os assustava. Jorge III, o rei inglês que os norte-americanos rechaçaram, era ameaça psicológica permanente. E os ingleses foram também uma ameaça real, que ocorreu nas guerras de independência. É nesse contexto que a autoridade presidencial é historicamente matizada com todos os contornos da legalidade, que são nucleares no Estado Democrático de Direito.

Ainda que, contrário ao que ocorrera nos Estados Unidos da América, nossa tradição republicana não tenha nascido de aversão orgânica para com o chefe de Estado dos tempos do Império (e isso nos comprova José Murilo de

⁴⁴ Os Federalistas, cit.

⁴⁵ Assis Brasil, Joaquim Francisco, *Do Governo Presidencial na República Brasileira*, Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.

⁴⁶ Barbalho, João, *Constituição Federal Brasileira- Comentários*, Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992.

⁴⁷ Fonseca, Annibal Freire da, *O Poder Executivo na República Brasileira*, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.

⁴⁸ Moraes, Alexandre de, *Presidencialismo*, São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁹ Conferir Os Federalistas, cit., pp. 412 e ss.

Carvalho)⁵⁰, o nosso modelo presidencialista foi construído com alguma dimensão de legalidade estrita. Exceções houve, naturalmente, e me refiro à ditadura do Estado Novo (1937-1945) e aos governos da Era Militar (1964-1985).

Como regra, as competências presidenciais sempre foram muito bem definidas nos textos constitucionais com os quais contamos. O modelo foi inaugurado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 que indicava as competências privativas do Presidente da República, fórmula geral que de alguma maneira persiste até o arranjo institucional atual. De igual modo, ainda que de curtíssima duração, o arranjo da Constituição de 16 de julho de 1934.

O modelo de 10 de novembro 1937 (supostamente redigido e engendrado por Francisco Campos, o *Chico Ciência* da tradição jushistoriográfica brasileira) ainda que alterado pela Lei Constitucional nº 9, de 1945, revelava certa hipertrofia na fórmula presidencial.

A retomada da democracia, por intermédio da Constituição de 18 de setembro de 1946, realinhou os contornos do presidencialismo num regime democrático. O modelo de 1967, ao menos no primeiro momento, acenava com alguma convergência com fórmulas mais reguladas. Ainda que o Ato Institucional de nº 5 também qualificasse a hipertrofia do Executivo central, o texto constitucional de 17 de outubro de 1969 (em forma de *emenda*) anuncjava uma democracia de aparências.

Como se comprova com a exaustiva leitura de nosso repertório constitucional sobre as competências presidenciais, tem-se que estas não se presuem; pelo contrário, decorrem, diretamente, da previsão do texto constitucional ou de referência de texto legal explícito, relativo à prerrogativa que se pretende exercer. Novamente, a lição de Carlos Maximiliano, para quem, *competência não se presume [...] quando a norma atribui competência excepcional ou especialmente, interpreta-se estritamente, opta-se na dúvida, pela competência ordinária*⁵¹.

O rol de competências presidenciais é contemplado no art. 84 da Constituição Federal, inclusive com indicação taxativa de delegação. Especialmente no que se refere às prerrogativas para dispor sobre algumas matérias, mediante decreto, há norma de conteúdo mais amplo, no sentido de se dispor sobre a fiel execução das leis.

Eventual decreto presidencial declarando empreendimento de utilidade pública, para efeitos de obtenção de licença autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, não é medida que disponha sobre fiel execução de lei. Não se pormenoriza procedimento.

⁵⁰ Carvalho, José Murilo, *Os Bestializados- O Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

⁵¹ Maximiliano, Carlos, cit., p. 277.

Não se organiza a Administração, de modo a que se atenda ao comando contido na norma que se pretende *regulamentar*. E ainda que o útil não seja viciado pelo inútil (*utili per inutile non vitiatur*⁵²), o decreto presidencial que toca a matéria é justamente aquele previsto no *Novo Código Florestal*, que não se aplica em tema de mata atlântica, como já demonstrado.

De igual modo, e com idêntica e forte razão, a mesma medida, eventual decreto presidencial declarando empreendimento de utilidade pública, para efeitos de obtenção de licença para supressão de vegetação de bioma da mata atlântica, não se enquadra nas hipóteses descritas no inciso VI do art. 84 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

Inclusive a cláusula de registro amplo, *exercer outras atribuições previstas nesta Constituição*⁵³, a guisa de justificar o regulamento que se pretende, não se enquadra nas exigências hermenêuticas e racionais de consequência, de consistência e de clareza, que se espera do intérprete⁵⁴.

É que o Presidente não faz a política setorial. O Presidente é o grande agente da política geral. É o vetor da Nação. O comando. Não é o Presidente quem verifica se o empreendimento está de acordo com o conjunto de iniciativas que o setor espera. Não é o Presidente quem detém o exato conhecimento das articulações e iniciativas que definem o perfil de um setor.

É o Ministro responsável pelo setor (no caso, serviços portuários ou, em outro caso, transportes) quem deve avaliar os problemas imediatos que a Pasta o apresenta. Enfrentando-se o problema de modo mais radical, e centrado nas relações entre Direito e Economia, no sentido de que esta última pode ser fomentada por aquele primeiro⁵⁵, deve-se recomendar que, ao receber a provo-

⁵² Cf. Maximiliano, Carlos, cit., p. 272.

⁵³ Art. 84, XVII.

⁵⁴ Trata-se do método dos Três C's: **consequências, consistência e clareza**. Conferir, nesse sentido, Mac Cornick, Neil, **Direito, Interpretação e Razoabilidade**, em Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada (org.), **Direito e Interpretação- Racionalidades e Instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39. Pela natureza do caso, todavia, isso implica a natureza de escolhas. Se há um argumento sobre relevância, classificação ou interpretação é porque uma parte oferece uma leitura particular (universalizável) do que a lei quer dizer e a outra parte nega essa leitura, ou oferece uma leitura alternativa. Como se pode, então, justificar uma preferência entre essas possibilidades antagônicas? A resposta que eu ofereço se dá em termos daquilo que tenho chamado de os "Três C's" – consequências, coerências e consistência. Qualquer leitura universalizada de qualquer norma jurídica possui consequências potenciais, uma vez que implica uma determinada abordagem ao decidir tanto o caso presente quanto casos futuros similares. Será a situação preferível ou mais aceitável se, na implementação da lei, essa leitura foi preferida em detrimento daquela [?] Consequências jurídicas desse tipo, 'consequências enquanto implicações', não envolvem previsões causais de longo alcance acerca do impacto do processo decisório sobre a felicidade humana – elas não poderiam e nem deveriam fazê-lo.

⁵⁵ Cf., por todos, o emblemático ensaio de Richard Posner, **So What Has Pragmatism to Offer Law?**, in Posner, Richard, **Overcoming Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1995, pp. 387-405.

cação da ANTAQ, depois que essa agência fora provocada pelo IBAMA, deve-ria o Ministro setorial, se desconfortável com a declaração que deveria produzir, negá-la, justificadamente, por intermédio de argumentos técnicos, e não com base numa hermenêutica defensiva, centrada apenas em problemas peri-féricos de competência. Estar à frente de um Ministério, presume-se – e aqui a presunção é verossímil - - significa ter conta, conhecimento, controle, direção, domínio, de tudo quanto lhe é pertinente.

Concluindo, não se pode presumir competência presidencial simplesmente porque se transita em tema de imaginário *interesse nacional*, especialmente porque construído como um derivativo de *patrimônio nacional*. A comparação entre as duas instâncias, *interesse nacional* e *patrimônio nacional* é acaci-ana: todo o patrimônio nacional interessa à Nação.

Em rigor, essa falácia decorre de equivocada leitura do § 4º do art. 225 do texto constitucional. É o magistério de José Afonso da Silva que nos acena com o fato de que a locução *patrimônio nacional* revela um significado primeiro e político. Segundo o professor da Universidade de São Paulo:

Declara a Constituição que os complexos ecossistemas referidos no seu art. 225, § 4º, são patrimônio nacional. Isso não significa transferir para a União o domínio sobre as áreas particulares, es-taduais e municipais situadas nas regiões mencionadas. Na verdade, o significado primeiro e político da declaração constitucio-nal de que aqueles ecossistemas florestais constituem patrimônio nacional está em que não se admite qualquer forma de internaci-onalização da Amazônia ou de qualquer outra área⁵⁶.

9. A REITERAÇÃO DAS PRÁTICAS DA ADMINISTRAÇÃO

Ao que consta, desde 2010, o IBAMA já havia assentado o entendimento de que a utilidade pública de que se cuida nas hipóteses de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica ou de Áreas de Pre-servação Permanente-APP é distinta da utilidade pública de que se cuida quando se discute desapropriação.

O próprio setor portuário já havia reconhecido a competência do Minis-terio dos Transportes, quando ainda não havia a Secretaria dos Portos, no sen-tido de declarar utilidade pública, para efeitos de supressão autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica ou de APP. Trata-se, no mais das vezes, de empreendimentos privados, que não envolvem desa-propriação, pelo que inexistente, e desnecessária, na hipótese, declaração pre-sidencial de utilidade pública. Não há expropriação.

⁵⁶ Silva, José Afonso, **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 843.

Lê-se no Parecer nº 0587/2010-PFE/IBAMA/CONPE/MAM, na parte conclusiva, que:

- a) a caracterização das atividades a serem realizadas como de utilidade pública para fins de intervenção em APP difere da necessidade de declaração de utilidade pública da área para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa (Decreto-lei nº 3.365/41);
- b) para que um empreendimento possa ser tratado como de utilidade pública, para fins de intervenção ou supressão de vegetação em APP, deve-se enquadrar as atividades a serem realizadas nas alíneas 'a', e 'b' do § 2º do inciso IV do art. 1º do Código Florestal, ou nas alíneas 'c' a 'g' do inciso I, do art. 2º, da Resolução 369/2006.

E também a Procuradoria Federal Especializado do IBAMA, no Parecer nº 0581/2010-PFE/IBAMA/CONEP/MAM, assentou que [...] “ a prestação dos serviços públicos que competiriam a União prestar no caso dos portos organizados, podem ser objeto de concessão ou permissão, precedidos de licitação. O caso em análise, contudo, refere-se a terminal portuário privativo, dependente de simples autorização a ser precedida de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do RIMA, ou seja, do licenciamento ambiental”.

No mesmo parecer, lê-se na conclusão, que “d) a caracterização das atividades a serem realizadas como de utilidade pública para fins de intervenção em APP difere da necessidade de declaração de utilidade pública da área para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa (Decreto nº 3.365/41)”.

Em parecer de autoria de anterior Procurador-Geral Chefe do IBAMA, tombado sob a identificação Despacho do Procurador-Chefe Nacional-PFE/IBAMA nº 322/2010, colhe-se, de modo definitivo, a lição que segue, com ênfases no original:

Assunto: Consulta, formulada pela Diretoria de Licenciamento Ambiental, acerca da comprovação da utilidade pública de empreendimento portuário de uso privativo, para fins de emissão de autorização para supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente- APP. [...]

[...] Considerando que as normas constantes dos artigos 26 e 36, do Decreto nº 6.6620/08, e do artigo 27, inciso XVII, da Lei nº 10.233/01, importante registrar a opinião desta Procuradoria Federal no sentido de que a **declaração de utilidade pública, ou interesse social, mencionada no parágrafo precedente, é atribuição da Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ e/ou da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República-SEP.** [...]

E ainda, de autoria da Senhora Coordenadora Nacional de Estudos e Pareceres da Procuradoria-Federal Especializada do IBAMA o excerto que segue, também no mesmo sentido, com destaques meus:

[...]

Incialmente há de se fazer uma distinção entre a utilidade pública ou o interesse social do empreendimento que, para instalação e operação, necessita ser revestido do caráter de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação de área para desenvolvimento de alguma atividade ou empreendimento. Feita a distinção, da leitura do art. 2º, I, da Resolução CONAMA nº 369/2006, depreende-se que as atividades ali arroladas já são declaradas de utilidade pública ou interesse social, pelo simples efeito da norma. Insta registrar que a redação do dispositivo reproduz o disposto no art. 1º do Código Florestal. **Assim, somente as atividades ali descritas são consideradas, de per si, como de utilidade pública ou interesse social. Os demais empreendimentos devem ser formal e expressamente assim reconhecidos pelo órgão estatal competente.** Nessa linha de desenvolvimento, somente se houver expresso reconhecimento por parte da ANTAQ ou do Ministério dos Transportes de que o porto, por si só, é empreendimento de utilidade pública ou interesse social, é que a atividade pode ser assim considerada.

E ainda, há notícia de reunião realizada na Secretaria de Portos, em 17 de outubro de 2012, na qual se assinou *ata*, na qual se definiram procedimentos para manifestação de utilidade pública de obras de infraestrutura de transporte para fins de licenciamento ambiental para empreendimentos portuários. Segue extração de excerto da referida *ata*:

O representante do IBAMA ratificou o entendimento manifestado por meio do Parecer nº 0587/2010-PFE/IBAMA/CONEP/MAM, no sentido de que: 1- a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação/instituição de servidão administrativa por meio de Decreto Presidencial difere da declaração solicitada no âmbito de licenciamento ambiental para fins de intervenção em APP e/ ou supressão de vegetação de Bioma de Mata Atlântica. 2- Para fins de licenciamento ambiental, há necessidade de apresentação de manifestação de órgão formulador das políticas portuárias no âmbito nacional reconhecendo o caráter de interesse nacional do empreendimento, para os serviços de transporte, para fins de atendimento do art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012 e art. 3º, inciso VII, alínea b da Lei nº 11.428/2006. 3- A manifestação em nível municipal e/ou estadual, embora não obrigatória, reforça a relevância do empreendimento para fins de licenciamento ambiental. Por fim, ficou acordado que os empreendimentos portuários, em processo de licenciamento ambiental, deverão requerer ao órgão formulador das políticas

públicas no âmbito nacional, manifestação quanto ao empreendimento estar em conformidade com as políticas públicas portuárias.

O entendimento acima corrobora compreensão sempre defendida pelo IBAMA. E agora, ao que parece, abraçada também pela Secretaria de Portos, haja vista a assinatura de vários agentes desse Ministério apostadas na *ata*, nada obstante notícia de parecer contrário, ainda que em outro caso.

Desmistificando-se a tese de que a competência da declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização de supressão de vegetação de bioma mata atlântica, por parte do Presidente da República, seria mais gravosa para o interessado, tem-se que o ente responsável por agenda de proteção ambiental compreendeu a simplicidade da questão, tratando-a com a devida objetividade.

10. CONCLUSÕES

a) A Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006 dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Não há alteração substancial, por parte do Novo Código Florestal, Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Permanecem em plena vigência as regras da Lei da Mata Atlântica relativas às declarações de utilidade pública e de interesse social, para os efeitos de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. No caso presente, é a Lei da Mata Atlântica que deve ser aplicada, porquanto suas regras, interpretadas em conjunto com a Lei da ANTAQ é que regem a disciplina.

b) A declaração de utilidade pública de empreendimento para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, de competência setorial, não se confunde com a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, de competência do Presidente da República. Esta última decorre do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei das desapropriações por utilidade pública). Aquela primeira desdobra-se do disposto na letra b, do inciso VII, do art. 3º, da Lei nº 11.428, de 2006. Essa diferenciação tem sido recorrentemente apontada pelo IBAMA.

c) A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação é ato principal, final, constitutivo, simples e discricionário. A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é ato intermediário (preparatório), declaratório, composto, condicional e discricionário. A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação pode desdobrar-se em duas fases: uma administrativa, outra judicial. A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica desdobra-se apenas numa fase administrativa. Deve-se,

no entanto, vincular o procedimento a autorização por intermédio do EIA, que é passo essencial neste contexto;

d) A declaração de interesse social de um empreendimento para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, de competência setorial, não se confunde com a declaração de interesse social para fins de desapropriação. Esta última decorre do disposto na Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962 (Lei da desapropriação por interesse social). Aquela primeira, de igual modo, radica na Lei nº 11.428, de 2006.

e) Nos termos do Novo Código Florestal a competência do Chefe do Poder Executivo Federal para baixar decreto definindo utilidade pública ou interesse social é referente à definição de outras atividades similares, que não as contempladas na lista taxativa dos incisos do art. 3º do referido texto legal. De qualquer modo, esta regra não se aplica aos casos de declaração de interesse público para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

f) A disposição à qual refere a letra e, do inciso VII, do art. 3º do Novo Código Florestal é relativa ao provimento de situações não disciplinadas em lei (casos similares) e não à fiel execução do comando contido na lei que se deve aplicar. A referida competência insere-se no contexto de indicação de casos similares que seriam alcançados pelo conteúdo aberto do conceito de utilidade pública e não, como se poderia apressadamente concluir, à competência para decretar de utilidade pública um determinado empreendimento, para fins de licenciamento para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses que a lei elenca.

g) O Novo Código Florestal não revoga a Lei da Mata Atlântica, que foi apenas alterada, em seu artigo 35, por disposição expressa do referido Novo Código Florestal (art. 81). E ainda que se cogitasse da aplicação do Novo Código Florestal, conflito entre lei posterior geral e lei anterior especial, de mesma hierarquia, resolve-se em favor da lei anterior especial. Aplicação de regra de hermenêutica no sentido de que *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Autoridade de Norberto Bobbio.

h) O Novo Código Florestal (de 25 de maio de 2012) ainda que denominado de código detém natureza de lei ordinária (inciso III do art. 59 da Constituição). Assim, eventual regra conflitante com a Lei de Proteção ao Bioma Mata Atlântica (lei ordinária, de 2006), ou com lei que define competência da ANTAQ (lei também ordinária, de 2001) resolve-se em favor de leis especiais. Excetua-se, naturalmente, revogação expressa.

i) O Novo Código Florestal não revogou a Lei de Proteção ao Bioma Mata Atlântica. Inteligência do art. 9º da Lei Complementar nº 95, de 26 de janeiro de 1998, na redação dada pela Lei nº 107, de 26 de abril de 2001. 10. Se intenção inequívoca do legislador houvesse, no sentido de substituir declaração de utilidade pública, de competência do poder público

federal, por declaração de utilidade pública, pelo Presidente da República, para os fins de proteção de mata atlântica, a revogação deveria ser expressa. Houve menção inequívoca, por exemplo, quando se considera, para efeitos de preservação permanente, áreas assim declaradas por ato do chefe do poder executivo (art. 6º do Novo Código Florestal).

j) Para efeitos de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica deve-se aplicar a Lei da Mata Atlântica, que é lei especial, e não o Novo Código Florestal, que se trata de lei geral. E até porque, no tempo de vigência do Velho Código Florestal, este não se aplicava ao Bioma Mata Atlântica, que conta com norma especial de regência.

k) A competência do Presidente da República não se presume. No modelo de divisão dos poderes, a competência do Presidente é matéria constitucional e está afeta à reserva de lei.

l) As competências privativas são indelegáveis, com exceção daquelas previstas na Constituição. Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969. Tradição do modelo presidencialista. Na lista de competências do Presidente da República (art. 84 da Constituição de 1988), bem como nas normas de regência relativas ao alcance dos regulamentos, não se contempla prerrogativa para declaração de utilidade pública ou de essencialidade pública de empreendimento para fins de licenciamento ambiental.

m) Não se pode presumir competência com fundamento em abstrato interesse nacional, deduzido da locução patrimônio nacional, encontrada no § 4º do art. 225 da Constituição.

n) O conceito de patrimônio nacional, relativo à proteção do bioma mata atlântica, para efeitos do § 4º do art. 225 da Constituição, detém significação política de declaração constitucional de que a área não admite nenhuma forma de internacionalização. Autoridade de José Afonso da Silva.

o) Lei específica determina que é competência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ autorizar projetos e investimentos no âmbito de outorgas estabelecidas encaminhando ao Ministro dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos as propostas de declaração de utilidade pública (art. 27 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, na redação dada pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007). Verba cum effectu sunt accipienda. As leis não contêm palavras inúteis. Autoridade de Carlos Maximiliano.

p) O conceito de poder público, no contexto do sistema constitucional-ambiental (art. 225, especialmente caput e § 1º) refere-se à competência corrente para produção de normas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), bem como à competência comum para o cuidado com o meio ambiente, extensiva a todas as esferas do Poder, nomeadamente, os Poderes Executivo,

Judiciário e Legislativo, bem como ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas. Não se refere, em nenhum momento, exclusivamente, ao Chefe do Poder Executivo Federal. Inteligência do conceito de poder público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

q) No subsistema da Lei de Proteção à Mata Atlântica a locução poder público federal se refere aos Ministérios, Agências e demais entes da Administração Federal, e não ao Chefe do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, o poder público federal ao qual se refere a Lei é o órgão ou ente da Administração que atua diretamente junto à demanda, na hipótese, a Secretaria dos Portos, o Ministério dos Transportes, o IBAMA, a ANTAQ, dependendo do caso.

r) Se o legislador pretendesse que poder público federal significasse o Presidente da República assim o declararia expressamente. Esse tipo de competência não se presume, deve ser declarada na lei com todas as letras.

s) Há reiteradas manifestações da Administração, em favor da tese aqui defendida. Em 2010 o IBAMA já havia definido que a utilidade pública relativa aos casos de supressão de bioma mata atlântica é diversa da utilidade pública referente aos casos de desapropriação.

t) Inteligência dos pareceres nºs 0581 e 0587/2010/PFE/IBAMA/CONEP/MAM, bem como dos despachos nº 1074/2010-PFE-Asb, da Sra. Coordenadora-Geral de Estudos e Pareceres da Procuradoria-Geral Especializada do IBAMA e nº 322/2010, do então Procurador-Chefe Nacional do IBAMA.

u) Em ata de reunião ocorrida em 17 de outubro de 2012, na Secretaria de Portos da Presidência da República, na qual participaram representantes da Secretaria de Portos, da Procuradoria-Geral do IBAMA e demais atores interessados, ratificou-se o entendimento de que a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação/instituição de servidão administrativa por meio de decreto presidencial difere da declaração solicitada no âmbito de licenciamento ambiental para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

v) O Novo Código Florestal não revogou a Lei do Bioma da Mata Atlântica e também não revogou a lei que define as competências da ANTAQ e da Secretaria dos Portos.

w) No novo marco regulatório dos portos (Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012), à Secretaria dos Portos compete assessorar direta e indiretamente o Presidente da República, na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e fomento do setor de portos, promovendo a execução e avaliação de medidas, programas e projetos ao desenvolvimento da infraestrutura das instalações portuárias, inclusive no que se refere aos planos gerais de outorgas.

x) Para autorizar empreendimento no setor portuário que necessite de autorização de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses que a lei nomina, o IBAMA exige do interessado, após emitir licença prévia-LP, declaração de utilidade ou de necessidade pública, que o interessado deverá requerer junto à ANTAQ, a qual, após estudos técnicos, encaminhará o pedido para a Secretaria de Portos ou para o Ministério dos Transportes, a quem compete, por força do inciso I, do parágrafo único do art. 87 da Constituição, gerir os assuntos de suas áreas de competência.

y) É à ANTAQ a quem compete definir se o empreendimento é hipótese de infra-estrutura de serviço público de transporte, entre outros, fazendo a proposta, opinando por sua razoabilidade.

z) A compreensão de que o empreendimento enquadra-se no conceito de infraestrutura de serviço público de transporte é do Ministro setorial a quem compete avaliar se a proposta de declaração de utilidade pública, nos casos concretos encaminhados, está de acordo com a lei e com as políticas setoriais, de modo a deferir o pedido (ou não). Inteligência do § 3º do art. 14 da Lei da Mata Atlântica.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, José Levi, **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei-Teoria e Prática**, São Paulo: Saraiva, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco, **Do Governo Presidencial na República Brasileira**, Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.

BARBALHO, João, **Constituição Federal Brasileira- Comentários**, Edição facsimilar. Brasília: Senado Federal, 1992.

BOBBIO, Norberto, **Da Estrutura à Função- Novos Estudos de Teoria do Direito**, Barueri: Manole, 2007.

_____, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: Editora da UnB, 1999. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

CARVALHO, José Murilo, **Os Bestializados- O Rio de Janeiro e a República que não foi**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CLÈVE, Clémerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: RT, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Morita, Dione Mari e Ferreira, Paulo, **Licenciamento Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Annibal Freire da, **O Poder Executivo na República Brasileira**, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.

FRANÇA, R. Limongi, **Hermenêutica Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez, **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**, Belo Horizonte: Forum, 2012.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John, **O Federalista**, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.

HOWELL, William G., **Power Without Persuasion- The Politics of Direct Presidential Action**, Princeton: Princeton University Press, 2003.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de João Baptista Machado.

LEFF, Henrique, **Epistemologia Ambiental**, São Paulo: Cortez, 2002. Tradução de Sandra Valenzuela.

LEVI, Edward H., **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Eneida Vieira Santos.

MAC CORNICK, Neil, **Direito, Interpretação e Razoabilidade**, em Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada (org.), **Direito e Interpretação- Racionalidades e Instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2008. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édis, **Direito do Ambiente- A Gestão Ambiental em Foco-Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de, **Presidencialismo**, São Paulo: Atlas, 2004.

POSNER, Richard, **Overcoming Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

SILVA, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo de, **Manual de Direito Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2010.

WARBER, Adam L., **Executive Orders and the Modern Presidency**, Boulder: Lynne Rienneer Publishers, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, **A crucificação e a democracia**, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana.

* Recebido em 08 abr. 2015.



O DESVIO DE FINALIDADE DO PAPEL IMPORTADO COM REDUÇÃO DAS ALÍQUOTAS DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E O PREJUÍZO À SEGURIDADE SOCIAL

*Augusto Oliveira da Silva Neto**

*Theresa Rachel Couto Correia***

Resumo

O presente artigo trata da redução de alíquotas de contribuição social PIS/PASEP e a COFINS dada ao papel importado para fins de publicação de livros, jornais e periódicos conforme disposto no art.150, VI, d da Constituição Federal do Brasil de 1988, sua evolução legislativa e interpretação na jurisprudência do STF, observando-se o contexto de garantia de liberdade de expressão, a livre manifestação do pensamento e o acesso à informação. Entendida como parte da diversidade de fontes de custeio da seguridade social, esta redução pode ensejar um desvio de finalidade do papel, sendo fonte de fraudes no momento da importação por falhas no sistema de fiscalização aduaneira.

Palavras-chave

Financiamento da Seguridade Social. Incidência de PIS e Cofins Importação ao papel. Desvio de finalidade.

MISUSE OF PURPOSE IN PAPER IMPORT WITH REDUCTION OF SOCIAL CONTRIBUTION RATES AND INJURY TO SOCIAL SECURITY

Abstract

This article deals with the reduction of social contribution rates PIS / PASEP and COFINS given to imported paper for publication of books, newspapers and periodicals as provided in art.150 , VI , d of the Federal Constitution of Brazil in 1988 , its legislative developments and interpretation in the Supreme Court case law , observing the context of ensuring freedom of expression , the free expression of thought and access to information. Understood as part of the diversity of social security funding sources, this reduction may give rise to a shift of purpose of the paper, a source of fraud on importation by flaws in the customs supervision system.

* Mestre em Administração (UFES). Pós-graduado em Comércio Exterior (UFRJ). Graduado em Estatística (UERJ). Auditor- fiscal da Receita Federal do Brasil. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

** Doutora em Direito Internacional (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-Rio). Bolsista PRODOC/CAPES (2008-2012). Professora Adjunta da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2013-atual).

Keywords

Social Security Financing. PIS and Cofins Import the paper. Misuse of purpose.

1. INTRODUÇÃO

A Seguridade Social está prevista no Capítulo II, do Título VII, da Constituição Federal, e compreende o conjunto de ações destinadas a garantir os direitos à saúde, previdência e assistência social, cujas fontes de financiamento, conforme previsto no art. 195 da CF/1988, compreendem determinadas contribuições sociais, dentre elas a exigível dos importadores de bens ou serviços do exterior.

Tal previsão constitucional foi inicialmente disciplinada pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, no entanto, deixou de prever a contribuição sobre tais produtos provenientes do exterior. A EC 42/2003, acrescentou o inciso IV ao art. 195 da CF/8, que só então passariam a financiar a seguridade social com a edição da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, cujo art. 1º instituiu a Contribuição para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços — PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior — COFINS-Importação.

Esta norma legal estabeleceu a regra matriz de incidência tributária referente a tal tributo, definindo no antecedente os critérios material, temporal e espacial, coletando os elementos de fato da realidade social que almeja disciplinar e os qualificando normativamente como fatos jurídicos, condicionando-os ao espaço e ao tempo e, no consequente, os critérios pessoal e quantitativo, referindo-se este último à definição da base de cálculo, que no caso das importações, será o valor aduaneiro¹.

Convém esclarecer que os critérios estabelecidos na regra matriz — são aqueles que permitem identificar o fato descrito a partir de seus componentes lógicos (CARVALHO, 2012), não estão presentes quando são analisadas as contribuições sociais, por falta de estabelecimento constitucional de suas regras matrizes, que são qualificadas por sua finalidade (CARRAZZA, 2013).

Em primeiro momento, o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação passaram a ser exigidos dos importadores com a utilização de uma base de cálculo mais alargada que a definição do conceito que nela está inscrito, pois o

¹ O valor aduaneiro é, na definição do Acordo de Valoração Aduaneira, o valor da transação comercial, que foi definido como o “preço efetivamente pago ou a pagar”, apurado pelo primeiro método de valoração, acrescido das despesas com frete e seguro. No entanto, caso não exista valor na transação, ou haja motivos relevantes para se duvidar de sua veracidade, existem métodos substitutivos para a apuração por parte das autoridades aduaneiras, conforme instituído na Instrução Normativa SRF nº 327/2003.

valor aduaneiro é um conceito estabelecido a partir de tratado internacional do qual o Brasil é signatário², causando enorme controvérsia no meio jurídico e acadêmico, redundando em ações no Supremo Tribunal Federal (STF), manifestou-se de modo a reconhecer, depois de 15 anos de tramitação, que o ICMS não deveria integrar a base de cálculo das contribuições (RE 240.785/MG de 08/10/2014).

Esta inconstitucionalidade da base de cálculo redundou em perda de arrecadação para a contribuição e, como consequência direta, para a Seguridade Social, que se veria desprovida de parte dos recursos já previstos para fazer frente às despesas inerentes à sua função constitucional, obrigando o governo a atuar de modo a recompor as alíquotas tanto da COFINS-Importação, quanto do PIS/PASEP-Importação, que estão previstos na mesma norma.

A questão foi mitigada com a alteração das alíquotas das contribuições, ocorrida em 30/01/2015, por meio da Medida Provisória nº 668/15³, que, dentre outras providências, promoveu alterações na Lei nº 10.865/04 para elevar, a partir de 1º de maio de 2015, as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, valendo tal majoração somente em relação à importação de mercadorias, assim as alíquotas incidentes sobre a importação de serviços permanecem as mesmas.

Vê-se, pois, que o equilíbrio das contas da previdência social está diretamente atrelado à arrecadação das contribuições sobre o comércio exterior, de modo que qualquer alteração na expectativa quanto aos valores arrecadados nesta rubrica específica significa uma redução na capacidade de investimentos na saúde, na previdência e na assistência social, conforme estabelecido no texto constitucional.

2. FONTES DE CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA

As fontes de custeio da Seguridade Social estão estabelecidas na Constituição Federal, em seu art. 195, que prevê a criação de contribuições sociais cuja destinação está vinculada à razão da sua instituição, como é da natureza jurídica destes tributos, a despeito da polêmica desvinculação de parcela dos

² O Acordo de Valoração Aduaneira decorreu da implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT 1994, cuja inserção no ordenamento jurídico se deu por meio do Decreto nº 2.498, de 13 de Fevereiro de 1998.

³ De acordo com a MP 668, a alíquota geral do PIS/PASEP-Importação, atualmente de 1,65%, passa a ser de 2,1% e a alíquota geral da COFINS-Importação, atualmente de 7,6%, passa a ser de 9,65%, sem prejuízo da incidência do adicional de 1% da COFINS aplicável na importação dos produtos relacionados no Anexo I da Lei 12.546/11. Assim, a alíquota total atualmente de 9,25% passa, a partir de maio de 2015, para 11,75%, sendo que para os produtos listados no Anexo I da Lei 12.546/11 a alíquota total passa de 10,25% para 12,75% (aumento de 2,5% em ambos os casos).

valores arrecadados (DRU), conforme estabelecido no art. 76, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Neste sentido, cabe esclarecer que a diferença básica entre imposto e contribuição está justamente na destinação dada ao produto de sua arrecadação, sendo, por definição, a instituição de impostos independe de qualquer atividade estatal específica em relação aos contribuintes⁴, enquanto que as contribuições são tributos com finalidade constitucionalmente definida (MACHADO, 2013), causando espécie o fato de parcela das contribuições sociais serem desvinculadas do objeto de sua arrecadação e serem destinadas ao caixa da União.

Muito embora o termo seguridade social tenha ganhado maior visibilidade no Brasil após a Carta Magna de 1988, nos Estados Unidos e na Europa sua utilização já é recorrente desde as décadas de 30 e 40 do século passado, quando uma rede de direitos e garantias sociais foi implementada em favor da população (SALVADOR, 2007). Tal proteção da seguridade social garante a manutenção do padrão de renda e protege a sociedade contra as situações de infortúnio ou doenças que reduzam a capacidade laboral dos trabalhadores.

Segundo dados da Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), entre os anos 2010 e 2013, as receitas da seguridade social tiveram um incremento da ordem de 42%, passando de 458 bilhões de reais para quase 651 bilhões de reais. Somente de 2012 para 2013 o incremento foi de 9,3%, conforme dados contidos na Tabela 1, abaixo.

TABELA I: Receitas da seguridade social (2010 a 2013)

RECEITAS REALIZADAS	2010	2011	2012	2013	Diferença 2013/2012
1. Receita de contribuições sociais	441.266	508.095	573.814	634.239	60.425 10,5
Receita Previdenciária	211.968	245.890	283.441	317.164	33.723 11,9
Arrecadação Previdenciária	211.968	245.890	278.160	307.147	28.987 10,4
Urbana	207.154	240.534	272.397	300.991	28.594 10,5
Rural	4.814	5.356	5.763	6.156	393 6,8
Compensações não repassadas			5.281	10.017	4.736 89,7
Cofins	140.023	159.625	181.555	199.410	17.856 9,8
CSLL	45.754	57.582	57.316	62.545	5.228 9,1
PIS/Pasep	40.372	41.584	47.738	51.065	3.327 7,0
Outras contribuições	3.148	3.414	3.765	4.055	291 7,7
2. Receitas de entidades da Seguridade	14.693	16.729	20.147	14.974	-5.173 -25,7
Recursos Próprios do MDS	305	86	66	239	173 262,3

⁴ CTN, art. 16: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Recursos Próprios do MPS	267	672	708	819	111	15,7
Recursos Próprios do MS	2.700	3.220	3.433	3.858	425	12,4
Recursos Próprios do FAT	10.978	12.240	15.450	9.550	-5.901	-38,2
Taxas, multas e juros da Fiscalização	443	511	491	509	18	3,7
3. Contrapartida do Orç. Fisca para EPU	2.136	2.256	1.774	1.782	8	0,4
Receitas da Seguridade Social	458.094	527.079	595.735	650.995	55.260	9,3

Fonte: Anfip, 2014b.

A arrecadação das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, somadas, saltaram de pouco mais de 180 bilhões de reais para 250 bilhões de reais no período entre 2010 e 2013. No ano 2013, do total arrecadado relativo às duas contribuições, a parcela relativa ao PIS/PASEP-Importação e à COFINS-Importação foi de aproximadamente 47 bilhões de reais, segundo a Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme dados da Tabela 2, a seguir.

TABELA 2: ARRECADAÇÃO DA COFINS/PIS-PASEP PERÍODO: JANEIRO A DEZEMBRO 2013/2012

DISCRIMINAÇÃO	ARRECADAÇÃO		DIFERENÇA	
	JAN-DEZ/13 [A]	JAN-DEZ/12 [B]	[A]-[B]	[A]/[B]%
IMPORTAÇÃO	47.645	46.465	1.180	2,54
DEP. JUD./ADM. / ACRÉSCIMOS LEGAIS	10.686	10.406	280	2,69
RECLASSIFICAÇÃO DE RECEITAS — LEI 12.865/13	12.674	-	12.674	-
OUTROS	188.676	183.509	5.166	2,82
TOTAL	259.680	240.380	19.300	8,03

Fonte: Secretaria da Receita Federal do Brasil — Análise da arrecadação das receitas federais 2013

Muito embora as contribuições arrecadadas no comércio exterior tenham representado apenas 7,3% do total das receitas previdenciárias em 2013, os valores absolutos da arrecadação do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação são significativos e dão a medida da importância destes tributos para o custeio da seguridade social.

Para 2015, a estimativa de receitas para a seguridade social foi estipulada em 786,5 bilhões de reais, conforme apresentado no Anexo I, da Lei nº 13.115, de 20 de abril de 2015⁵, o que representa um esforço ainda maior de arrecadação oriunda de todas as fontes de custeio, criando uma expectativa quanto à diminuição nos desvios que reduzem indevidamente o ingresso de recursos no caixa da Previdência.

⁵ Lei Orçamentária Anual (LOA), editada nos termos do art. 165, inc. III, da CF/1988.

3. DESONERAÇÃO DO PAPEL IMPORTADO

Como já ressaltado em linhas anteriores, as receitas da previdência social são oriundas de diversas fontes, configurando a importação de produtos uma importante fonte de custeio, por meio do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação. Contudo, tais contribuições não alcançam igualmente todas as importações, conforme se verá a seguir.

Ausente do texto original da Carta Magna, a instituição de contribuições incidentes sobre a importação de produtos do exterior passou a constar do texto da Lei Maior a partir da Emenda Constitucional nº 42/2013, quando tal previsão foi instituída, equiparando o tratamento já dispensado aos produtores nacionais e acrescendo parcela significativa de recursos aos cofres da Previdência Social. Para Lazzari (2015 p. 298), a medida tenta um tratamento tributário isonômico entre os bens e serviços produzidos internamente e os importados.

Regulamentado pela Lei nº 10.865/2004, tal dispositivo redundou na criação da Contribuição para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços — PIS/PASEP-Importação e da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior — COFINS-Importação. Nas palavras de Valadão & Barroso (2012):

A legislação instituidora do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, Lei nº 10.865, de 2004, teve por escopo dar tratamento isonômico entre a tributação dos bens produzidos e serviços prestados no País, que sofrem a incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, e os bens e serviços importados de residentes ou domiciliados no exterior, que passaram a ser tributados às mesmas alíquotas dessas contribuições.

Neste diapasão, foram estipuladas pela lei as alíquotas para as operações de importação, que no caso da COFINS-Importação foi fixada em 7,6% e a do PIS/PASEP-Importação em 1,65%, alteradas pela MP nº 668/2015 para 9,65% e 2,1%, respectivamente, como forma de compensar a perda de arrecadação com a redução da base de cálculo, em decorrência da exclusão do ICMS do valor aduaneiro das mercadorias importadas, sendo estes os patamares para a maior parte dos produtos importados, reservando a lei alíquotas diferenciadas em casos específicos.

Assim, quis o legislador que, em determinados casos, fossem as alíquotas de referidas contribuições majoradas ou reduzidas, comparativamente às alíquotas normais, em decorrência da maior ou menor importância do produto

para a economia nacional, atendendo a critérios de política tributária que visam privilegiar com menores alíquotas produtos cuja importância social e econômica seja mais relevante.

Deste modo, a lei reduziu à zero as alíquotas do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação de diversas mercadorias⁶, como embarcações, aeronaves, gás natural, dentre outras, sem qualquer restrição para que as empresas importadoras possam se beneficiar de tal redução, com uma única exceção, voltada ao papel destinado à impressão de jornais (art. 8º, §12, III) ou periódicos (art. 8º, §12, IV).

O tratamento tributário do papel para impressão de livros, jornais ou periódicos possui privilégios decorrentes da sua destinação considerados pelo legislador constituinte como fundamental para o desenvolvimento cultural do país, concedendo-lhe imunidade de impostos, nos termos do art. 150, inc. VI, alínea “d”, da Constituição.

Neste aspecto, a imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado à sua impressão, está formalmente enquadrada na seção específica do Título VI, que cuida das limitações do poder de tributar, como expressão no campo tributário dos preceptivos constitucionais que garantem a livre manifestação do pensamento e o acesso à informação (FILHO, 1996), conforme consta da Carta Magna de 1988.

Contudo, tal limitação constitucional restringe-se à instituição de impostos, abrindo campo para o estabelecimento de outros tributos, como é caso das contribuições sociais, que têm por objeto o custeio da segurança social e diferenciam-se dos impostos justamente por esta destinação específica do produto de sua arrecadação.

A redução das alíquotas das duas contribuições sociais tem, portanto, a motivação especial de propiciar maior acesso à informação por parte da sociedade, com o barateamento de livros, jornais e periódicos, decorrente da desoneração tanto do produto final, quanto das matérias-primas e demais insumos necessários à sua confecção.

A Constituição faz restrição expressa ao papel importado que gozará de imunidade, referindo-se ao papel para impressão de livros, jornais e periódicos, conferindo objetividade ao afastamento dos impostos. Assim manifesta-se Filho (1996) no tocante à possibilidade de instituição de contribuições sobre este tipo de produto:

⁶ A Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, possui em seu art. 8º, § 12, quarenta incisos onde estão dispostas as hipóteses de redução a zero das alíquotas do PIS-Importação e da Cofins-Importação.

A imunidade, aqui, é proclamadamente objetiva, tanto pelo fato de a Constituição ter retirado das autoridades tributárias a faculdade de discriminarem, para efeito do reconhecimento ou não da exoneração dos impostos, não autorizando o juízo subjetivo sobre o valor literário, educativo, cultural, informativo da obra, ou sobre a exatidão dos conceitos científicos nela expressos, ressalvadas as que preguem o preconceito religioso, o racismo, a propaganda de guerra, o fracionamento da federação, entre outros conteúdos não tolerados pela Superlei, quanto por não se direcionar a pessoa da editora, da empresa jornalística ou da distribuidora de livros, jornais e periódicos, ou da empresa dedicada à industrialização e distribuição do papel destinado à impressão desses bens.

Da mesma forma, no caso das contribuições, a lei estabelece como condição restritiva que seja o papel destinado à impressão de jornais ou classificado nos códigos 4801.00.10, 4801.00.90, 4802.61.91, 4802.61.99, 4810.19.89 e 4810.22.90, todos da TIPI, pelo prazo de 4 (quatro) anos a contar da data de vigência da Lei, ou até que a produção nacional atenda 80%⁷.

Ademais, a ressalva contida no art. 8º, §10, da Lei nº 10.865/2004, demonstra que as reduções a zero alcançam somente o papel destinado à impressão de jornais ou periódicos, estipulando as alíquotas de 3,81% (COFINS-Importação) e 0,95% (PIS/PASEP-Importação) para os demais tipos de papel imune, deixando claro que o papel destinado à impressão de livros deve ser tributado, mas também com redução em relação às alíquotas normais dos demais produtos.

Tratando da interpretação dada pelo STF à matéria, Aldo de Campos Costa (2014) exemplifica:

A imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal (“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”) possui natureza objetiva (STF RE 206.774) e deve ser interpretada de forma restritiva (STF AgR-RE 504.615), de modo a contemplar, exclusivamente, veículos de comunicação e informação escrita. Não é absoluta, nem ilimitada (STF AgR-RE 434.826) e tem por escopo viabilizar, sem ônus maiores, a divulgação de ideias à comunicação (STF RE 202.149). A referência, no preceito legal, a papel, é meramente exemplificativa e não exaustiva (STF RE 202.149). (...) O Supremo distingue duas situações ante as demandas de extensão da imunidade cultural (STF AgR-RE 434.826): 1º) quando o serviço é reputado essencial e, de sua tributação possa resultar impedimento

⁷ Lei nº 10.865/2004, art. 8º, § 12, incisos III e IV.

ou grave embaraço à atividade do contribuinte ou, ainda, a extinção mesma de seu modelo de negócio, reconhece-lhe a imunidade; 2^a) quando o serviço é não essencial, já não lhe quadra, nem se justifica, sob esse ângulo, o manto da referida imunidade.

De fato, não é qualquer papel que está albergado pelo benefício tributário referente à redução das alíquotas das contribuições sociais, apenas aqueles destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estando vinculada a sua fruição a condição posterior a ser atendida pelo importador, que é a utilização efetiva do produto na finalidade para a qual foi importado.

4. DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE PAPEL

O papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, a que se referem as normas que conferem tratamento tributário diferenciado a este tipo de produto, deve ser de qualidade e especificidade tal que se preste ao fim a que se destina, para poder gozar da imunidade, no caso dos impostos, ou da redução de alíquotas, no caso das contribuições sociais.

Segundo Vidal & Hora (2012) o papel possui uma caracterização técnica dentro de um amplo espectro de utilização, sendo possível categorizá-lo em papel imprensa, papel para imprimir e escrever (I&E), papelão ondulado, papéis especiais e os demais papéis, inclusive os destinados a embalagens. Há também a celulose de madeira destinada à fabricação de papéis, que se classifica de acordo com o tipo de fibra (curta ou longa), processo de fabricação (químico, semiquímico e alto rendimento) e destinação (mercado ou integrada).

Os dados da Tabela 3, abaixo, se referem à produção nacional e à importação dos papéis para imprensa e do tipo I&E, nos anos 2010 a 2013, conforme dados extraídos dos relatórios anuais da associação brasileira de celulose e papel — Bracelpa, expressos em milhares de toneladas.

TABELA 3- Mercado de papel no Brasil (mil ton)

Tipo de Papel	2010	2011	2012	2013
Imprensa				
produção nacional	124	129	131	128
importado	463	406	387	318
I&E				
produção nacional	2.704	2.681	2.634	2.621
importado	735	699	661	559

Fonte: Bracelpa, 2013.

Todas estas características do produto são importantes para se delinear a capacidade operacional do mercado brasileiro para absorção do papel, tanto oriundo da produção nacional, quanto o proveniente da importação. Não se pode olvidar também que nem todo papel importado pode ser empregado na finalidade que lhe confere benefício tributário, sendo importante observar estas características para mensurar o montante da renúncia fiscal.

5. FINALIDADE DO PAPEL IMPORTADO

Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição estabeleceu que as contribuições sociais fossem caracterizadas por sua finalidade, que é o custeio da seguridade social. Se o tributo em espécie é caracterizado por sua finalidade, o fato gerador da obrigação tributária principal relativa à importação de papel está também vinculado à comprovação do uso do produto na finalidade para a qual foi importado.

Esta comprovação, como se pode facilmente perceber, se dá em momento posterior ao da entrada das mercadorias no território nacional, deixando o fato gerador sujeito a uma condição que somente será confirmada em momento posterior e incerto, quando da utilização do papel na finalidade para a qual foi importado, que é a confecção de livros, jornais ou periódicos.

É fato notório que, tanto a imunidade relativa aos impostos, quanto à redução das alíquotas das contribuições sociais, que atingem o papel, são benefícios tributários objetivos, vinculados ao próprio bem, deixando os demais tipos de papel, que não prestam à finalidade estabelecida na norma, constitucional e legal, sujeitos perfeitamente ao pagamento de tributos (CARRAZZA, 2013).

A fiscalização do uso do papel na finalidade que lhe permita gozar dos benefícios tributários é dificultada por diversas variáveis. Se, no momento da importação, há apenas uma pessoa jurídica promovendo a entrada do produto no país, a correta utilização em momento futuro pode se dar por um grande número de contribuintes, que podem atuar na cadeia produtiva de diversas formas.

Neste sentido, é interessante notar que o papel importado, antes de se transformar no produto que caracterizará a imunidade tributária ou redução das alíquotas das contribuições para o PIS/PASEP-Importação e para a CO-FINS-Importação, poderá passar por diversas etapas, entre comercialização, distribuição e industrialização, dificultando sobremaneira a tarefa de aferir o seu uso efetivo.

Tal razão se dá pela grande carga tributária incidente sobre este tipo de produto, e caso deixe de fazer jus aos benefícios tributários, deverá recolher o

Imposto de Importação (II), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), além, é claro, o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação.

As alíquotas destes tributos variam de acordo com a classificação fiscal de cada um dos produtos importados, lembrando que a base de cálculo do IPI é o somatório do valor aduaneiro mais o II apurado e a base de cálculo do ICMS é o valor aduaneiro acrescido do II e do IPI. A carga tributária total está apresentada, resumidamente, na Tabela 3, a seguir.

TABELA 4: Carga tributária papel por NCM (%)

NCM	FINALIDADE	II	IPI	ICMS	PIS	COFINS	Carga tributária
4801.00.10	jornais	6	15	18	2,1	9,65	55,43
4801.00.90	jornais	12	15	18	2,1	9,65	63,41
4802.61.91	livros e periódicos	6	5	18	2,1	9,65	43,03
4802.61.99	livros e periódicos	12	5	18	2,1	9,65	50,41
4810.19.89	livros e periódicos	14	5	18	2,1	9,65	52,87
4810.22.90	livros e periódicos	14	5	18	2,1	9,65	52,87

Fonte: Tarifa Externa Comum (www.aduaneiras.com.br)

A carga tributária total do papel importado para impressão de livros, jornais ou periódicos varia entre 43% e 63%, dependendo do tipo de papel e da finalidade para a qual é importado. Isto significa que, a cada R\$ 100,00 do custo do produto, o importador deixa de recolher aos cofres públicos entre R\$ 43,00 e R\$ 63,00, sendo que no momento da importação, não há certeza que este papel será efetivamente empregado na finalidade objeto do benefício tributário.

Para garantir que estes produtos serão utilizados na finalidade a que se destinam. A própria Lei nº 10.865/2004 estabeleceu que o Poder Executivo pudesse regulamentar o disposto nos parágrafos do art. 8º, sendo editado o Decreto nº 5.171, de 06 de agosto de 2004 e alterado posteriormente pelo Decreto nº 6.842, de 7 de maio de 2009, estendendo o direito de os importadores reduzirem as alíquotas do papel importado, nos mesmos moldes da lei.

Já a Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009, criou regras mais severas para o controle de entrada destas mercadorias no país e determinou que as empresas que exercem as atividades de comercialização e importação, bem como aquelas que adquirem o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, a que se refere a alínea *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, deverão manter o Registro Especial na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Coube à Receita Federal a tarefa de criar mecanismos de controle, a fim de garantir que o papel importado fosse integralmente utilizado na finalidade para a qual foi importado e para a qual se beneficiou da redução dos tributos.

Neste sentido, foi editada a Instrução Normativa nº 976, de 07 de dezembro de 2009, onde foi criado o Registro Especial e a Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle de Papel Imune (DIF-Papel Imune).

Com estas medidas, os fabricantes, os distribuidores, os importadores, as empresas jornalísticas ou editoras e as gráficas que realizarem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos ficaram obrigados à inscrição no Registro Especial instituído pelo art. 1º da Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009, não podendo promover o despacho aduaneiro, a aquisição, a utilização ou a comercialização do referido papel sem prévia satisfação dessa exigência.

6. DO DESVIO DE FINALIDADE

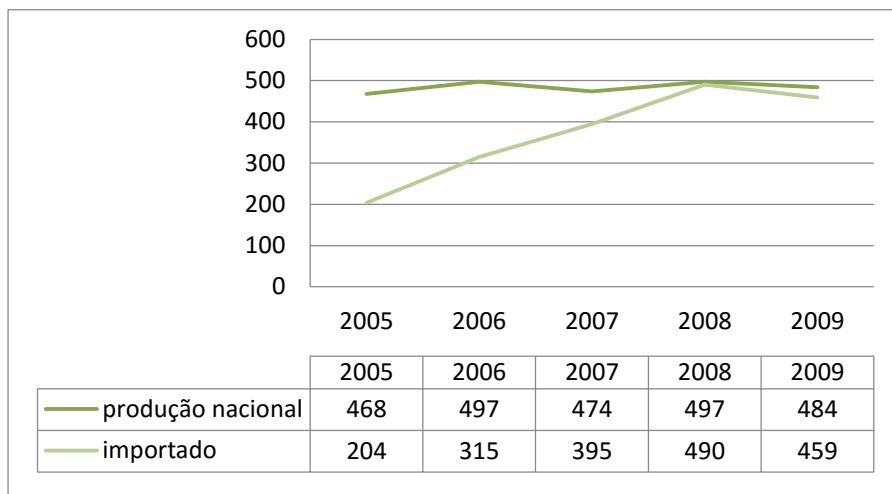
É possível perfeitamente perceber que o papel a que se referem a Constituição e a Lei nº 10.865/2004 são aqueles categorizados como papel imprensa e papel para imprimir e escrever (I&E), uma vez que as demais categorias são imprestáveis à indústria gráfica, não importando, para o fim a que se destina este artigo, as importações destes produtos.

A disponibilidade de papel no mercado nacional é medida a partir do somatório da produção nacional com as quantidades importadas e representam o total do produto que deve ser considerado para tributação. No caso das importações esta conta é direta, uma vez que as contribuições são exigidas no momento do registro da declaração de importação.

Segundo a Bracelpa (2010), a situação do desvio de finalidade do papel importado com imunidade de impostos e redução à zero das alíquotas das contribuições vem se agravando ao longo dos anos, com a utilização de empresas que são utilizadas com a finalidade de fraudar o mercado, causando prejuízos não só à livre concorrência, com a inserção de produtos em condições favorecidas, obtidas por meio fraudulento, mas também à Previdência Social, que se vê lesada na arrecadação referente à importação destas mercadorias.

Os dados levantados pela associação se referem ao período 2005 a 2009, mas não há evidências que tenha se alterado ao longo do tempo, uma vez que as medidas adotadas não têm sido efetivas para o controle do uso do papel importado com benefício fiscal na finalidade para a qual foi importado, conforme se verá em linhas posteriores. Por enquanto, cabe analisar os dados disponíveis, produzidos pela Bracelpa e que se encontram no Gráfico 1, abaixo.

GRÁFICO 1: Papéis de imprimir e escrever: consumo e origem em 1.000 t



Fonte: Bracelpa, 2010.

Conforme é possível notar, no ano 2009, houve o consumo total de 943 mil toneladas de papel do tipo imprimir e escrever, sendo a soma das quantidades produzidas pela indústria nacional e vendidas no mercado interno, com a importação do mesmo produto. Ocorre que, segundo a Bracelpa, no mesmo ano, apenas 410 mil toneladas foram efetivamente utilizadas na produção de livros e periódicos.

A diferença, superior a 500 mil toneladas, apenas em 2009, foi comercializada no mercado interno sem o pagamento de qualquer tributo, mas não foi utilizada na finalidade que permitiria tal benefício, representando um prejuízo expressivo para a arrecadação das contribuições sociais e dos demais tributos exigíveis, tanto os de competência da União (II e IPI), quanto o da competência dos estados (ICMS).

7. AÇÕES DE COMBATE ÀS FRAUDES

A adoção do Registro Especial e da DIF-Papel Imune não foram suficientes para evitar as práticas delituosas por parte de importadores de papel, que passaram a utilizar empresas de fachada, que simulam existência e movimentação operacional, mas que inexistem de fato, conhecidas tais empresas como “laranjas”.

Estas práticas foram monitoradas pela Receita Federal e pelo Ministério Público Federal, deflagrada em 2013, a chamada “Operação Papel Imune”, quando foram apreendidas mais de 10 toneladas de papel, que seriam enviados a empresas disfarçadas por gráficas ou distribuidoras, mas que na verdade

comercializavam estes produtos no mercado interno em finalidade diversa daquela autorizada para o não pagamento de tributos.

Notícia publicada no jornal O Globo, de 07/04/2015, revela que esta operação redundou na denúncia de uma quadrilha que, entre 2009 e 2013, ocultou e dissimulou a origem, a movimentação e a propriedade de cerca de R\$ 1,1 bilhão em valores provenientes de diversos crimes, como descaminho e sonegação fiscal, utilizando-se, para tal, de empresas de fachada, notas fiscais falsas e “laranjas”.

O Ministério Público Federal de São Paulo (MPF/SP) apresentou denúncia contra o grupo, prontamente acatada pela Justiça Federal, conforme noticiado em sua página na internet, afirmado que o grupo se aproveitava da imunidade tributária concedida pela Constituição ao papel destinado a livros, jornais e periódicos, mas, em vez de revenderem o produto importado sem impostos para compradores ligados a tais finalidades, repassavam a empresas do atacado e varejo com preço 20% inferior ao de mercado, auferindo lucros milionários.

Ainda segundo o MPF, o prejuízo aos cofres públicos foi de aproximadamente R\$ 500 milhões, no período compreendido entre 2009 e 2012. Ademais, as empresas ainda se aproveitaram da posterior compensação indevida de créditos de ICMS, PIS e COFINS, utilizando-se de falsos documentos emitidos e geraram créditos indevidos nas operações seguintes, somando R\$ 100 milhões de sonegação só na esfera federal.

Ou seja, em apenas uma operação deflagrada pela Receita Federal, foram descobertos mais de 600 milhões de reais de prejuízo entre os anos 2009 e 2012, causado pelo não recolhimento de tributos ou por créditos indevidos das operações fraudulentas. Para uma carga tributária média de 53%⁸, pode ser realizado um cálculo regressivo⁹ e verificar que, deste total, cerca de 133 milhões de reais deixaram de ser recolhidos a título de contribuições sociais.

8. CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho foi demonstrar que as fontes de custeio da previdência social alcançam grande diversidade, possibilitando que as receitas obtidas permitirão o atingimento de suas finalidades constitucionais, sejam de

⁸ A carga tributária total do papel importado varia entre 43% e 63%, a depender do tipo de papel e da sua finalidade, conforme já visto anteriormente. O valor médio foi retirado da média aritmética destes dois valores apenas para fins demonstrativos.

⁹ 600 milhões de reais correspondem a 53% dos tributos sonegados, enquanto que o somatório das alíquotas do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação é igual a 11,75%, o que corresponde a 22,65% do total estimado.

tal forma diluídas possibilitando a participação solidária de todos para a melhoria do sistema previdenciário.

Embora de baixa densidade arrecadatória, se comparado com outros tributos, como o IPI ou com o ICMS, as contribuições para o PIS/PASEP-Importação e para a COFINS-Importação representam parcela significativa destas receitas previdenciárias, sendo papel da Receita Federal e dos demais órgãos fiscalizadores zelar para que sua arrecadação reflita a realidade da movimentação de importações no país.

Contudo, as desonerações das contribuições sobre as importações de papel para impressão de livros, jornais e periódicos possibilitam o cometimento de irregularidades pelo desvio de finalidade do produto, motivado pela alta carga tributária e pela fragilidade dos controles existentes, estes se mostram insuficientes para evitar o cometimento de fraudes.

Como não há limitação constitucional para a cobrança das contribuições sociais sobre este tipo de mercadoria, e já havendo previsão legal para sua exigência, uma das formas de coibir este tipo de ocorrência seria a cobrança do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação na entrada da mercadoria no país, compensando-se os valores após o consumo do produto na finalidade para a qual foi importado, invertendo a lógica atual e evitando prejuízos para a previdência social, já tão carente de recursos.

REFERÊNCIAS

ANFIP. Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. **Seguridade e Previdência Social Contribuições para um Brasil mais justo**. Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. Brasília: ANFIP, 2014a.

_____. **Análise da Seguridade Social 2013**. Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. Brasília: ANFIP, 2014b.

BRACELPA. Associação Brasileira de Celulose e Papel. **Conjuntura Bracelpa**: Publicação mensal da Associação Brasileira de Celulose e Papel, São Paulo, n. 54, maio 2013. Disponível em: <<http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/conjuntura/CB-054b.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. **Controle Fiscal das Operações com Papel Imune**. São Paulo: Bracelpa, 2010. Disponível em: <http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/public/Folder-Papel_Imune.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COSTA, Aldo de Campos. Imunidade cultural na jurisprudência do Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 jan. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-09/toda-prova-imunidade-cultural-jurisprudencia-supremo>>. Acesso em: 09 set. 2015

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF/SP denuncia 11 envolvidos em esquema de fraude com papel imune**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-sp-denuncia-por-lavagem-de-dinheiro-e-organizacao-criminosa-11-envolvidos-no-maior-esquema-de-fraude-com-papel-imune-ja-apurado-no-brasil/?searchterm=papel%20imune>. Acesso em: 06 jun. 2015

MPF denuncia à Justiça grupo que fraudava importação de papel. **O Globo**, Rio de Janeiro, 07/04/2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mpf-denuncia-justica-grupo-que-fraudava-importacao-de-papel-15803246>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Análise da Arrecadação das Receitas Federais — Dezembro de 2013**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/2013/Analisemensaldez13.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

SALVADOR, Evilásio. A reforma tributária desmonta o financiamento da Seguridade Social. **Revista SER Social**, Brasília, v. 11, n. 25, p. 42-54, jul./dez. 2009.

_____. Quem financia e qual o destino dos recursos da seguridade social no Brasil? **Observatório da Cidadania**, p. 81-90, 2007.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado à sua impressão. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 8, n. 2, abr.-jun. 1996.

SEHN, Solon. Materialidade da hipótese de incidência das contribuições ao pis/pasep e cofins incidentes na importação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**. Brasília, V. 6, nº 2, p. 213-232, jul./dez. 2011.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; BARROSO, Regina Maria Fernandes. O valor aduaneiro como base de cálculo das contribuições para o pis/ pasep e a

cofins — importação. **Revista da PGFN / Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, v. 2, n. 1, jan./jul. 2012.

VIDAL, André Carvalho Foster; HORA, André Barros da. A indústria de papel e celulose. In: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Brasil). **BNDES 60 anos: perspectivas setoriais**. Rio de Janeiro: BNDES, 2012, p. 334-381.

* Recebido em 03 jan. 2015.



A VEDAÇÃO AO ACÚMULO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS E AS IMPLICAÇÕES DA SÚMULA 246, DO TCU, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE

*Carlos César Sousa Cintra**

*Sabrina Souza Menezes***

Resumo

A acumulação de cargos é assunto controverso no âmbito do serviço público e da doutrina administrativista. A vedação desse instituto, por seu turno, suscitada pela primeira vez ainda no período imperial por José Bonifácio, encontra sua perpetuação de validade na atual Carta Magna brasileira, a Constituição Federal de 1988, marco instituidor do Estado Democrático de Direito na nação brasileira. Nesses termos, excetuando alguns casos, é vedada a acumulação remunerada de cargos com base no princípio constitucional da eficiência, com vistas a se preservar a integral e qualitativa realização do serviço de ordem pública. Não obstante, a incidência da Súmula 246 do Tribunal de Contas da União (TCU), cuja redação proíbe a posse em novo cargo ou emprego público estando o indivíduo licenciado de cargo ou emprego público adverso, mesmo sem remuneração, faz preponderar o aspecto do mero vínculo público em detrimento do acúmulo de salários e da ineficiência na prestação do serviço. Por conseguinte, objetiva este trabalho avaliar o pressuposto real da vedação da acumulação, seja o mero vínculo com o Estado, sejam os princípios da eficiência e da economicidade.

Palavras-chave

Acumulação de cargos. Súmula 246 do TCU. Princípio da eficiência.

Abstract

The accumulation of positions is controversial within the public service and management doctrine. The prohibition of this possibility, in turn, raised for the first time in the imperial period by José Bonifácio, finds its perpetuation and validity in the current Brazilian Magna Carta, the Constitution of 1988, which established the democratic state in Brazil. According to it, based on the constitutional principle of efficiency, except for some cases, citizens may not accumulate remunerated positions, in order to preserve the full and qualitative execution of the public service. Nevertheless, the Precedent 246 from the Tribunal de Contas da União (TCU), which prohibits

* Doutor e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

the possession of a public position when the person already holds another one, even when licensed from it and not receiving remuneration, makes preponderant the aspect of the position being public, instead of the accumulation of wages or the inefficiency in service delivery. Therefore, this work aims at assessing the real assumption under which this prohibition lies, whether it has to do only with its links with the State, or the principles of efficiency and economy.

Keywords

Accumulation of positions. Precedent 246 from TCU. Principle of efficiency.

1. A ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL HISTÓRICA

A vedação ao acúmulo de cargos, empregos e funções públicas no Brasil remonta ao período imperial, momento em que José Bonifácio a instituiu na legislação vigente por meio do Decreto da Regência de 18 de junho de 1822, assinado por D. Pedro sob a justificativa de que a acumulação implicava em prejuízos à administração pública, conforme ilustra trecho do citado dispositivo abaixo:

'Prohibe a accumulação em uma só pessoa de mais de um emprego, e exige dos funcionários publicos prova de assiduo exercicio para pagamento dos respectivos vencimentos (...) No Decreto de 28 de Julho de 1668, e mais Ordens Régias concordantes com elles, pelos quaes se prohíbe, que seja reunido em uma só pessoa mais de um officio ou emprego, e vença mais de um ordenado: resultando do contrario manifesto damno e prejuízo á Administração Publica e ás partes interessadas, por não poder de modo ordinario um tal empregado, ou funcionario publico cumprir as funções, e as incumbencias de que é duplamente encarregado, muito principalmente sendo incompatíveis esses officios e empregos; e acontecendo ao mesmo tempo, que alguns desses empregados, e funcionários publicos, ocupando os ditos empregos, e officios recebem ordenados por aquelles mesmos, que não exercitam, ou por serem incompatíveis, ou por concorrer o seu expediente nas mesmas horas, em que se acham ocupados em outras repartições'¹

A análise de tal dispositivo indica que a vedação da acumulação de cargos, empregos e funções públicas trata-se de fenômeno atemporal, constituindo-se como fato jurídico de grande repercussão sob diferentes aspectos jurídicos e também financeiros.

¹ Legislação Informatizada - **Decreto de 18 de Junho de 1822** - Publicação Original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/anterioresa1824/decreto-38944-18-junho-1822-568272-publicacaooriginal-91654-pe.html> Acesso em 10 de nov. de 2014.

Nesse contexto, inaugurou-se com aquele decreto a incidência legislativa formal a respeito deste tema que encontra influxos na elaboração dos textos constitucionais subsequentes até à nossa atual Constituição, marco instituidor do Estado Democrático de Direito na nação brasileira².

A predita vedação, por sua vez, ao delongar-se no tempo, manteve formalmente o seu desígnio, mas com motivações diversas. Nesse sentido, tem-se que alguns documentos normativos estabeleceram limitações a esta regra, como as Constituições de 1891 (art. 73), 1934 (art. 172), 1946 (art. 96, I, c/c art. 185), 1967 (art. 97) e 1988 (art. 37, XVI e XVII) e outras não, adotando a regra em seu caráter integral.

Registre-se que as Constituições de 1946 e 1967 exigiam compatibilidade de matérias para o exercício excepcional de mais de um cargo público, não sendo citada exigência parecida nos outros textos constitucionais brasileiros. Observa-se, não obstante, que o instituto é o mesmo, mas os pressupostos fáticos e jurídicos que se vinculam a esta previsão legal se modificaram ao longo do desenvolvimento da elaboração legislativa nacional.

2. REGRAMENTO DISPENSADO PELA CF/88 À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

2.1. Generalidades

Não obstante o caráter histórico da citada previsão legislativa, verifica-se que, atualmente, o sentido jurídico de tal regra dirige-se, sobretudo, a enfatizar a relevância e a excelência de que devem ser timbradas a prestação e a efetivação dos serviços públicos, bem como a assegurar, em igualdade de condições, o amplo acesso a cargos³, empregos⁴ e funções públicas⁵.

² Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt (Acumulação de cargos públicos. Considerações sobre a Emenda Constitucional nº 34. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3717>>. Acesso em: 28/4/2015) assinala que “desde a época do Brasil Colônia, há previsão da proibição de acumular cargos públicos, sempre com a intenção de alcançar uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos à comunidade, bem como afastar qualquer forma de privilégio na Administração Pública”.

³ Cf. art. 2º, Lei nº 8.112/90.

⁴ Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 16. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 235), “Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição”.

⁵ Cf. art. 37, V e IX, CF; art. 38, §§1º e 2º, art. 39, art. 61, I e art. 62, da Lei nº 8.112/90.

Desse modo, percebe-se que a existência material dos fatos que motivavam a vedação à aduzida cumulação comunica-se com os motivos que a originaram. Com relação a isso, pode-se citar o detalhado levantamento⁶ realizado por meio do cruzamento de dados em meados do ano de 2013 pelo Tribunal de Contas da Paraíba, cujo teor concluiu que quase 32 mil servidores no Estado tinham mais de um vínculo público.

Convém registrar que a citada vedação não se limita exclusivamente ao âmbito interno de cada pessoa jurídica de direito público interno. Do mesmo modo, o preceito proíbe que haja acumulação envolvendo, ao mesmo tempo, cargos, empregos ou funções integrantes da estrutura de diferentes entes políticos.

Conforme Marçal Justen Filho⁷, quando existe a imposição de dedicação exclusiva, será proibido o exercício de qualquer outra atividade remunerada, ou seja, a titularidade do cargo público pressupõe, impreterivelmente, caráter profissional, no que diz respeito à dedicação e à exclusividade do indivíduo mediante a função que desempenha. Em contrapartida, Hely Lopes Meirelles⁸ preceitua que, em virtude do melhor aproveitamento da capacidade técnica de determinados profissionais, a própria Constituição abre algumas exceções à regra da não acumulação.

Nesse sentido, a vigente lei constitucional brasileira, em seu artigo 37, estabelece algumas exceções a esse instituto no seu inciso XVI⁹. Aqui, importa ressaltar que apenas mediante a constatação acerca da existência de disponibilidade de horários é que se tornam possíveis as exceções previstas no texto

⁶ TCE-PB. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. **TCE identifica servidores com acúmulo de cargos em 564 órgãos públicos**. João Pessoa: TCE-PB, 2012. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/2012/07/tce-identifica-servidores-com-acumulo-de-cargos-em-564-orgaos-publicos/>> Acesso em 16 nov. 2014.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 598-599.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007. p 444.

⁹ "Art. 37 – Omissis
(...)
XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:
a) a de dois cargos de professor;
b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas"; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2014

constitucional¹⁰. O § 2º do art. 118 da Lei nº 8.112/90¹¹, expressamente, contempla essa exigência como condição para o exercício do direito à acumulação de cargos.

Registre-se, por oportuno, que o Parecer Vinculante AGU nº GQ-145/1998 adotou como limite aceitável uma carga horária total de sessenta horas semanais resultante do acúmulo¹². Por seu turno, o TCU¹³, que presentemente tem sido prestigiado pelo STJ¹⁴, tem entendido que as situações de acumulação de cargos e/ou empregos públicos que acarretem jornada de trabalho superior a sessenta horas semanais têm sido consideradas irregulares.

2.2. A acumulação de cargos, empregos e funções públicas e os princípios da eficiência e da economicidade

Ao observar-se o disposto no artigo 37 da Constituição, conclui-se que o pressuposto da não acumulação se debruça sobre os princípios da eficiência e da economicidade.

O princípio da eficiência, no qual devem pautar-se as ações da administração pública, prevê a maximização da efetividade na prestação do serviço público promovendo a satisfação do cidadão comum mediante o Estado¹⁵. O

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. INCIDÊNCIA.

1. A Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde quando há compatibilidade de horários. Precedente: RE 553.670-Agr/ MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 1/10/2010. (STF, ARE 823904, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJe-203, publ. Em 17/10/2014)

¹¹ “Art. 118 – (...)

§ 2º - A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários”.

¹² “Ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários. Com a superveniência da Lei nº 9.527, de 1997, não mais se efetua a restituição de estipêndios auferidos no período em que o servidor tiver acumulado cargos, empregos e funções públicas em desacordo com as exceções constitucionais permissivas e de má fé”

¹³ Cf. os seguintes Acórdãos: 2.133/2005 - 1ª Câmara; 533/2003 - 1ª Câmara; 400/2008 - 2ª Câmara; e 2.242/2007 - Plenário

¹⁴ O legislador infraconstitucional fixou para o servidor público a jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais, com a possibilidade de 2 horas de trabalho extras por jornada. Partindo daí, impõe-se reconhecer que o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o servidor se submeta a dois ou mais regimes de trabalho deve ser prestigiado, uma vez que atende ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. (REsp 1435549/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 3/12/2014)

¹⁵ De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**, 17.ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2004, p. 83), “o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao

princípio da economicidade, por sua vez, requer a execução do ofício público com o máximo de eficiência e o mínimo de custos, sendo corolário, portanto, do princípio anteriormente citado¹⁶.

Com efeito, proibir-se a acumulação, segundo perspectiva de ótica genérica, resumidamente, é um ato que se estrutura sobre o pressuposto fático de que, a princípio, o indivíduo não pode responder por dois cargos, empregos ou funções públicas em razão desse duplo encargo poder representar a ineficiência do serviço e gastos extras à administração pública por serviços mal prestados.

Ainda nesse contexto, ao restringir a acumulação apenas àqueles cargos que são remunerados, o constituinte parece permitir que o indivíduo imbuído pelo nobre sentimento de servir à administração pública, doando os seus préstimos em caráter gratuito, não será impedido de fazê-lo, não importando aqui, por sua vez, a incompatibilidade de horários nesse intento.

Cabe ressaltar ainda que, a ocupação de cargos, empregos ou funções públicas a título gratuito não constitui trabalho que possa ser negligenciado, haja vista que nesse caso o indivíduo compromete-se com todas as responsabilidades intrínsecas ao serviço público, mesmo não sendo remunerado para isso.

3. A SÚMULA 246, DO TCU, E A SUA INFLUÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL REFERENTE À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

A Súmula 246, do Tribunal de Contas da União (TCU), determina que “o fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerce em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois

modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.

¹⁶ Paulo Soares Bugarin (BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar. *Revista do TCU*, Brasília, v. 32, n. 87, jan./mar. 2001, p. 45) adverte que “o gestor público deve, por meio de um comportamento ativo, criativo e desburocratizante tornar possível, de um lado, a eficiência por parte do servidor, e a economicidade como resultado das atividades, impondo-se o exame das relações custo/benefício nos processos administrativos que levam a decisões, especialmente as de maior amplitude, a fim de se aquilatar a economicidade das escolhas entre diversos caminhos propostos para a solução do problema, para a implementação da decisão”.

que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias"¹⁷.

A predita redação remete-nos a uma contradição se correlacionada ao art. 37 da Constituição Federal. Ao proclamar que o indivíduo licenciado sem vencimentos de cargo ou emprego público fica impossibilitado de tomar posse em outro cargo ou emprego público, sob pena de incidir no exercício acumulativo vedado pelo art. 37, da Lex Magna, restou privilegiada a titularidade do cargo em detrimento da percepção de vantagens pecuniárias e do princípio da eficiência e da economicidade.

Assim, a Súmula 246, do TCU, considera que o sustentáculo da vedação da acumulação é o mero vínculo com a administração pública, não sendo relevante o fato do indivíduo não ser remunerado e/ou não deter disponibilidade para o exercício das funções de um segundo cargo¹⁸.

É preciso, antes de tudo, para compreender tal questão, verificar a incidência e a obrigatoriedade das súmulas no ordenamento jurídico pátrio. De modo geral, uma súmula representa o entendimento majoritário de um Tribunal a respeito de determinado assunto. Assim, com o seu advento, busca-se uniformizar as decisões da instituição de modo a efetivar a aplicação do direito no caso concreto da maneira mais isonômica possível¹⁹.

Havendo reiteradas decisões do STF acerca de temas constitucionais, mediante o quórum específico de 2/3 de seus membros, este poderá editar a chamada súmula vinculante (EC 45/04; Lei nº 11.417/06), cujo entendimento passa a ser obrigatório para todos os tribunais e juízes²⁰. A súmula vinculante

¹⁷ Súmulas jurídicas. **Súmula 246 do TCU**. Disponível em: <http://sumulasjuridicas.blogspot.com.br/2009/03/sumula-246-do-tcu.html> Acesso em: 16 nov.2014.

¹⁸ "1. A regra consagrada pela Constituição Federal em seu artigo 37, XVI, e pelo artigo 133 da Lei nº 8.112/90 consagra a impossibilidade de acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, sendo que o imetrante não se enquadra nas exceções elencadas no artigo 37, XVI, a, b e c, além do que os dois cargos públicos a ele conferidos (Analista Judiciário Executante de Mandados - Diretor de Escola Estadual) exigiam dedicação integral. 2. Irrelevante o fato do imetrante haver se afastado sem percepção de vencimentos do segundo cargo, pois o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias (Súmula nº 246 do TCU), até porque, apesar disso, recebia "jeton" como membro do Conselho Estadual de Educação desde 1995. 3. Não há que se falar em ilegalidade do ato administrativo emanado do MM. Juiz Federal Diretor do Foro, tendo em vista que foram observadas todas as formalidades requeridas pelo artigo 133 da Lei nº 8.112/90. 4. Segurança denegada.". TRF-3 MANDADO DE SEGURANÇA: MS 38713 SP 2008.03.00.038713-4. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19304737/mandado-de-seguranca-ms-38713-sp-20080300038713-4-trf3>> Acesso em 16 nov. 2014.

¹⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

²⁰ CF, art. 103-A: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas

só se refere às decisões sumuladas do STF e obriga a todos os magistrados bem como a Administração Pública, sendo resultado de um processo peculiar de aprovação.

Há ainda as chamadas súmulas impeditivas de recursos, contra as quais não cabem recursos de apelação quando a sentença for prolatada em conformidade com súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou em conformidade com súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF)²¹. Mas, neste caso, a súmula impeditiva de recurso não impede que os magistrados de primeiro grau decidam de forma diversa, constituindo mera tentativa de impedir a subida de um recurso, com vistas a tentar desafogar o Judiciário brasileiro.

Quanto às súmulas vinculantes, elas buscam impor uma mesma conduta a todos os membros do Poder Judiciário e à administração pública, submetendo-os a um entendimento consolidado dos tribunais superiores, tendo força semelhante aos atos normativos.

De seu turno, a criação do Tribunal de Contas da União é contemporânea ao próprio surgimento da República — Constituição de 1891. Esse tribunal não tem natureza jurisdicional, mas sim administrativa, e é ligado ao Poder Legislativo. Composto por nove ministros indicados pelo Congresso e pelo Presidente da República, as suas competências estão elencadas no artigo 71, da CF²².

Desse modo, tendo em vista a previsão constitucional das atribuições do Tribunal de Contas da União e a efetiva incidência dos dispositivos legais reconhecidos pelo nome de súmula, constata-se que a aduzida Súmula 246, do TCU, não é vinculante e nem impeditiva de recursos.

esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

²¹ Lei 11.276/2006

²² “Art. 71 – O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2014.

Logo, os julgados fundamentados nesse precedente estão suscetíveis a recursos que podem vir a confirmar ou afastar a sua incidência. Porém, resta ainda a contradição no concernente ao pressuposto fático da vedação da acumulação de cargos instituída no art. 37 da Constituição Federal.

4. NOSSO POSICIONAMENTO

Examinado o teor do inciso XVI, do art. 37, da CF, verifica-se que um indivíduo licenciado de cargo, emprego ou função pública, sem remuneração, não incorre em qualquer ilegalidade caso assuma outro cargo, emprego ou função pública, já que nesse caso supõe-se que ele disponha de tempo para a realização das funções inerentes a sua ocupação, bem como contata-se a inexistência de gastos excessivos e desnecessários à administração pública.

No entanto, com o advento da Súmula 246, do TCU, decidiu-se que mesmo o indivíduo estando licenciado e não recebendo remuneração, ele se situa na vedação constitucional do art. 37, pois este mandamento normativo grava o instituto da acumulação ao mero vínculo com a administração pública.

A respeito disso, assevera José dos Santos Carvalho Filho²³:

"É perfeitamente legítimo e equânime que o servidor se licencie do cargo anterior ou ajuste a suspensão do contrato de trabalho, sempre sem remuneração (vencimentos ou salário), e seja empossado no cargo ou emprego da nova carreira. Tal situação em nenhuma hipótese ofenderia o art. 37, XVI, da CF, que alude à acumulação remunerada de cargos. Se o mandamento, que tem cunho restritivo, diz que a acumulação vedada é a remunerada, não pode o intérprete ampliar o âmbito da restrição. Na verdade, impedir a investidura do servidor licenciado ou com contrato de trabalho suspenso, sem remuneração, provoca ofensa ao princípio do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, XIII, da CF".

Já Maria Sylvia di Pietro²⁴ professa que "é importante assinalar que a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados".

Em sentido contrário, a Súmula 246, do TCU, preceitua ainda em sua ementa que deverão ser restituídos os valores recebidos decorrentes da acumulação indevida, considerada como benefício pecuniário sem contraprestação laboral. Veja na íntegra:

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 584.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 509.

Na hipótese de acumulação indevida de cargo(s) e/ou emprego(s) público(s) que enseje o recebimento concomitante de remunerações, havendo impossibilidade fática de acumulação das jornadas de trabalho, deverão ser restituídos os valores recebidos sem a correspondente contraprestação laboral.²⁵

Contudo, reafirmamos nossa posição segundo a qual se mostra acertada as opiniões de Maria Sylvia di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho. Isto porque adotamos como pressuposto o fato de o texto constitucional não autorizar que a acumulação não remunerada, observada nos casos de licença, configura como exercício acumulativo de cargos, empregos ou funções públicas vedado pelo art. 37, inciso XVI.

No entanto, outras perspectivas desse instituto sumular, bem como a correlação entre a supremacia do interesse público e dos direitos individuais devem ser verificadas.

5. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

Ao projetar a análise do caso sob a perspectiva de uma interpretação sistemática, cuja conclusão observa a integração de fatores marginais ao caso para propor uma solução equilibrada com relação aos fatores que a influenciam, vê-se que o vínculo (remunerado) com a administração incorre na acumulação e pode ensejar a devolução de remuneração recebida enquanto esta é constatada.

Ora, uma preliminar análise evidencia o desacerto da citada Súmula 246, do TCU, pretender considerar o “exercício acumulativo” duplo vínculo com a administração, sendo um destes não remunerado, haja vista que, nessa situação, o indivíduo não está causando prejuízos ao Erário e tampouco está sendo ineficiente, já que ele se encontra licenciado.

Por outro lado, os números alarmantes que representam os casos de acumulação de cargos, empregos e funções públicas ocorridos ilegalmente no Brasil, de certo modo, explicam aquela interpretação restritiva do dispositivo constitucional consagrada pelo TCU.

De fato, o levantamento de dados citado anteriormente pelo Tribunal de Contas da Paraíba²⁶, por meio do cruzamento das folhas de pagamento dos servidores estaduais e municipais, em 564 órgãos do Governo do Estado, Ministério Público, Câmaras, Assembleia Legislativa, Prefeituras e Autarquias,

²⁵ Súmulas jurídicas. **Súmula 246 do TCU**. Disponível em: <<http://sumulasjuridicas.blogspot.com.br/2009/03/sumula-246-do-tcu.html>> Acesso em: 16 nov. 2014.

²⁶ TCE-PB. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. **TCE identifica servidores com acúmulo de cargos em 564 órgãos públicos**. João Pessoa: TCE-PB, 2012. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/2012/07/tce-identifica-servidores-com-acumulo-de-cargos-em-564-orgaos-publicos/>> Acesso em 16 nov. 2014

denuncia um número alarmante de servidores naquele Estado que acumulavam cargos, empregos ou funções públicas, quase 32 mil, ao todo.

E mais: é possível que números ainda mais preocupantes possam ser constatados em uma verificação de abrangência nacional.

De todo modo, desvincular definitivamente um servidor de um cargo quando este assume outra ocupação no âmbito do serviço público, torna menos complexa a quantificação de pessoal necessário ao aparelhamento do serviço público, que necessita, constantemente, de convocações via concursos públicos para suprir a carência de vagas de modo a prestar com efetividade os serviços de ordem pública à população.

Tal possibilidade, por sua vez, revela outro aspecto do princípio da eficiência, ou seja, muitos servidores licenciados para assumir novos cargos, podendo estes voltar aos seus antigos postos ao seu bel-prazer, causaria instabilidade do serviço público, de modo que a população sairia prejudicada. Essa propositura parece insignificante em pequenas análises, porém, ao imaginar o caso segundo a dimensão continental do território brasileiro, percebe-se que isso pode gerar um fator de ineficiência e até de grandes fraudes no serviço público.

Por outro lado, se para assumir novo cargo o indivíduo tiver que se desvincular definitivamente de outro, ele poderá sentir-se lesado por alguns motivos de ordem prática. Dentre outros, pode-se citar a reprovação no estado probatório da nova ocupação e até a transferência inesperada para outra Unidade da Federação, fato esse que costuma ser acompanhado de grande insatisfação e até do abandono do cargo. Assim, o indivíduo que sofrer despropósitos desta seara, não poderá retornar ao seu cargo anterior, posto que já terá se desfeito deste, irremediavelmente.

Com relação a isso, há que se fazer um sopesamento de direitos e condições relacionadas ao caso, evidenciando-se a primazia do interesse público sem, contudo, menosvalorizar os direitos individuais, levando-se em conta a complexidade das relações que envolvem a sociedade, as decisões judiciais e o ordenamento jurídico, como um todo.

6. CONCLUSÃO

A vedação ao acúmulo de cargos, empregos e funções públicas, na forma prevista na vigente ordem constitucional, detém como pressuposto de fundamentação os princípios da eficiência e da economicidade, devendo ser configurada a partir da dupla contraprestação pecuniária recebida pelo agente.

Já a Súmula 246, do TCU reconhece a presença de acumulação indevida à ocorrência do mero vínculo com a administração pública. Tal previsão tem o

intuito de consolidar este entendimento de modo a dificultar as fraudes decorrentes da acumulação ilegal de cargos, empregos e funções evidentes no âmbito do serviço público brasileiro.

Porém, devem ser preservados os interesses do cidadão comum ocupante de cargo público que venha a ser aprovado em outro concurso e que se licencie sem remuneração, não se admitindo que essa opção configure hipótese de acumulação vedada pelo inciso XVI, do art. 37 da CF.

A interpretação ora propugnada prestigia o ordenamento jurídico como um todo, preservando-se o interesse social em consonância com os interesses individuais de maneira a consolidar os ideais democráticos instituídos pelo Estado de Direito no qual a nação brasileira se pauta e se constitui.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Acumulação de cargos públicos. Considerações sobre a Emenda Constitucional nº 34. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3717>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 823904, Relator Min. Luiz Fuz, Primeira Turma, Dje-203, publ. em 17/10/2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25294904/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-823904-ap-stf> > Acesso em: 11/05/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1435549/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 3/12/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155084596/recurso-especial-resp-1435549-ce-2013-0405219-8>> Acesso em: 11/05/2015

_____. TRF-3 MANDADO DE SEGURANÇA: MS 38713 SP 2008.03.00.038713-4. Rel. Desembargador Federal Johonsom DI Salvo, Dje 19/05/2011. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19304737/mandado-de-segurança-ms-38713-sp-20080300038713-4-trf3>> Acesso em 16 nov. 2014.

BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar. *Revista do TCU*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Legislação Informatizada — **Decreto de 18 de Junho de 1822** — Publicação Original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/anterioresa1824/decreto-38944-18-junho-1822-568272-publicacaooriginal-91654-pe.html> Acesso em 10 de nov. de 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

TCE-PB. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. **TCE identifica servidores com acúmulo de cargos em 564 órgãos públicos**. João Pessoa: TCE-PB, 2012. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/2012/07/tce-identifica-servidores-com-acumulo-de-cargos-em-564-orgaos-publicos/>> Acesso em 16 nov. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

SÚMULAS JURÍDICAS. **Súmula 246 do TCU**. Disponível em: <<http://sumulasjuridicas.blogspot.com.br/2009/03/sumula-246-do-tcu.html>> Acesso em: 16 nov. 2014.

* Recebido em 11/02/2015.



TRIBUNAIS MISTOS: UMA ANÁLISE DO CONCEITO

*Danielle Annoni**

*Camila Dabrowski de Araujo Mendonça***

Resumo

A criação de tribunais mistos representa uma nova fase no desenvolvimento do Direito Penal Internacional e seu papel nesse cenário ainda está se consolidando. O presente trabalho tem como objetivo discutir a conceituação desse novo tipo de tribunal, com especial foco na identificação de elementos definidores dos mesmos. Nesse sentido, entende-se que os tribunais mistos são jurisdições penais compostas por elementos nacionais e internacionais, diferenciando-se, portanto, das jurisdições penais puramente nacionais e puramente internacionais. Após a apresentação dos casos existentes de tribunais mistos — Timor Leste, Kosovo, Bósnia Herzegovina, Serra Leoa, Camboja, Líbano e Senegal — identifica-se algumas características comuns a eles, visando a identificação de elementos definidores. Tal análise permite avaliar que, longe de ser um modelo rígido, é possível identificar elementos que permitem agrupar tais jurisdições em um mesmo conceito, apesar das particularidades de cada caso.

Palavras-chave

Tribunais Mistos. Direito Internacional Público. Direito Penal Internacional.

MIXED COURTS: AN ANALYSIS OF THE CONCEPT

Abstract

The creation of mixed courts and tribunals represents a new phase in development of International Criminal Law and its role in this scenario is still evolving. This paper aims to discuss the conceptualization of this new type of tribunals and courts, focusing in identifying its defining elements. Mixed tribunals and courts as jurisdictions based on national and international elements, different, thus, from purely national or purely international jurisdictions. After the presentation of the existing mixed tribunals and courts — East Timor, Kosovo, Bosnia Herzegovina, Sierra Leone, Cambodia, Lebanon and Senegal — some common characteristics between them are presented, aiming to identify defining elements. This analysis show that, far from being a rigid model, it is possible to group these jurisdictions under one concept, in spite of the particularities of each case.

* Doutora em Direito Internacional pela UFSC. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC. Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos na UFPR. Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos e Titular da Cátedra Sergio Vieira de Mello do ACNUR, ambos pela UFSC.

** Doutoranda em Direito (UFSC). Mestre em Direito (UFSC). Bacharel em Relações Interacionais (UNICURITIBA). Bacharel e licenciada em História (UFPR). Bolsista do CNPq.

Keywords

Mixed Courts. Public International Law. International Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o direito penal é uma das principais marcas da atuação de um Estado soberano. Contudo, observou-se alterações na natureza da violência perpetrada no cenário internacional. Assim, fez necessário, além da atuação estatal, a criação de outras formas de punição dos responsáveis por graves crimes internacionais. Nesse sentido, na segunda metade do século XX observa-se a criação de mecanismos jurisdicionais, inclusive de natureza internacional, que permitiriam levar os perpetradores de tais crimes a justiça, ou seja, dada a natureza e a gravidade dos crimes em questão, percebeu-se que somente o Estado não era mais capaz de responder a todas as situações. É nesse sentido que se apresenta o histórico de criação do direito penal internacional.

De forma geral, considera-se que o primeiro grande marco nesse processo foi a criação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio ao final da Segunda Guerra Mundial. Ainda que tivessem ocorrido tentativas anteriores de criação de tribunais internacionais para julgar responsáveis por graves crimes, por exemplo, a previsão no Tratado de Versalhes de 1919 para a criação de um tribunal que julgaria os criminosos de guerra alemães da Primeira Guerra Mundial, somente no pós-Segunda Guerra é que ocorre a efetiva criação de tribunais internacionais penais com competência para julgar indivíduos responsáveis por graves crimes que afetam a comunidade internacional e a humanidade.

Durante a Guerra Fria o direito penal internacional pouco se desenvolveu, porém, já na década de 1990 a eclosão de diversos conflitos regionais deu um novo impulso a esse processo. Em resposta à violência desses conflitos, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) criou, por meio da Resolução 827, de 25 de maio de 1993, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) e, por meio da Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Nessa segunda fase de criação de tribunais penais internacionais, as jurisdições se caracterizam, entre outros elementos, por sua natureza *ad hoc*, uma vez que foram criadas para lidar com situações temporal e geograficamente delimitadas.

O terceiro grande marco nesse processo foi a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). Baseado no Estatuto de Roma de 1998, o TPI entrou em vigor em 1º de julho de 2002, constituindo-se como o primeiro tribunal internacional penal de caráter permanente.

Observou-se, então, o surgimento de um terceiro tipo de tribunal penal no cenário internacional: os tribunais mistos. Diferentes das clássicas jurisdições penais nacionais e dos tribunais penais internacionais, essa nova categoria de tribunal se caracteriza pela coexistência de elementos nacionais e internacionais em sua estrutura. Identifica-se a existência de tribunais mistos nos casos de Timor Leste, Kosovo, Bósnia Herzegovina, Serra Leoa, Camboja, Líbano e Senegal.

O objetivo do presente trabalho é analisar o conceito de tribunais mistos, principalmente no que diz respeito a identificação das características definidores desse tipo de tribunal. Para tal, primeiro se apresentará uma discussão sobre a nomenclatura mais adequada para a denominação de tais tribunais. Na sequência serão apresentados os tribunais existentes. Por fim, elencam-se as características comuns aos casos apresentados, visando identificar quais podem ser consideradas como elementos definidores de um tribunal misto.

2. NOMENCLATURA

Primeiramente é preciso diferenciar entre tipos distintos de jurisdições penais. As jurisdições “puras” são aquelas compostas por apenas um elemento: o nacional ou o internacional. As jurisdições puramente nacionais são, portanto, as cortes penais que compõe o sistema judiciário nacional de cada Estado. Já os tribunais puramente internacionais são “denominados ‘puros’ na medida em que revelam um processo de construção internacional [...] uma composição exclusiva de juízes internacionais, aplicação de regras procedimentais e substanciais de Direito Internacional Penal, e possuir sua sede em um território diverso do Estado no qual se cometem os crimes. Parte-se, portanto, de elementos essenciais capazes de harmonizá-los em um modelo comum. No processo de construção e mesmo nas atividades desenvolvidas por esses Tribunais, inexiste a composição de elementos nacionais, daí denominá-los puramente internacionais.” (LIMA, 2012, p. 19). Considera-se como tribunais penais puramente internacionais os tribunais militares do pós-Segunda Guerra Mundial, os tribunais *ad hoc* e o Tribunal Penal Internacional.

Além dos tribunais puros, nacionais ou internacionais, passa-se a discussão dos tribunais mistos, assim denominados por serem compostos por uma combinação de elementos nacionais e internacionais.

As diversas análises sobre esse novo modelo de tribunal penal no cenário internacional indicam que há uma multiplicidade de possibilidades terminológicas para referir-se a ele. Nesse sentido, observou-se que diversos autores empregam termos distintos, entre eles, “cortes/tribunais híbridos”, “cortes/tribunais mistos”, “cortes/tribunais internacionalizados”, “cortes/tribunais semi-internacionalizados”, “cortes/tribunais domésticos internacionalizados”, entre

outros (NOUWEN, 2006, p. 192)¹. Assim sendo, é preciso optar por alguma das diversas terminologias possíveis.

A partir da análise das instituições existentes, pode-se observar que, em todos os casos apresentados, ocorre uma mistura entre componentes nacionais e internacionais, em especial no que diz respeito à participação tanto de pessoal nacional quanto internacional. Nesse sentido, o termo **misto**, utilizado para indicar a coexistência de elementos de naturezas distintas, ou seja, a presença de elementos de origem interna e internacional na constituição dos tribunais em questão, parece ser o mais adequado.

Em paralelo, pode-se esboçar uma segunda abordagem terminológica para esta questão. Partindo da forma de criação dos tribunais, de sua natureza e de sua relação com as jurisdições nacionais, Williams (2012) propõe que os tribunais mistos sejam separados em duas categorias distintas, os tribunais **internacionalizados** e os tribunais **híbridos**.

Os tribunais criados por meio de legislação nacional e que são parte do judiciário nacional são os **tribunais internacionalizados**². Os tribunais no Timor Leste, Kosovo, Bósnia, Camboja e Senegal podem ser enquadrados neste conceito, uma vez que a participação internacional foi inserida no sistema judiciário já existente, mesmo que em uma câmara isolada, como nos casos do Camboja, Bósnia e Senegal (WILLIAMS, 2012).

Já os **tribunais híbridos** são aqueles que se aproximam mais do modelo de tribunal puramente internacional. Estes tribunais, como o para Serra Leoa e o para o Líbano, atuam de forma independente do Estado afetado e do órgão internacional que os criou. Sua criação se dá por acordo internacional ou por resolução do Conselho de Segurança e é o fato de serem constituídos também por elementos de origem nacional, seja pessoal seja da norma aplicável, que os distingue de jurisdições puramente internacionais (WILLIAMS, 2012, p. 250).

Avalia-se que a opção pela internacionalização do sistema judiciário doméstico, ou seja, a criação de tribunais internacionalizados, seja mais frequente pois permite um respeito mais amplo à soberania nacional. A criação de um tribunal híbrido representa, de certa forma, que em determinada situação havia necessidade de intervenção internacional mais incisiva.

¹ Os termos, em inglês, são “hybrid courts/tribunals”, “mixed courts/tribunals”, “internationalized courts/tribunals”, “semi-internationalized courts/tribunals”, “internationalized domestic courts/internationalized domestic tribunals”.

² *Internacionalização* adotada não no sentido estrito de “tornar internacional” (AULETE, 2011, p. 807), ou seja, não no sentido de tornar a corte doméstica uma corte puramente internacional, mas de inserção de um elemento internacional em uma instituição até então puramente nacional.

Considera-se, portanto que todas as instituições supracitadas são tribunais **mistas**, uma vez que apresentam uma combinação de elementos nacionais e internacionais. Destas, a Corte Especial para Serra Leoa e o Tribunal Especial para o Líbano são **tribunais híbridos**, já que não se vinculam a nenhum órgão nacional ou internacional e se aproximam mais do modelo internacional. As demais, ou seja, os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste, o Programa de Juízes e Promotores Internacionais no Kosovo, a Câmara de Crimes de Guerra na Bósnia-Herzegovina, as Câmaras Extraordinárias do Camboja nas Cortes do Camboja e as Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês, são **tribunais internacionalizados**, vinculados ao sistema judiciário doméstico, porém que apresentam elementos internacionais em sua constituição e funcionamento.

A criação dos tribunais mistos é uma resposta diferente às graves violações internacionais que tem como objetivo não apenas a punição dos responsáveis por crimes internacionais, mas também a inserção do sistema judiciário nacional no processo de julgamento. Nesse sentido, podem ser destacadas duas possíveis vantagens na sua atuação. Em primeiro lugar, essa alternativa às cortes puramente internacionais poderia promover o fortalecimento das estruturas judiciais nacionais com a adoção dos parâmetros internacionais nos julgamentos (LIMA, 2012, p. 19), e a capacitação do pessoal nacional por meio da experiência fornecida pelo trabalho lado a lado com pessoal internacional (CASSESE, 2003, p. 237). Em segundo lugar, a inserção do judiciário nacional nos julgamentos de perpetradores de graves crimes, junto a participação internacional, pode fortalecer o sentido de legitimidade aos julgamentos, além de permitir uma maior proximidade da população com o processo, o que pode auxiliar na reconstrução nacional (MÉGRET, 2005; NOUWEN, 2006, p. 198). A grande desvantagem, percebida por Pocar (2004, p. 307) e discutida por Higonnet (2006) é a possibilidade de que esses tribunais, sendo instituições distintas e independentes, entre si e de outras jurisdições nacionais ou internacionais, produzam jurisprudência não-uniforme, levando à fragmentação do direito penal internacional e à descaracterização dos crimes internacionais, que poderiam ser interpretados de forma distinta por cada jurisdição.

Os casos mais comumente citados de tribunais mistos são: Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste, o Programa de Juízes e Promotores Internacionais no Kosovo, a Câmara de Crimes de Guerra na Bósnia-Herzegovina, a Corte Especial para Serra Leoa, as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, o Tribunal Especial para o Líbano e as Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês.

Cada caso apresenta diversas especificidades, desde sua forma de criação, composição, norma aplicável e vinculação com o sistema judiciário nacio-

nal. Essa característica é decorrente do que se entende como a própria natureza desses tribunais: sua criação é em função das necessidades específicas de cada caso e, assim sendo, são estruturados para respondê-las.

Diversos autores debatem a questão da definição do conceito de tribunal misto. Nesse âmbito de discussão, alguns elementos característicos recebem grande destaque, entre eles, a participação de pessoal nacional e internacional e a aplicação de normas de origem mista, ou seja, tanto nacional quanto internacional. Além desses, outros elementos são também citados, tais quais a base jurídica dos tribunais, a localização do tribunal, o exercício de função judicial penal, seu caráter temporário ou *ad hoc*, a participação da comunidade internacional, em especial na figura das Nações Unidas, e a forma de financiamento.

Inicialmente o enfoque de análise será sobre o contexto de criação dos tribunais, visando compreender as situações que deram origem às violações em questão, bem como a forma pela qual se consolidou a assistência internacional em cada caso. Por fim, tendo delimitado o contexto e a terminologia empregada, apresenta-se uma discussão a respeito da existência ou não de uma definição única para as intuições em questão, analisando os elementos indicados como característicos destes tribunais.

3. TRIBUNAIS MISTOS EXISTENTES

Em um primeiro momento será apresentada a contextualização da criação dos tribunais existentes, indicando tanto a situação nacional, de conflito armado e/ou de graves violações de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, quanto a forma de inserção do auxílio internacional. De forma geral, a existência de tribunais híbridos e internacionalizados é identificada nos casos do Timor Leste, Kosovo, Bósnia-Herzegovina, Serra Leoa, Camboja, Líbano e Senegal. Há outras situações que alguns autores consideram que se inserem no modelo de tribunal misto, como por exemplo o caso do Iraque, que, devido a mudanças em seu Estatuto dificilmente pode ser inserido nesse modelo.

3.1. Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste

Ex-colônia portuguesa no sudeste asiático, o Timor Leste tem sua única fronteira terrestre com a Indonésia. Após sua independência como colônia portuguesa em 1974, o território, que ocupa a porção oriental da ilha de Timor, foi invadido pela Indonésia. Essa invasão provocou um grande número de mortes e atos de violência. Tendo sido anexado como uma província indonésia, o Timor Leste passa por um plebiscito em 1999 e, visando acompanhar esse processo e garantir sua conformidade, a Organização das Nações Unidas (ONU) lançou a Missão das Nações Unidas no Timor Leste (*United Nations*

Mission on East Timor, UNAMET) por meio da Resolução 1246, de 11 de junho de 1999. Expressiva maioria dos leste-timorenses votaram pela independência em relação à Indonésia, porém, em resposta a vontade popular, milícias indonésias promoveram diversos atos de violência, inclusive contra o pessoal das Nações Unidas que supervisionava o plebiscito.

Diante desse panorama, o Conselho de Segurança, com a autorização da Indonésia, criou, por meio da Resolução 1264 de 15 de setembro de 1999, a Força Internacional no Timor Leste (*International Force for East Timor, INTERFET*) para garantir a segurança da UNAMET. Em outubro do mesmo ano, o Conselho de Segurança estabeleceu a Administração Transitória das Nações Unidas para o Timor Leste (*United Nations Transitional Administration in East Timor, UNTAET*), por meio da Resolução 1272, de 25 de outubro³. Essa administração transitória da ONU deveria administrar o país até a efetivação da independência prevista pelo plebiscito e a formação de um governo nacional⁴.

Dentre outras ações, a UNTAET deveria auxiliar na reconstrução da estrutura judiciária leste-timorense. Nessa perspectiva, por meio do Regulamento 2000/15, a UNTAET criou os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste⁵, inseridos dentro da estrutura judiciária estatal. Os Painéis seriam compostos por três juízes, dois internacionais e um nacional, podendo ser cinco juízes, três internacionais e dois nacionais, dependendo da importância ou gravidade do caso (UNITED NATIONS TRANSITIONAL ADMINISTRATION IN EAST TIMOR, 2000, section 22).

O Regulamento 2000/15 da UNTAET, que estabeleceu os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste prevê que estes teriam jurisdição exclusiva sobre os crimes de assassinato (UNTAET, 2000, section 8) e ofensas sexuais (UNTAET, 2000, section 9) previstos no Código Penal do Timor Leste. Prevê também que os Painéis teriam jurisdição sobre crimes internacionais, sendo eles: genocídio (UNTAET, 2000, section 4), crimes contra a humanidade

³ “1. Decides to establish, in accordance with the report of the Secretary-General, a United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET), which will be endowed with overall responsibility for the administration of East Timor and will be empowered to exercise all legislative and executive authority, including the administration of justice;

2. Decides also that the mandate of UNTAET shall consist of the following elements:

(a) To provide security and maintain law and order throughout the territory of East Timor;
(b) To establish an effective administration;
(c) To assist in the development of civil and social services;
(d) To ensure the coordination and delivery of humanitarian assistance, rehabilitation and development assistance;
(e) To support capacity-building for self-government;
(f) To assist in the establishment of conditions for sustainable development”. SECURITY COUNCIL. *Resolution 1272 - Adopted by the Security Council at its 4057th meeting, on 25 October 1999.*

⁴ Destaca-se que o Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, que atuou como o administrador de transição do Timor Leste foi o brasileiro Sérgio Viera de Mello.

⁵ No original, em inglês, “*Special Panels for Serious Crimes in East Timor*”.

(UNTAET, 2000, section 5), crimes de guerra (UNTAET, 2000, section 6) e o crime de tortura (UNTAET, 2000, section 7).

Em maio de 2002, encerrou-se o mandato da UNTAET e a responsabilidade pelas atividades dos Painéis Especiais foi transferida para o Departamento de Justiça timorense. No entanto, a Missão das Nações Unidas de Apoio ao Timor Leste (*United Nations Mission of Support in East Timor*, UNMISSET), sucessora da UNTAET, assumiu a responsabilidade pelo financiamento e supervisão das atividades dos Painéis Especiais (WILLIAMS, 2012, p. 97). Em 2005 o Conselho de Segurança encerrou as atividades de assistência internacional no Timor Leste, gerando uma série de dificuldades. Sem a participação de pessoal internacional, era necessário que se fizesse uma adequação na legislação, tornando possível que casos, até então sob a jurisdição exclusiva dos painéis mistos, pudessem ser julgados por painéis exclusivamente nacionais. Percebeu-se também a incapacidade do judiciário timorense para dar continuidade aos processos sem auxílio internacional (WILLIAMS, 2012, p. 98).

Frente a esse panorama, o Secretário Geral das Nações Unidas inicia um diálogo com o Conselho de Segurança, buscando alternativas para que o processo de responsabilização iniciado no Timor Leste pudesse ser continuado. Em 2006, por meio da Resolução 1704 de 25 de agosto, o Conselho de Segurança autorizou a Missão Integrada das Nações Unidas no Timor Leste (*United Nations Mission in East Timor*, UNMIT), sendo um de seus componentes a Equipe de Investigação de Crimes Graves (*Serious Crimes Investigation Team*, STIC). Diferente de sua antecessora, o papel da UNMIT é no sentido de auxiliar o Procurador Geral do Timor Leste a concluir os casos mais relevantes de violações de direitos humanos (WILLIAMS, 2012, p. 99)⁶.

Em paralelo, o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD) e alguns Estados desenvolveram um projeto para fortalecer o sistema judiciário leste-timorensa⁷. De forma semelhante aos painéis criados

⁶ O mandato da UNMIT encerrou-se em dezembro de 2012.

⁷ Em 2005 uma equipe de quatro brasileiros foi enviada para o Timor Leste. Antônio Carlos Osório Nunes, promotor público de Taubaté, no interior de São Paulo, Dora Aparecida Martins de Moraes, juíza de São Paulo, Orlando Vianna Jr., defensor público do Rio de Janeiro, e Vânia Renault Bechara Gomes, também defensora pública do Rio de Janeiro foram enviados por meio de acordo entre a Agência Brasileira de Cooperação e o PNUD do Timor Leste. No período de um ano em que ficam no Timor Leste, a equipe deveria, além de trabalhar lado a lado com os colegas timorense, dar aulas para juízes, promotores e defensores no Centro de Formação Jurídica do país, bem como debater questões como a importância do Sistema Judiciário com os profissionais locais. Informação disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=419>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2014.

Em 2013, líderes de instituições judiciais do Timor Leste e representantes do Programa de Justiça do PNUD (UNDP's Justice System Programme) se reuniram para elaborar o plano de ação, a ser implantado entre 2013 e 2018, da assistência do PNUD no desenvolvimento do sistema judiciário nacional. Informação disponível em: <http://www.tl.undp.org/content/timor_leste/en/home/presscenter/articles/2013/10/01/government-leaders-and-undp-discuss-new-programme-to-strengthen-justice-system/>. Acesso em 07 de fevereiro de 2014.

pela UNTAET, com auxílio internacional, em especial de Portugal e do Brasil⁸, foram estabelecidos em 2010 e 2011 novos painéis mistos para o julgamento de crimes graves.

3.2. Programa de Juízes e Promotores Internacionais no Kosovo

Província autônoma da Sérvia, o Kosovo teve sua autonomia até 1990, quando esta foi revogada pelo governo central sérvio. Semelhante ao caso do Timor Leste em relação a Indonésia, o Kosovo encontrava-se em uma situação de conflito contra a dominação da Sérvia. Frente à tomada de grandes proporções do conflito, ocorreu uma intervenção da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), após a qual se estabeleceu um plano de paz. Criou-se, então, a Missão de Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*, UNMIK), por meio da Resolução 1244, de 10 de junho de 1999, do Conselho de Segurança. Contudo, o Kosovo não havia conseguido a independência total da Sérvia, apenas uma ampla autonomia. De forma similar ao que ocorreu no Timor Leste, coube à missão da ONU administrar o território até a constituição de um governo local (LIMA, 2012, p. 186-192).

Uma das ações da administração da ONU foi reconstrução do sistema judiciário kosovar⁹, visando o bom funcionamento e em decorrência da pouca experiência do pessoal local, a administração da ONU inseriu, por meio do Regulamento 2000/6 a participação de juízes e promotores internacionais na

⁸ Em 2001, o juiz brasileiro Marcelo Dolzany da Costa, da Justiça Federal em Minas Gerais, foi enviado para o Timor Leste, atuando como presidente do Painel Especial para Crimes Graves. Informação disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=608:noticias_antigas_543&catid=40:noticias>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

Em 2008 o juiz brasileiro José Barroso Filho, da Justiça Militar de Manaus, foi enviado para atuar no Timor Leste. Informação disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-02-13/brasileiro-e-indicado-pela-onu-para-atuar-como-juiz-internacional-no-timor-leste>>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

Em 2012 o juiz Joemilson Donizetti, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, foi selecionado para integrar um projeto das Nações Unidas com o objetivo de fortalecimento da Justiça no Timor Leste, atuando como assessor jurídico das autoridades leste-timorense. Informação disponível em: <<http://www.correioduberlandia.com.br/cidade-e-regiao/juiz-de-uberlandia-viaja-para-integrar-comissao-brasileira-em-projeto-da-onu/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

⁹ No Regulamento 1999/1, que define a autoridade da administração interina no Kosovo, indicou-se que a legislação aplicável no Kosovo continuaria sendo a legislação iugoslava, vigente antes de 24 de março de 1999, desde que não conflitantes com padrões de direito humanos internacionalmente reconhecidos e com os regulamentos da UNMIK. Os juízes kosovares se recusaram a aplicar tal legislação, pois a consideravam um instrumento da dominação sérvia sobre o Kosovo. Sendo assim, a UNMIK emitiu o Regulamento 2000/24, que altera a legislação aplicável para aquela vigente no Kosovo em 22 de março de 1989, anteriormente a invasão sérvia, desde que não conflite com os regulamentos da UNMIK e com padrões de direito humanos internacionalmente reconhecidos.

corte do distrito de Mitrovica. Por meio do Regulamento 2000/34, ampliou-se a participação de juízes e promotores internacionais em todas as cortes do território do Kosovo, criando o chamado Programa de Juízes e Promotores Internacionais no Kosovo¹⁰. Esses juízes e promotores atuariam em casos que envolvessem crimes internacionais, tais quais genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, bem como crimes comuns que tivessem fundamento étnico (LIMA, 2012, p. 201-202).

O Regulamento 2000/64 ampliou a possibilidade de inserção do pessoal internacional para qualquer instância da estrutura judicial, permitindo que qualquer uma delas receba pessoal internacional, tanto juízes quanto promotores (LIMA, 2012, p. 192-196)¹¹. Destaca-se que, como essa participação seria decidida caso a caso, não havia previsão sobre maioria de pessoal nacional ou internacional, sendo as duas situações possíveis.

Ao final da administração da ONU, não havia definição se o Kosovo continuaria a fazer parte da Sérvia ou se tornaria independente. Em 2007, um enviado da ONU elaborou um relatório sobre a situação, concluindo que a Sérvia e o Kosovo não conseguiriam chegar a um acordo e sugerindo que a independência kosovar, supervisionada pela comunidade internacional, seria a única opção viável (WILLIAMS, 2012, p. 88). Em fevereiro de 2008 o Kosovo declara, unilateralmente, sua independência, ação reconhecida em 2010 pela Corte Internacional de Justiça, em um parecer consultivo, como de acordo com o direito internacional¹² (WILLIAMS, 2012, p. 88-89).

Após a independência kosovar, a responsabilidade pela administração do Programa de Juízes e Promotores Internacionais no Kosovo foi transferida para a Missão da União Europeia para Promover o Estado de Direito no Kosovo (*European Union Rule of Law Mission, EULEX*). Diferente da UNMIK, a EULEX não tem como objetivo a administração do território, mas o fornecimento de assistência técnica e aconselhamento para as autoridades no Kosovo (WILLIAMS, 2012, p. 89).

3.3. Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia-Herzegovina

A Bósnia-Herzegovina surge no cenário internacional como Estado independente no início da década de 1990, após sua independência da Iugoslávia, cujo governo central era dominado pela Sérvia. Segundo a independência

¹⁰ No original, em inglês, “*International Judges and Prosecutors Programme in Kosovo*”.

¹¹ Havia uma proposta da UNMIK para que se criasse uma Câmara especial para crimes de guerra e crimes étnicos no Kosovo (*Kosovo War and Ethnic Crimes Court – KWECC*), porém devido a previsões do alto custo para estabelecer e manter tal câmara o projeto não foi consolidado.

¹² A Corte Internacional de Justiça exerce duas funções, a contenciosa e a consultiva. Destaca-se que um parecer consultivo, emitido com base na função consultiva, não é um ato jurisdicional, ou seja, não é obrigatório uma vez que não é uma decisão, mas sim uma opinião da Corte (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 926-929).

da Eslovênia, Croácia e Macedônia, em relação à Iugoslávia, em 1991, a declaração de independência da Bósnia não foi bem aceita pelas autoridades centrais iugoslavas. Iniciou-se então um violento conflito entre bósnios, sérvios e croatas no território da Bósnia. Os croatas tentavam ampliar seu domínio sobre territórios próximos à fronteira, visando a expansão da Croácia. Os sérvios, seja aqueles que residiam no território da Bósnia, quanto os ligados ao governo central iugoslavo, buscavam manter o controle sobre o território. Os bósnios buscavam manter o controle do território e defender-se tanto de croatas quanto de sérvios. Nesse conflito praticou-se a chamada **limpeza étnica**, ou seja, ações destinadas contra a população civil bósnia que visava o extermínio dessa etnia. Ações como o estupro em massa das mulheres bósnias e o extermínio da população masculina marcaram esse conflito. Destaca-se o episódio de Srebrenica em 1995, onde mais de oito mil meninos e homens bósnios foram assassinados pelos sérvios.

Com a criação do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia (TPII) em 1994, enquanto o conflito na Bósnia ainda estava ocorrendo, a Bósnia passa a conviver com uma jurisdição internacional. Após a elaboração de uma estratégia de conclusão das atividades desse mecanismo judicial internacional, conforme as Resoluções 1503, de 28 de agosto de 2003, e 1966, de 22 de dezembro de 2010, sentiu-se a necessidade de fortalecer o sistema judiciário nacional dos Estados afetados, para que uma importante parte da estratégia de conclusão pudesse ser concretizada: a transferência de casos do TPII para as cortes domésticas (LIMA, 2012, p. 151).

Assim sendo, em 09 de março de 2005, a Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia-Herzegovina¹³ foi instituída no Tribunal Estatal da Bósnia-Herzegovina, possibilitando a transferência de casos, envolvendo crimes de guerra. Sua previsão inicial indicava a presença de pessoal internacional por um período de cinco anos. Em um primeiro momento, haveria a maioria de juízes internacionais, proporção esta modificada em 2008, quando passou a existir maioria de pessoal nacional. Apesar da previsão para o encerramento da participação do pessoal internacional em 2009, optou-se pela extensão até o final de 2012 (WILLIAMS, 2012, p. 107). Mesmo após o final da participação do pessoal internacional, a Câmara de Crimes de Guerra continuará a existir, mantendo-se como parte integrante do sistema jurídico estatal (NOUWEN, 2006, p.198).

3.4. Corte Especial para Serra Leoa

Desde o início da década de 1990, com o processo de redemocratização, Serra Leoa enfrenta uma grave crise interna, caracterizada por ações violentas e instabilidade governamental. Em 1998, o Conselho de Segurança da ONU estabelece a Resolução 1181 de 13 de julho, criando a Missão de Observação

¹³ No original, em inglês, “*War Crimes Chamber for Bosnia and Herzegovina*”.

das Nações Unidas em Serra Leoa (*United Nations Observer Mission in Sierra Leone*, UNOMSIL), a qual no ano seguinte viria a ser substituída pela Missão das Nações Unidas em Serra Leoa (*United Nations Mission in Sierra Leone*, UNAMSIL), criada pela Resolução 1270 de 22 de outubro de 1999.

Em 2000, o presidente de Serra Leoa, Ahmad Kabbah, enviou um comunicado ao Secretário Geral da ONU, solicitando a implantação de um tribunal, nos moldes dos tribunais *ad hoc* da década de 1990, para julgar os crimes cometidos na guerra civil. A resposta internacional é diferente da esperada, sendo proposto não um tribunal puramente internacional, como os que haviam sido instalados para Ruanda e para a ex-Iugoslávia, mas uma instituição composta tanto por juízes internacionais quanto nacionais, com sede em Freetown, capital de Serra Leoa.

A Corte Especial para Serra Leoa¹⁴ foi criada por meio de um acordo entre o Governo de Serra Leoa e a ONU, celebrado em 16 de janeiro de 2002, constituindo-se em um órgão que não integra o sistema judiciário nacional e que também não é um órgão subsidiário das Nações Unidas. Esta corte tem em sua composição maioria de pessoal internacional, sendo que suas câmaras de primeira instância são compostas por três juízes, um nacional e dois internacionais, e a câmara de apelação, por sua vez, conta com cinco juízes, dos quais dois nacionais e três internacionais (STATUTE..., 2002, art. 12; LIMA, 2012, p. 147). Além disso, no que diz respeito ao restante do pessoal do tribunal, como a promotoria e a secretaria, há também a previsão que a maioria seja internacional (STATUTE..., 2002, art. 15 e 16).

O Estatuto também indica a competência do tribunal no que diz respeito à crimes previstos na legislação nacional, tais quais crimes relativos ao abuso de meninas menores de idade e destruição injustificada de bens (STATUTE..., 2002, art. 5), e crimes previstos pelo direito internacional, quais sejam, crimes contra a humanidade (STATUTE..., 2002, art. 2); violações ao Artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Segundo Protocolo Adicional (STATUTE..., 2002, art. 3); e outras violações de direito internacional humanitário (STATUTE..., 2002, art. 4). Ressalta-se que, havendo concorrência de jurisdição com as cortes nacionais de Serra Leoa, a Corte Especial tem primazia¹⁵.

Todo o pessoal nacional e internacional foi indicado ainda em 2002, assim, a Corte Especial iniciou seus trabalhos em 2003 e o primeiro julgamento foi aberto em 2004. Foram indiciados treze acusados, dentre os quais, três falecidos, nove condenados e um foragido (WILLIAMS, 2012, p. 71-72). Dentre os

¹⁴ No original, em inglês, “*Special Court for Sierra Leone*”.

¹⁵ Diferente dos tribunais *ad hoc*, que tem primazia sobre as cortes nacionais de todos os Estados Membros da ONU em decorrência da sua criação por meio de resoluções do Conselho de Segurança com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, a primazia da Corte Especial para Serra Leoa se aplica somente em relação às cortes nacionais de Serra Leoa, não gerando, portanto, obrigações para cortes nacionais de terceiros Estados.

indiciados por esse tribunal está o ex-presidente liberiano Charles Taylor, considerado culpado por crimes contra a humanidade e outras violações de direito internacional humanitário, sentenciado a 50 anos de prisão. Apesar da sede da Corte Especial ser em Serra Leoa, optou-se pela realização do julgamento de Taylor na Haia¹⁶, por questões de segurança (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2006; WILLIAMS, 2012, p. 72).

Em 2008 surgiu a preocupação com o encerramento das atividades da Corte Especial para Serra Leoa. Após uma conferência, realizada em Freetown, um consultor elaborou o Relatório sobre as Funções Residuais e Opções de Instituições Residuais da Corte Especial para Serra Leoa¹⁷. Após um período de negociações, em agosto de 2010 a ONU e o governo de Serra Leoa assinaram um Acordo sobre o Estabelecimento de uma Corte Especial Residual para Serra Leoa¹⁸, ratificado pelo Parlamento nacional em dezembro de 2011 (DONLON, 2013, p. 861).

Esse mecanismo residual não existirá paralelamente à Corte Especial, passando a funcionar assim que as atividades da Corte forem encerradas (DONLON, 2013, p. 865). As atividades do mecanismo residual envolvem a manutenção de arquivos, supervisão da execução das sentenças, proteção a testemunhas, bem como a realização, caso possível, do julgamento de Johnny Paul Koroma, o único indiciado que permanece foragido (DONLON, 2013, p. 862-863). Destaca-se que a Corte Especial para Serra Leoa é o primeiro dos tribunais híbridos a completar suas atividades e realizar a transição para um mecanismo residual¹⁹ (DONLON, 2013, p. 874).

3.5. Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja

Após sua independência em 1953, quando deixou de ser um protetorado francês, o Camboja tornou-se uma monarquia constitucional. Em 1975, o grupo comunista Khmer Vermelho, liderado por Pol Pot, assume o poder. Durante esse governo foram cometidos crimes contra a humanidade e genocídio, gerando aproximadamente 1,7 milhões de mortos. Em constante atrito com

¹⁶ A previsão inicial era que o julgamento de Charles Taylor ocorresse na sede do Tribunal Penal Internacional na Haia, porém optou-se, finalmente, pela realização do julgamento na sede do Tribunal Especial para o Líbano, também na Haia.

¹⁷ Tradução livre do original, em inglês, *“Report on Residual Functions and Residual Institution Options of the Special Court for Sierra Leone”*.

¹⁸ Tradução livre do original, em inglês, *“Agreement on the Establishment of a Residual Special Court for Sierra Leone”*.

¹⁹ Esse processo de transição é distinto daquele enfrentado pelo TPII e TPIR para o Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Penais, criado por meio de resolução do Conselho de Segurança. Sendo a primeira experiência de transição de um tribunal híbrido para um mecanismo residual, os resultados desse processo devem ser avaliados, buscando identificar dificuldades e êxitos, auxiliando na elaboração de estratégia de conclusão das atividades de outros tribunais mistos.

seu vizinho Vietnã, o governo do Khmer Vermelho também promoveu guerra de agressão contra ele, o que levou, em 1979, a invasão do Camboja pelo Vietnã, dando fim ao regime de Pol Pot. Em decorrência dessa invasão o Camboja foi inserido no conflito entre as potências da Guerra Fria, prolongando seu conflito interno (LIMA, 2012, p. 161-163).

Em 1989 são iniciados esforços para o reestabelecimento da paz, que levam, em 1991, ao estabelecimento de um acordo de paz que levou à criação da Autoridade Transitória da Organização das Nações Unidas no Camboja (UNTAC) por meio da Resolução 745 de 28 de fevereiro de 1992²⁰. A UNTAC foi a primeira experiência da ONU na administração de um território independente e em 1993 promoveu eleições, por meio das quais o Camboja tornou-se uma monarquia parlamentarista (LIMA, 2012, p. 163-164).

Em 1997 o governo cambojano enviou uma carta ao Secretário Geral da ONU solicitando auxílio internacional, na forma de um tribunal internacional, para julgar os grandes criminosos do governo do Khmer Vermelho, uma vez que o sistema judiciário nacional não apresentava as condições necessárias para tal. Essa possibilidade foi negociada e, após a prisão de Pol Pot, recebia apoio dos Estados Unidos. Porém, com a morte de Pol Pot em 1998 e devido ao fato de diversos antigos membros do Khmer Vermelho ocuparem cargos no novo governo, a criação de um tribunal internacional não foi levada adiante. Em 1999 o governo cambojano envia uma segunda carta ao Secretário Geral da ONU modificando sua solicitação de auxílio: agora a intenção era criar um tribunal nacional que contasse com apoio internacional. Um relatório elaborado para a ONU por um grupo de especialistas avaliou que a melhor opção para a situação do Camboja era a criação de um tribunal puramente internacional, em decorrência de preocupações com a independência e imparcialidade do sistema judiciário cambojano. Contudo, optou-se por seguir a solicitação do Camboja e após negociações a ONU e o governo nacional chegaram a um acordo. Em 2002, após a proclamação de uma lei nacional cambojana no ano anterior, a ONU retira seu apoio à proposta, “alegando que o modelo não garantia a independência, imparcialidade e objetividade dos julgamentos” (LIMA, 2012, p. 165), uma vez que a lei nacional divergia do acordo com a ONU. Outras negociações levaram a um novo acordo em julho de 2003, assinado entre o governo do Camboja e a ONU. Esse acordo, ratificado e promulgado pelo Camboja em 2004, entrou em vigor em 24 de abril de 2005, criando as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja²¹, inseridas no sistema judiciário nacional.

²⁰ “2. Decides that the United Nations Transitional Authority in Cambodia shall be established under its authority in accordance with the above-mentioned report for a period not to exceed eighteen months;”. Grifo no original. SECURITY COUNCIL. **Resolution 745** - Adopted by the Security Council at its 3057th meeting on 28 February 1992.

²¹ No original, em inglês, “*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*”.

As câmaras de julgamento de primeira instância seriam compostas por cinco juízes, sendo três nacionais e dois internacionais. A câmara da Corte Suprema, por sua vez, seria composta por sete juízes, sendo quatro nacionais e três internacionais (CAMBODIA, 2004, art. 9), caracterizando uma predominância de pessoal nacional. Contudo, visando a garantia da independência e imparcialidade das decisões da corte, criou-se uma regra de “super-maioria”²², ou seja, já que não havia maioria de pessoal internacional, segundo essa regra, é preciso que pelo menos um dos juízes internacionais seja favorável à decisão para que ela seja aprovada (CAMBODIA, 2004, Art. 14; NOUWEN, 2006, p. 204).

As Câmaras Extraordinárias teriam competência para julgar os principais líderes do Khmer Vermelho e os principais responsáveis por crimes previstos: (a) no Código Penal do Camboja de 1956, quais sejam, homicídio, tortura e perseguição religiosa (CAMBODIA, 2004, art. 3); e (b) pelo direito internacional: crimes de genocídio, conforme a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (CAMBODIA, 2004, art. 4); crimes contra a humanidade (CAMBODIA, 2004, art. 5); graves violações às Convenções de Genebra de 1949 (CAMBODIA, 2004, art. 6); destruição de bens culturais, conforme a Convenção da Haia para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado de 1954 (CAMBODIA, 2004, art. 7); e crimes contra pessoas internacionalmente protegidas, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (CAMBODIA, 2004, art. 8).

3.6. Tribunal Especial para o Líbano

O Tribunal Especial para o Líbano²³, muitas vezes referido como Tribunal do Hariri, foi criado em resposta a uma complexa situação enfrentada pelo Líbano. Em 14 de fevereiro de 2005 um atentado terrorista matou, dentre outras pessoas, o então primeiro ministro libanês Rafiq Hariri. Em resposta a essa ação criminosa, a ONU, por meio da Resolução 1595, de 07 de abril do mesmo ano, criou a Comissão Internacional Independente de Investigação das Nações Unidas (*United Nations International Independent Investigation Commission, UNIIC*)²⁴.

No final de 2005, frente a um quadro de instabilidade interna, o governo libanês solicita ao Secretário Geral da ONU auxílio para julgar não somente os

²² Tradução livre do termo, em inglês, “super-majority”.

²³ No original, em inglês, “Special Tribunal for Lebanon”.

²⁴ “1. Decides, consistent with the above-mentioned letter from the Chargé d’affaires a.i. of Lebanon, to establish an international independent investigation Commission (“the Commission”) based in Lebanon to assist the Lebanese authorities in their investigation of all aspects of this terrorist act, including to help identify its perpetrators, sponsors, organizers and accomplices;”. SECURITY COUNCIL. **Resolution 1595** - Adopted by the Security Council at its 5160th meeting, on 7 April 2005.

responsáveis pelo ataque contra Hariri, mas também os responsáveis por outros atentados terroristas cometidos desde outubro de 2004. Segue-se uma série de negociações que resultam em um acordo para a instalação de um tribunal. Porém, devido a questões políticas nacionais o Líbano não foi capaz de aprovar os mecanismos internos para a efetivação do acordo com a ONU²⁵. O Conselho de Segurança, por meio da Resolução 1757 de 10 de junho de 2007, cria, então, o Tribunal Especial para o Líbano. É interessante ressaltar que esse tribunal “não se vincula ao sistema judiciário libanês, tampouco é considerado órgão subsidiário da Organização das Nações Unidas” (LIMA, 2012, p. 174).

A composição das câmaras do tribunal é mista: quando há três juízes, um é libanês e os outros dois internacionais, quando há cinco juízes, dois são nacionais e três internacionais (SECURITY COUNCIL, 2007, art. 8). A competência material do Tribunal Especial é limitada ao crime de terrorismo, conforme previsão na legislação libanesa (SECURITY COUNCIL, 2007, art. 2).

O Tribunal Especial iniciou suas atividades em 2009, após a transferência do material reunido pela Comissão de Investigação. Uma vez que se assume que o perpetrador do crime de terrorismo tenha sido morto na explosão, o foco das investigações fica sobre outros envolvidos que tenham ordenado ou planejado os ataques (WILLIAMS, 2012, p. 77).

3.7. Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário senegalês

As Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês²⁶ foram criadas para julgar o ex-presidente do Chade, Hissène Habré, acusado de cometer crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura, no período de 1982 a 1990 (WILLIAMS, 2012, p. 182).

Após ser deposto no Chade, em 1990, Habré se exilou no Senegal. Em 2008, após um procedimento realizado sem a presença no acusado no Chade, o ex-presidente foi condenado, porém, a decisão não pode ser cumprida uma vez que o acusado não se encontrava no país. Paralelamente, foram iniciados procedimentos contra Habré no Senegal em 2000. Os mesmos foram encerrados uma vez que a legislação senegalesa não tinha previsões para lidar com crimes contra a humanidade e crimes de tortura, bem como não previa a existência de jurisdição universal. Um terceiro processo contra Habré foi iniciado em 2005 na Bélgica, com base na jurisdição universal. Mesmo tendo sido detido pelas autoridades do Senegal, onde se encontrava, o pedido belga de extradição foi negado pela Corte de Apelação de Dakar com base no argumento

²⁵ Apesar de ter sido assinado pelo governo libanês, o acordo precisava da aprovação do Parlamento nacional para ser ratificado. O Parlamento, composto principalmente por opositores do governo não aprova o acordo, inviabilizando a criação do tribunal que seria estabelecido quando o acordo com a ONU entrasse em vigor.

²⁶ No original, em inglês, “*Extraordinary African Chambers within the Senegalese judicial system*”.

de que Habré gozava de imunidade por atos cometidos durante o exercício de funções oficiais (WILLIAMS, 2012, p. 182).

Frente a esse panorama, o Senegal levou o caso à União Africana (UA), que por sua vez constituiu um painel de juristas que, em 2006, recomendaram a adoção de uma “opção africana” para a questão, ou seja, que um Estado africano, de preferência o Chade ou o Senegal, deveriam julgar Habré (WILLIAMS, 2013, p. 1142). A UA decidiu que o Senegal deveria realizar o julgamento. O Senegal, em resposta, alterou sua legislação para incluir previsões sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, bem como a inclusão da possibilidade de exercício de jurisdição universal sobre crimes internacionais (WILLIAMS, 2012, p. 183). A legitimidade do julgamento de Habré pelo Senegal foi questionado na Corte da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (ECOWAS, sigla em inglês), que, por sua vez, decidiu, em 2010, que o Senegal não poderia julgar Habré, mas um tribunal internacional poderia fazê-lo (WILLIAMS, 2013, p. 1142-1143).

Em 2012 a questão do julgamento de Hissène Habré volta a ser debatida após uma decisão da Corte Internacional de Justiça de que o Senegal estava violando suas obrigações relativas à Convenção Contra a Tortura e que deveria respeitá-las julgando-o ou permitindo sua extradição. Esse novo movimento resultou em um acordo entre o Senegal e a UA para o estabelecimento das Câmaras Africanas Extraordinárias nas Cortes do Senegal, assinado em 12 de agosto de 2012. Anexo ao acordo está o Estatuto das Cortes Africanas Extraordinárias no Sistema Judicial Senegalês para o julgamento de crimes internacionais cometidos no território da República do Chade durante o período de 7 de junho de 1982 a 1 de dezembro de 1990²⁷. Com base no Estatuto (2012, art. 2) foram inseridas quatro câmaras no sistema judiciário do Senegal: uma Câmara de Instrução na Corte Especial Regional de Dakar, uma Câmara de Indiciamento na Corte de Apelação de Dakar, uma Câmara de Julgamento na Corte de Apelação de Dakar e uma Câmara de Apelação na Corte de Apelação de Dakar²⁸.

Conforme o Artigo 11 do Estatuto (2012), a Câmara de Instrução deve ser composta por quatro promotores, mais dois promotores substitutos, nacionais do Senegal. A Câmara de Indiciamento deve ser composta por três juízes, mais um juiz substituto, nacionais do Senegal. A Câmara de Julgamento deve ser composta por dois juízes, mais dois juízes substitutos, nacionais do Senegal, e pelo Presidente da Câmara, juiz nacional de outro Estado da UA.

²⁷ Tradução livre do original, em inglês, “Statute of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese judicial system for the prosecution of international crimes committed on the territory of the Republic of Chad during the period from 7 June 1982 to 1 December 1990”.

²⁸ Tradução livre, do original, em inglês, “a Pre-Trial Chamber within the Dakar Special Regional Court; an Indictment Chamber at the Dakar Court of Appeals; a Trial Chamber at the Dakar Court of Appeals; and an Appeals Chamber at the Dakar Court of Appeals”.

Por fim, a Câmara de Apelação deve, da mesma forma, ser constituída por dois juízes, mais dois juízes substitutos, nacionais do Senegal, e pelo Presidente da Câmara, juiz nacional de outro Estado da UA.

As Cortes Africanas Extraordinárias tem competência para julgar os principais responsáveis por crimes e violações graves do direito internacional, direito internacional consuetudinário e convenções internacionais ratificadas pelo Chade, cometidos no território da República do Chade entre 7 de junho de 1982 e 1 de dezembro de 1990 STATUTE..., 2012, art. 3). Os crimes sobre os quais as Cortes Africanas Extraordinárias tem jurisdição são os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura (STATUTE..., 2012, art. 4).

As Cortes Africanas Extraordinárias realizaram sua primeira sessão em fevereiro de 2013. Habré foi detido em 30 de junho de 2013 e entregue à custódia das Cortes Africanas Extraordinárias. “Seu julgamento representa o primeiro julgamento por um Estado Africano de um antigo chefe de Estado de outro Estado Africano” (WILLIAMS, 2013, p. 1144, tradução livre). Ao fim dos julgamentos, as Cortes Africanas Extraordinárias serão dissolvidas automaticamente (STATUTE..., 2012, art. 37).

4. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DOS TRIBUNAIS MISTOS EXISTENTES

Conforme indicado anteriormente, não há uma definição amplamente aceita para os conceitos de tribunal misto, híbrido ou internacionalizado. Diversos autores participam do debate acerca dessa definição, não atingindo, por enquanto, uma definição universal. Dentre as diversas análises que se debruçam sobre as jurisdições mistas, três claramente se preocupam com a tentativa de definição conceitual.

Condorelli e Boutruche (2004, p. 428-429) identificam três elementos comuns entre tribunais mistos²⁹, (1) o exercício de uma função judicial; (2) o fato de serem caracterizados por um elemento puramente internacional combinado com um elemento nacional; e (3) sua natureza *ad hoc*. Os autores indicam que estes são três elementos comuns entre os tribunais existentes, porém não sugerem diretamente que esses elementos sejam obrigatórios para que uma jurisdição seja considerada híbrida ou internacionalizada.

Nouwen (2006, p. 203-213) identifica dois elementos que seriam definidores dos tribunais mistos³⁰, (1) a composição mista do pessoal; e (2) a compo-

²⁹ Ressalte-se que os autores utilizam originalmente o termo “internacionalizado (*internationalized*)”, porém no mesmo sentido que aqui se utiliza o termo “misto”.

³⁰ Ressalte-se que a autora utiliza originalmente o termo “híbrido (*hybrid*)”, porém no mesmo sentido que aqui se utiliza o termo “misto”.

sição mista da norma aplicável. Além desses dois elementos definidores, a autora destaca ainda a existência de outros elementos que caracterizam os tribunais mistos, sem, no entanto, serem obrigatórios. São eles, (1) localização do tribunal; (2) envolvimento da ONU; (3) natureza *ad hoc*; (4) inexistência de obrigação para a cooperação de terceiros Estados; e (5) forma de financiamento.

A terceira análise buscando a definição do conceito é a de Williams (2012, p. 201-253), a qual, de forma semelhante, identifica alguns elementos característicos e definidores dos tribunais híbridos e internacionalizados. Nesse sentido são considerados elementos comuns entre os tribunais existentes, (1) o exercício de função judicial penal; (2) sua natureza temporária ou transitória; (3) a previsão de assistência financeira internacional; e (4) o envolvimento da comunidade internacional, seja na figura das Nações Unidas ou de outros atores internacionais. Além dessas quatro características comuns, Williams indica que os tribunais mistos apresentam também dois elementos definidores, (1) a participação, ou pelo menos a possibilidade de participação, de juízes internacionais em conjunto com juízes nacionais; e (2) a combinação de elementos nacionais e internacionais na norma aplicável, mais especificamente no que diz respeito à jurisdição material do tribunal.

Com base nos elementos delineados como característicos dos tribunais mistos, passa-se a uma análise sobre cada um deles.

4.1. Exercício de Função Judicial Penal

Tanto Condorelli e Boutruche (2004, p. 428) quanto Williams (2012, p. 202) identificam o exercício de função judicial penal como um elemento caracterizador dos tribunais híbridos e internacionalizados.

Primeiramente, destaca-se que por exercer uma função judicial penal, os juízes atuantes são considerados juízes criminais e, portanto, “são juízes que, no contexto internacional, devem operar em conformidade com uma série de regras, princípios e padrões internacionais, os quais regulam a função judicial.” (CONDORELLI; BOUTRUCHE, 2004, p. 428, tradução livre).

Outra consequência dessa característica é a distinção entre os tribunais mistos e outros mecanismos criados e operados com participação internacional, mas que não exercem função judicial penal, por exemplo, comissões de verdade e reconciliação. Contudo, não distingue os tribunais mistos de jurisdições nacionais ou internacionais que também exercem essa função. Assim, não pode ser considerado como um elemento definidor, apenas como uma característica comum.

4.2. Caráter temporário ou *ad hoc*

Como indicado anteriormente, cada tribunal misto tem características próprias, já que foram criados em resposta a situações específicas. Nesse sentido, corrobora-se o entendimento de que a natureza desses tribunais é *ad hoc*, ou seja, que foram criados para situações específicas (NOUWEN, 2006, p. 211). Contudo a questão que parece ser divergente é a respeito da duração do tribunal. Por um lado, Condorelli e Boutruche acreditam que uma decorrência natural do fato de esses tribunais serem *ad hoc* é que, uma vez cumprido seu objetivo, desaparecerão (CONDORELLI; BOUTRUCHE, 2004, p. 429). Por outro lado, Nouwen e Williams acreditam que essa percepção é aplicável somente nos casos em que o tribunal tem um mandato específico, como nos casos de Serra Leoa, Líbano, Camboja e Senegal. Em outros casos, porém, a jurisdição criada foi planejada para continuar em funcionamento sendo extinto apenas o componente internacional, como nos casos do Kosovo e Bósnia (NOUWEN, 2006, p. 211; WILLIAMS, 2012, p. 202-203).

Ainda que seja uma característica comum a todos os tribunais híbridos e internacionalizados, permite distingui-los apenas de instituições permanentes, como o TPI e as cortes nacionais. Essa natureza *ad hoc*, contudo, também pode ser identificada em outras jurisdições internacionais, como o TPII e TPIR (WILLIAMS, 2012, p. 203). Assim sendo, o caráter temporário ou de transição não é um elemento definidor dos tribunais mistos, podem ser consideradas apenas como uma característica comum.

4.3. Participação Conjunta de Pessoal Nacional e Internacional

A análise da participação de pessoal internacional em conjunto com pessoal nacional em geral suscita duas questões, primeiramente, se é obrigatório que ocorra participação de pessoal nacional e internacional, e, em segundo lugar, se é preciso que haja predominância nacional ou internacional nos tribunais.

Todos os tribunais mistos preveem a participação de pessoal nacional e internacional na função de juízes e, em alguns casos, também para a promotoria e secretaria. A participação de pessoal internacional para o exercício de funções além da de juiz não é considerada como uma característica definidora de um tribunal misto, sendo percebido como uma base muito limitada para que se possa fazer tal caracterização (NOUWEN, 2006, p. 206; WILLIAMS, 2012, p. 206).

Por outro lado, a participação de juízes internacionais em conjunto com juízes nacionais é percebida como um elemento definidor de tribunais híbridos e internacionalizados. A presença de juízes nacionais distingue claramente os tribunais mistos dos tribunais *ad hoc* e do TPI, jurisdições penais puramente internacionais. E a presença de juízes internacionais os diferencia das cortes

puramente nacionais. Essa combinação de pessoal nacional e internacional é, portanto, uma característica particular dos tribunais híbridos e internacionalizados. Existem autores que acreditam que basta a possibilidade de que essa combinação nacional/internacional ocorra para que determinado tribunal possa ser considerado como misto (WILLIAMS, 2012, p. 205). Porém, a perspectiva mais amplamente aceita é a de que os juízes nacionais e internacionais precisam, efetivamente, trabalhar lado a lado para caracterizar a existência de um tribunal híbrido ou internacionalizado (NOUWEN, 2006, p. 204-206; CONDORELLI; BOUTRUCHE, 2004, p. 429).

Tendo estabelecido que é preciso a participação de pessoal internacional, pelo menos de juízes internacionais em conjunto com juízes nacionais, passa-se a segunda questão, qual seja, se há necessidade que um dos elementos seja majoritário.

Ao debater a questão da necessidade de existência de maioria de pessoal nacional ou internacional para a caracterização de um tribunal como misto, Nouwen (2006, p. 204-206) analisa o conjunto dos tribunais existentes, levando em consideração suas especificidades, e identifica dois extremos, de um lado, os tribunais mais próximos do polo internacional, ou seja, os que tem maioria de juízes internacionais, e, do outro lado, os tribunais mais próximos do nacional, que tem maioria de juízes nacionais.

No polo mais internacional, identifica-se a Corte Especial para Serra Leoa, cujas câmaras de primeira instância são compostas por três juízes, um nacional e dois internacionais, e a câmara de apelação, por cinco juízes, dos quais dois nacionais e três internacionais (STATUTE..., 2002, art. 12).

Também nesse polo, pode ser colocado o Tribunal Especial para o Líbano. Nesse tribunal, além de um juiz de instrução internacional, a câmara de primeira instância é composta por três juízes, sendo um nacional e dois internacionais, e a câmara de apelação, composta por cinco juízes, sendo dois nacionais e três internacionais (SECURITY COUNCIL, 2007, art. 8). Neste caso observa-se também a presença de maioria de juízes internacionais.

Os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste também apresentam maioria de pessoal internacional, uma vez que deveriam ser compostos de três juízes, sendo dois internacionais e um nacional. Quando necessário, em decorrência da importância ou gravidade do caso em questão, os Painéis poderiam também ser compostos por cinco juízes, neste caso sendo três internacionais e dois nacionais (UNITED NATIONS TRANSITIONAL ADMINISTRATION IN EAST TIMOR, 2000, section 22).

No polo mais nacional, coloca-se as Câmaras Extraordinárias do Camboja. As câmaras de julgamento em primeira instância são compostas de cinco juízes, sendo três nacionais e dois internacionais. A câmara da Corte Suprema,

por sua vez, é composta por sete juízes, sendo quatro nacionais e três internacionais (CAMBODIA, 2004, art. 9). Criou-se também a previsão de que haveria dois procuradores, um cambojano e um internacional, trabalhando lado a lado (CAMBODIA, 2004, art. 16). Apesar de tentativas para balancear os elementos nacionais e internacionais, respondendo às preocupações a respeito da independência e imparcialidade do sistema judiciário cambojano, ocorre ainda a existência de maioria de juízes nacionais.

De forma semelhante, podem ser enquadradas as Cortes Africanas Extraordinárias. As Câmaras de Instrução e de Indiciamento são compostas integralmente por pessoal nacional. Já as Câmaras de Julgamento e de Apelação são compostas, cada uma, por três juízes, sendo dois nacionais e um — o Presidente de cada câmara — internacional (STATUTE..., 2012, art. 11). Configura-se, portanto, um caso de maioria de pessoal nacional.

No caso do Kosovo, como a participação de juízes e promotores internacionais se dá caso a caso, não existe previsão de que em determinada situação haja maioria de juízes nacionais ou internacionais, ambas sendo possíveis (NOUWEN, 2006, p. 205).

Partindo de um polo a outro, o caso da Bósnia se diferencia dos demais. Havia uma previsão inicial para que a maioria dos juízes fossem internacionais, porém, destaca-se que já havia um planejamento para que a participação internacional fosse progressivamente reduzida. Assim, inicialmente o tribunal foi composto por maioria internacional; em 2008, alterou-se para maioria nacional; e, finalmente, se tornaria exclusivamente nacional com a substituição de todo o pessoal internacional (WILLIAMS, 2012, p. 107).

A partir dos casos existentes, percebe-se que não é necessário que haja nem maioria de juízes internacionais nem de juízes nacionais para que um tribunal se configure como tribunal misto, sendo as duas situações possíveis. A proporção de cada elemento foi pensada caso a caso, refletindo, por um lado, as necessidades específicas da situação, e, por outro lado, o poder de cada uma das partes nos respectivos processos de negociação. Assim sendo, em casos nos quais o Estado dispunha de mais capacidade de negociação, este buscou resguardar sua soberania estatal, mantendo a maioria de juízes nacionais, como no caso do Camboja. Por outro lado, em casos como Serra Leoa, o interesse internacional sobrepujou a soberania nacional, criando uma corte com a maioria do pessoal internacional.

4.4. Localização do tribunal

Conforme observado anteriormente, com exceção do Tribunal Especial para o Líbano, cuja sede é na Haia e das Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês, que exercem jurisdição universal, todos os tribu-

nais mistos tem sua sede no Estado onde ocorreram os crimes sob sua jurisdição. Esse não é, porém, um requisito obrigatório para que um tribunal seja caracterizado como misto. A prática dos próprios tribunais demonstra que questões ligadas à segurança podem justificar a alocação do tribunal em outro lugar. Nesse sentido, destaca-se a situação enfrentada pela Corte Especial para Serra Leoa, cuja sede é em Freetown, capital nacional de Serra Leoa, mas que, por questões de segurança, realizou o julgamento de Charles Taylor na Haia (NOUWEN, 2006, p. 209). Destaca-se também o estabelecimento do Tribunal Especial para o Líbano inteiramente na Haia, uma vez que a proximidade com a situação oferecia riscos à segurança e ao desenvolvimento dos procedimentos (WILLIAMS, 2012, p. 206).

4.5. Envolvimento da Comunidade Internacional na criação e funcionamento do tribunal

Relevante também é a identificação do ator internacional pelo qual se dá o envolvimento da comunidade internacional no processo de criação, envio de pessoal internacional necessário e auxílio, direta ou indiretamente, para o financiamento do tribunal misto.

Na maior parte dos tribunais mistos existentes ocorre envolvimento da ONU, com exceção do Senegal, onde o ator internacional envolvido é a União Africana. No Timor Leste e Kosovo os tribunais internacionalizados foram criados pela administração da ONU, cujos poderes foram conferidos por meio de resoluções do Conselho de Segurança. O Tribunal Especial para o Líbano foi criado por meio de resolução do Conselho de Segurança após o acordo negociado entre o governo nacional e a ONU não ter sido aprovado internamente. A Corte Especial para Serra Leoa foi criada por meio de um acordo entre a ONU e o governo nacional. As Câmaras Extraordinárias do Camboja foram criadas por meio de lei nacional, baseada em um acordo do governo nacional com a ONU. Talvez o vínculo menos óbvio seja da Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia, criada pelo governo nacional para poder receber casos do TPII, atividade que faz parte da estratégia de conclusão das atividades da jurisdição internacional, disposta em uma resolução do Conselho de Segurança.

Frente a esse quadro, fica evidente uma alteração na percepção a respeito da relevância do papel da ONU como parte internacional na criação e operação de um tribunal misto. Inicialmente argumentava-se que a participação onusiana era um elemento definidor de um tribunal misto, uma vez que os objetivos desse tribunal, o combate à impunidade e a reconstrução estatal, eram também objetivos da ONU (CONDORELLI; BOUTRUCHE, 2004, p. 429). Porém, análises posteriores concluíram que esses não são objetivos exclusivos da ONU e que podem ser visados também por outros atores. Nesse sentido, outras organizações internacionais e até mesmo grupos de Estados poderiam atuar como o elemento internacional na mistura nacional/internacional

característica de um tribunal misto (NOUWEN, 2006, p. 211; WILLIAMS, 2012, p. 208), percepção que se confirmou com a criação das Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês, com auxílio da União Africana.

A participação das Nações Unidas não poderia ser considerada como elemento definidor de tribunais mistos também porque esse critério não os distingue de outras instituições, com elementos internacionais, que recebem auxílio da ONU. Nesse sentido, destaca-se os tribunais *ad hoc*, órgãos subsidiários do Conselho de Segurança. Além disso, as Nações Unidas foram parte do processo de estabelecimento de diversos mecanismos extrajudiciais e fornece extensa assistência técnica e financeira à diversos Estados. Em nenhuma dessas situações considera-se que tenha sido criado um tribunal misto. Então, ainda que atualmente o envolvimento da ONU seja um elemento comum à maior parte os tribunais existentes, por si só não cria um tribunal híbrido ou internacionalizado nem permite distingui-los de outros tipos de instituições.

Após essa modificação na percepção da participação onusiana, passou-se, então, ao entendimento de que é preciso que haja participação internacional, porém que tal participação não precisa se dar na figura das Nações Unidas, podendo, em situações futuras, ocorrer por meio da participação de um outro organismo internacional ou mesmo de um grupo de Estados (NOUWEN, 2006, p. 211; WILLIAMS, 2012, p. 249), como se deu no caso do Senegal com participação da UA.

4.6. Formas de Financiamento

O elemento comum entre os tribunais mistos no que diz respeito ao seu financiamento é que não existe qualquer obrigatoriedade para que Estados ou organizações internacionais colaborem diretamente para seu financiamento. Assim sendo, destaca-se que cada tribunal depende de um tipo diferente de financiamento para manter-se em funcionamento. Os tribunais internacionalizados do Kosovo e Timor Leste, criados pela administração interina da ONU, eram parcialmente financiados pelo orçamento das respectivas administrações da ONU no território e parcialmente pelo orçamento nacional desses Estados. As Câmaras Extraordinárias do Camboja são financiadas em parte pelo governo nacional e em parte por doadores internacionais. A Corte Especial para Serra Leoa é financiada exclusivamente por contribuições internacionais voluntárias. A Câmara de Crimes de Guerra na Bósnia e o Tribunal Especial para o Líbano também são financiadas em parte pelos respectivos Estados e em parte por contribuições internacionais (NOUWEN, 2006, p. 212; LIMA, 2012, p. 125-209). Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês são financiadas por doadores internacionais (STATUTE..., 2012, art. 32).

Não há uniformidade entre os próprios tribunais mistos, com exceção de que em todos os casos há algum tipo de financiamento internacional. Porém, somente o fato de que há assistência financeira internacional não basta para caracterizar um tribunal como híbrido ou internacionalizado, ou qualquer forma de assistência financeira internacional bastaria para “internacionalizar” instituições nacionais (WILLIAMS, 2012, p. 212).

4.7. Base Jurídica

Como indicado anteriormente, os tribunais mistos existentes foram criados por diferentes instrumentos jurídicos. Nesse sentido, os tribunais internacionalizados no Timor Leste e Kosovo foram criados pela administração da ONU nesses territórios, exercendo poderes conferidos pelo Conselho de Segurança à UNTAET e UNMIK, respectivamente. As Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês foram criadas por meio de um acordo entre o governo do Senegal e a União Africana. A Corte Especial para Serra Leoa foi criada por meio de acordo entre a ONU e o governo nacional. Essa mesma estratégia foi prevista para o Tribunal Especial para o Líbano, porém ao surgirem dificuldade internas com o governo libanês, o tribunal foi criado por meio de resolução do Conselho de Segurança. As Câmaras Extraordinárias do Camboja foram criadas por meio de lei nacional, baseada em um acordo do governo cambojano com a ONU. A Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia foi criada pelo governo nacional em resposta à estratégia de conclusão do TPII; delimitada em uma resolução do Conselho de Segurança.

Não há, portanto, um único método ou instrumento legal a ser utilizado para a criação de tribunais híbridos e internacionalizados. Assim sendo, tal característica não é um elemento comum entre os tribunais existentes, não podendo ser considerada como elemento definidor de tribunais mistos.

4.8. Norma Aplicável

Tendo analisado diversos elementos característicos dos tribunais mistos existentes, passa-se então ao debate a respeito das normas aplicáveis por essas instituições. O entendimento mais comum nos estudos sobre tribunais mistos é que a norma aplicável por esses tribunais consiste de uma combinação de elementos da legislação nacional e de previsões do direito internacional (NOUWEN, 2006, 206). Destaca-se que, de forma semelhante a outros elementos descritos anteriormente, cada caso apresenta especificidades visando a adequação do tribunal à situação em questão. Nesse sentido, destaca-se que há tribunais que aplicam tanto normas nacionais quanto normas internacionais e outros que aplicam apenas normas nacionais.

No primeiro grupo estão os tribunais de Camboja, Serra Leoa e Timor Leste. Nesses três casos, observa-se que os tribunais tem competência para julgar crimes previstos diretamente no direito internacional bem como crimes previstos na legislação nacional.

Sendo a base jurídica das Câmaras Extraordinárias do Camboja uma lei nacional, esta estabelece a competência material do tribunal internacionalizado. Nesse sentido, a lei prevê que as Câmaras terão competência para julgar três crimes previstos na legislação nacional: homicídio, tortura e perseguição religiosa (CAMBODIA, 2004, art. 3). No que diz respeito à norma internacional, as Câmaras Extraordinárias tem competência para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, graves violações às Convenções de Genebra de 1949, destruição de bens culturais e crimes contra pessoas internacionalmente protegidas (CAMBODIA, 2004, arts. 4-8).

O Estatuto da Corte Especial para Serra Leoa, da mesma forma, prevê os crimes que estão sob jurisdição da Corte Especial, dentre eles, crimes relativos ao abuso de meninas menores de idade e destruição injustificada de bens, previstos na legislação nacional de Serra Leoa, e crimes contra a humanidade e outras violações do direito internacional humanitário, conforme diversos instrumentos de direito internacional (STATUTE..., 2002, arts. 2-5).

Os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste teriam jurisdição exclusiva para lidar com crimes graves previstos no Regulamento 2000/15 da UNTAET, quais sejam, os crimes de assassinato e ofensas sexuais conforme o Código Penal do Timor Leste, e os crimes internacionais de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crimes de tortura (UNTAET, 2000, section 2).

Por outro lado, no segundo grupo estão os tribunais no Kosovo, Bósnia e Líbano, cuja jurisdição é apenas sobre crimes previstos nos respectivos ordenamentos jurídicos, embora as normas domésticas tenham incorporado crimes internacionais.

No Kosovo o direito penal internacional é aplicado indiretamente, uma vez que já havia sido incorporado à legislação nacional. Não há uma limitação clara das normas aplicáveis pelo tribunal internacionalizado, uma vez que o Programa de Juízes e Promotores Internacionais prevê que os juízes internacionais possam ser inseridos em qualquer tipo de caso, sendo o critério para tal inserção a necessidade de assegurar a independência e imparcialidade do judiciário (UNMIK, 2000c, section 1; WILLIAMS, 2012, p. 87; NOUWEN, 2006, p. 207).

Criada dentro do sistema judiciário nacional, a Câmara de Crimes de Guerra na Bósnia aplica as previsões do Código Penal bósnio, o qual inclui crimes internacionais, como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de genocídio (WILLIAMS, 2012, p. 108).

O Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano limita a jurisdição material do tribunal apenas ao crime de terrorismo e prevê que a norma aplicável seja a legislação libanesa (SECURITY COUNCIL, 2007, art. 2), exclusivamente.

No caso do Senegal, a previsão do Estatuto é que as Câmaras tenham jurisdição sobre graves crimes internacionais e violações do direito internacional, especificamente sobre, os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e tortura (STATUTE..., 2012, art. 4). No Estatuto (2012, art. 3), indica-se que tais crimes e violações dizem respeito ao direito internacional costumeiro e às convenções internacionais ratificadas pelo Chade. Indica-se ainda que, quando houver impossibilidade de aplicação das normas do Estatuto, deve-se aplicar a legislação do Senegal (STATUTE..., 2012, art. 16).

Analizando o quadro dos tribunais mistos existentes, Nouwen (2006, p. 208, tradução livre) conclui que,

melhor do que argumentar que uma característica definidora dos tribunais híbridos é que eles aplicam normas internacionais e normas nacionais, como grande parte da literatura afirma, é provavelmente mais adequado afirmar que eles tem jurisdição sobre crimes internacionais (quer incorporados na legislação nacional ou diretamente) e crimes previstos na legislação nacional.

De forma semelhante, Williams (2012, p. 234-235, tradução livre) argumenta que, mais do que a existência da combinação de normas internacionais e nacionais na formação da norma aplicável pelos tribunais mistos,

o elemento ‘internacional’ da jurisdição substantiva de um tribunal é satisfeito pela inclusão dos graves crimes internacionais (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) ou pela inclusão de jurisdição, ainda que pela legislação nacional, a respeito de um incidente que tenha consequências para a paz e segurança internacional. Mesmo que a conduta em questão não seja, em si mesma, um crime internacional, ainda é um crime de relevância internacional.

Assim sendo, no que diz respeito à norma aplicável pelos tribunais híbridos e internacionalizados, não se pode considerar que esta precise ser composta por elementos nacionais e internacionais uma vez que a análise dos casos existentes demonstra que tais elementos não podem ser identificados em todos os tribunais. O elemento comum e que pode ser considerado como uma característica definidora dos tribunais mistos é o exercício de jurisdição sobre pelo menos um crime internacional ou de relevância internacional, ou seja, um crime que tenha consequências relevantes para a paz e segurança internacional. É a existência de competência sobre esses crimes que justifica a intervenção internacional em uma situação que, de outra maneira, poderia ser considerada apenas de interesse nacional do Estado afetado, não justificando a necessidade de auxílio internacional (WILLIAMS, 2012, p. 234).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DEFINIÇÃO EM CONSTRUÇÃO

Conforme a análise da prática dos tribunais, percebe-se que há diferenças entre os tribunais híbridos e os internacionalizados. Porém, essa mesma análise permite identificar elementos comuns a todos os tribunais inseridos no conjunto mais amplo de **tribunais mistos**. Dentre esses elementos comuns, destacou-se a existência de características comuns e características definidoras desse tipo de instituição.

As características comuns incluem o exercício de função judicial penal, que sua natureza seja temporária ou transitória ou que a natureza do elemento internacional seja temporária, a previsão de assistência financeira internacional, ainda que de maneira distinta para cada tribunal, e o envolvimento da comunidade internacional, seja na figura das Nações Unidas ou de outros atores internacionais.

Como características definidoras, indicou-se a participação conjunta de juízes nacionais e internacionais e que o tribunal tenha competência para julgar crimes internacionais ou, pelo menos, crimes de relevância internacional, que tenham consequência sobre a paz e a segurança internacional.

O entendimento geral, mesmo após a identificação dos elementos comuns e dos elementos definidores, é que a presença de todo o conjunto dessas características seja a melhor forma de caracterizar a existência de um tribunal misto (WILLIAMS, 2012, p. 248-249).

Ainda que não exista uma conceituação explícita nem universalmente aceita de tribunais mistos, a identificação desses elementos sugere possíveis contornos caso essa definição seja estabelecida futuramente. Porém, ressalta-se que a própria heterogeneidade existente entre os tribunais mistos é percebida como positiva, uma vez que cada tribunal foi desenhado para responder às necessidades específicas de cada caso. Nesse sentido, Nouwen (2006, p. 214, tradução livre) afirma que

as características comuns não definidoras e as características nas quais eles diferem entre si são cruciais para o limite que os tribunais híbridos podem atingir as expectativas de combinar o melhor e evitar o pior de julgamentos puramente domésticos ou puramente internacionais.

Assim sendo, mais do que buscar um modelo universal de tribunal misto, a discussão a respeito da definição dos mesmos parece ter como objetivo a definição de limites conceituais. Em paralelo, a análise da prática desses tribunais permite identificar, por meio de tentativa e erro, estratégias que devem ser evitadas ou adotadas em caso de criação de novos tribunais híbridos ou internacionalizados, considerando os desafios e objetivos envolvidos, conforme as especificidades de cada caso.

A importância dos tribunais mistos centra-se mais em reflexos para a cultura jurídica nacional do que em termos de seu impacto no desenvolvimento de jurisprudência internacional. Um tribunal misto, ao ser implementado em determinado Estado visando a responsabilização por graves crimes, pode proporcionar o fortalecimento do sistema judiciário nacional. Nesse sentido destaca-se a possibilidade de capacitação dos quadros de funcionários nacionais por meio do trabalho em conjunto com os funcionários internacionais, promovendo a troca de experiências. O envolvimento do pessoal internacional em atividades além daquelas ligadas diretamente ao julgamento, como promoção de cursos e palestras visando o treinamento de pessoal nacional pode ser uma outra forma de aprofundar ainda mais as possibilidades de troca de informações e conhecimento a respeito dos graves crimes e, em especial, da forma pela qual a justiça internacional tem lidado com essas situações. Destaca-se que ao se estabelecer um tribunal misto o objetivo de inserção de pessoal internacional não é a mera substituição do pessoal nacional, percebido como pouco ou não capacitado, por pessoal internacional, mas sim inserir um elemento que auxilie no processo de reconstrução ou fortalecimento do sistema judiciário nacional, auxiliando no julgamento de casos complexos, por um lado, e, por outro lado, promovendo a capacitação dos funcionários nacionais.

Outra parte das propostas de fortalecimento do sistema judiciário nacional dos Estados em questão diz respeito a adequação da legislação nacional para lidar com a situação que se apresenta. Assim sendo, pode-se falar em reforma de legislação nacional no sentido de criminalizar condutas conforme as previsões internacionais, ou seja, inserir a definição dos crimes internacionais, como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, na legislação nacional, permitindo a julgamento dos responsáveis com base nesses tipos penais. Pode-se falar também na adoção de padrões processuais e garantias reconhecidos internacionalmente, respeitando o devido processo legal e os direitos humanos — da vítima, do acusado, das testemunhas.

Ressalte-se que a adoção de padrões internacionais de justiça não deve ser pensada apenas no âmbito do sistema judiciário, mas também na disseminação desses valores para toda a população. Entende-se que a reconstrução de um Estado após graves conflitos envolve não somente o reestabelecimento das estruturas governamentais e judiciárias, mas também da confiança da população no seu funcionamento de forma independente e imparcial. Esse processo envolve ainda a conscientização da população sobre direitos humanos e acesso à justiça. Assim sendo, a reconstrução institucional por um lado e a promoção, para a população afetada, da educação em direitos humanos, por outro lado, cria estruturas capazes de lidar, tanto pelos meios judiciários quanto por outros, com a situação do presente e de evitar situações semelhantes no futuro.

REFERÊNCIAS

- BURKE-WHITE, William W.. A Community of Courts: Towards a System of International Criminal Law Enforcement. **Michigan Journal of International Law**, Lansing, vol. 24, n. 1, 2002, p. 1-101.
- CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University, 2003.
- COCKAYNE, James. The Fraying Shoestring: Rethinking Hybrid War Crimes Tribunals. **Fordham International Law Journal**. vol. 28, 2004, p. 616-680. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol28/iss3/4/>>.
- COLITTI, Mariacarmen. Geographical and Jurisdictional Reach of the ICC: gaps in the International Criminal Justice System and a role for internationalized bodies. In: ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, Andre; KLEFFNER, Jann K. **Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia**. Oxford, U.K.: Oxford University, 2004. p. 417-426.
- CONDORELLI, Luigi; BOUTRUCHE, Théo. Internationalized Criminal Courts and Tribunals: are they necessary?. In: ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, Andre; KLEFFNER, Jann K. **Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia**. Oxford, U.K.: Oxford University, 2004. p. 427-436.
- DICKINSON, Laura A. The Promise of Hybrid Courts. **American Journal of International Law**, Washington, vol. 97, 2003, p. 295-310. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=481683>.
- DONLON, Fidelma. The Transition of Responsibilities from the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone: challenges and lessons learned for other international tribunals. **Journal of International Criminal Justice**, v. 11, n. 5, 2013, p. 857-874.
- HIGONNET, Ethel R. Restructuring Hybrid Courts: Local, Empowerment and National Criminal Justice Reform. **Arizona Journal of International & Comparative Law**, Phoenix, v. 23, n. 2, 2006. p. 347-435.
- LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais Híbridos e Justiça Internacional Penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- MÉGRET, Frederic. In Defense of Hybridity: Towards a Representational Theory of International Criminal Justice. **Cornell International Law Journal**, Vol. 38, 2005. 39 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285471>.

MENDEZ, P. K. The new wave of hybrid tribunals: a sophisticated approach to enforcing international humanitarian Law or an idealistic solution with empty promises? **Criminal Law Forum**, v. 20, n. 1, p. 53-95, mar. 2009.

NOUWEN, Sarah. Hybrid courts: the hybrid category of a new type of international crimes courts. **Utrecht Law Review**, Utrecht, v.2, n.2, 2006. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/32/32>>.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States**: maximizing the legacy of hybrid courts. New York; Geneva: United Nations, 2008.

POCAR, Fausto. Completion or Continuation Strategy?. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, v. 6, n. 4, p. 655-709, set. 2008.

_____. The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community. **Journal of International Criminal Justice** 2, 2004. p. 304-308.

ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, Andre; KLEFFNER, Jann K. **Internationalized Criminal Courts and Tribunals**: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia. Oxford, U.K.: Oxford University, 2004.

SANDS, Philippe. **From Nuremberg to The Hague**: the future of International Criminal Justice. Cambridge: Cambridge University, 2003.

STROMSETH, Jane. Justice on the Ground: Can International Criminal Courts Strengthen Domestic Rule of Law in Post Conflict Societies?. **Hague Journal on the Rule of Law**, v.1, n.1, p. 87-97, mar. 2009.

WILLIAMS, Sarah. **Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals: selected jurisdictional issues**. Oxford; Portland: Hart, 2012.

_____. ICTY and ICTR (completion Strategy). In: CASSESE, Antonio (ed.). **The Oxford Companion to International Criminal Justice**. New York: Oxford University, 2009. p. 362-363.

_____. The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts: an African solution to an African problem?. **Journal of International Criminal Justice**, v. 11, n. 5, p. 1139-1160, dec. 2013.

Documentos

CAMBODIA. **Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes committed during the period of Democratic Kampuchea** — with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004. 2004. Disponível em: <<http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/>>

KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2013.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Memorandum of Understanding regarding Administrative Arrangements between the International Criminal Court and the Special Court for Sierra Leone**. 2006. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66184EF8-E181-403A-85B8-3D07487D1FF1/140161/ICCPRES030106_en.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

SECURITY COUNCIL. **Resolution 1181** — Adopted by the Security Council at its 3902nd meeting, on 13 July 1998.1998. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1181\(1998\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1181(1998))>. Acesso em: 30 de julho de 2013.

_____. **Resolution 1244** — Adopted by the Security Council at its 4011th meeting, on 10 June 1999.1999a. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244(1999))>. Acesso em: 28 de agosto de 2013.

_____. **Resolution 1246** — Adopted by the Security Council at its 4013th meeting, on 11 June 1999. 1999b. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1246\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1246(1999))>. Acesso em: 30 de julho de 2013.

_____. **Resolution 1264** — Adopted by the Security Council at its 4045th meeting, on 15 September 1999. 1999c. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1264\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1264(1999))>. Acesso em 30 de julho de 2013.

_____. **Resolution 1270** — Adopted by the Security Council at its 4054th meeting, on 22 October 1999. 1999d. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1270\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1270(1999))>. Acesso em 30 de julho de 2013.

_____. **Resolution 1272** — Adopted by the Security Council at its 4057th meeting, on 25 October 1999. 1999e. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1272\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1272(1999))>. Acesso em 30 de julho de 2013.

_____. **Resolution 1595** — Adopted by the Security Council at its 5160th meeting, on 7 April 2005. 2005. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1595\(2005\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1595(2005))>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

_____. **Resolution 1704** — Adopted by the Security Council at its 5516th meeting, on 25 August 2006. 2006. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1704\(2006\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1704(2006))>. Acesso em 30 de julho de 2013.

_____. **Resolution 1757** — Adopted by the Security Council at its 5685th meeting, on 30 May 2007. 2007. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1757\(2007\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1757(2007))>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

_____. **Resolution 745** — Adopted by the Security Council at its 3057th meeting, on 28 February 1992. 1992. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/745\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/745(1992))>. Acesso em: 28 de julho de 2013.

STATUTE of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese judicial system for the prosecution of international crimes committed on the territory of the Republic of Chad during the period from 7 June 1982 to 1 December 1990. 2012. Disponível em: <http://legal.au.int/en/sites/default/files/Agreement%20AU-Senegal%20establishing%20AEC-english_0.pdf>. Acesso em: 14 de dezembro de 2014.

STATUTE of the Special Court for Sierra Leone, annexed to the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone. 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3d&tabid=176>>. Acesso em: 16 de agosto de 2013.

UNTAET. **Regulation nº 2000/15** — On the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences. 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>>. Acesso em: 01 de agosto de 2013.

* Recebido em 12 ago. 2015.



ILUSÃO DO PACTO FEDERATIVO COOPERATIVO E OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS

*Denise Lucena Cavalcante**
*Raimundo Márcio Ribeiro Lima***

Resumo

O artigo discute o modelo de federalismo fiscal brasileiro, pontuando suas dificuldades e, sobretudo, o desequilíbrio na repartição das receitas tributárias, comprometendo, assim, a efetiva consolidação de um pacto federativo cooperativo. Verifica-se uma distorção entre a capacidade financeira dos Municípios e o universo de suas competências administrativas, mesmo com as transferências constitucionais, revelando um verdadeiro regime de sujeição financeira em face da União e dos Estados membros. Desse modo, os limites do Estado Social, com as prementes prestações dos serviços públicos fundamentais, são majorados pela insuficiência financeira dos Municípios, no que exige uma revisão das competências administrativas no Estado Federal. O artigo questiona, ainda, algumas propostas de reforma fiscal, por quanto elas podem expressar um limite normativo na regulamentação dos direitos sociais apenas por conta da inexistência de recursos orçamentários.

Palavras-chave

Estado social. Federalismo fiscal. Política fiscal.

THE ILLUSION OF COOPERATIVE FEDERATION PACT AND THE COSTS OF SOCIAL RIGHTS

Abstract

The article discusses the Brazilian fiscal federalism model, punctuating his difficulties and, above all, the imbalance in the allocation of tax revenues, thus compromising the effective consolidation of a cooperative federal pact. There is a distortion between the financial capacity of the municipalities and the universe of his administrative competency, even with the constitutional transfers, revealing a real system of financial subjection in the face of the Union and the member States. Thus, the limits of the welfare state, with the urgent benefits of fundamental public services, are increased by the financial failure of Municipalities, in requiring a review of administrative competencies in the federal state. The article questions also some proposals for fiscal reform, because they can express a legal limit on the regulation of social rights only because of the lack of budgetary resources.

* Professora do Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFC. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

** Doutorando em Direito pela UFC. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Procurador Federal.

Keywords

Welfare state. Fiscal federalism. Fiscal policy.

“A história da desigualdade é moldada pela forma como os atores políticos, sociais e econômicos enxergam o que é justo e o que não é, assim como pela influência relativa de cada um desses atores e pelas escolhas coletivas que disso decorrem. Ou seja, ela é fruto da combinação, do jogo de forças, de todos os atores envolvidos”¹.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A realidade constitucional brasileira é pródiga de graves inconsistências no tratamento das estruturas políticas e, sobretudo, no desdobramento das forças políticas no largo campo de atuação dos mandatários do povo. O Estado unitário, aquele pretensamente despojado pela República, é, ainda hoje um velado fator de discórdia no sistema político nacional. Esse estado de coisa acarreta sérias consequências na política tributária, porquanto, na ausência de uma dinâmica tributária proporcional às competências administrativas dos entes políticos, o ônus das prestações sociais acaba por sufocar a gestão financeira dos entes políticos e, com isso, exsurge o enorme sacrifício político das medidas impopulares, não apenas em matéria tributária, mas, sobretudo, na manutenção ou redução de políticas públicas relevantes à sociedade. Como o poder de manobra tributária é indiscutivelmente menor nos Municípios, haja vista o regime constitucional das competências tributárias, há, quase sempre, um verdadeiro descompasso entre as possibilidades financeiras dos Municípios e a viabilidade de concreção do seu expressivo rol de competências administrativas, melhor dizer, de imposições constitucionais relativas à promoção de prestações positivas na sociedade.

Trata-se, portanto, de um dilema recorrente na gestão pública municipal e, claro, dos Estados membros e mesmo da União, porém, com maiores dificuldades na municipalidade, aliás, por diversas razões, partindo do difícil fluxo político das decisões municipais à inviabilidade econômica do Município. A reforma tributária, portanto, revela-se tão premente na atual conjuntura do Estado federal brasileiro. O recorte desses problemas, longe de uma discussão séria dos atores políticos, infelizmente, apenas tem gerado um regime, aliás, insustentável, de reformas pontuais², insuficientes e, sem sombra de dúvida, tangenciadoras das causas do malogrado pacto federativo cooperativo. Como reflexo de tudo isso, como cenário claro de imobilidade no plano inadável da reforma tributária, exsurgem a PEC n. 172/2012 e a PEC n. 84/2015, que,

¹ PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 27.

² Aliás, elas têm servido mais para atender aos reclames dos mandatários de plantão que para atender às prescrições do artigo 52, inciso XV, da CF/88.

embora possam consagrar algum norte de racionalidade, na hipótese de aprovação, podem revelar-se perniciosas, porque prestigiam a inércia à consolidação dos direitos sociais, inclusive por fincar um fator impossibilitador das presilações sociais com lastro constitucional.

Nesse contexto, a visão do contribuinte, especialmente no que concerne aos tributos indiretos, deveria permitir uma reflexão mais arguta sobre o federalismo fiscal brasileiro, não apenas em função dos seus desacertos, que se revela incontestável até mesmo para o mais incipiente dos cidadãos, mas, sobretudo, em função dos seus nefastos efeitos no arranjo socioeconômico da sociedade. Como permitir a descomunal carga tributária sem também aceitar o desequilíbrio na atividade econômica e, assim, silenciar-se diante das desigualdades sociais e, claro, as regionais? Dito de outro modo, a questão do Estado Social e o dilema do federalismo fiscal e da cidadania fiscal são interdependentes e, por isso, não há como vislumbrar soluções consistentes no campo da socialidade sem percorrer os devidos ajustes no federalismo fiscal, que, por sua vez, depende da cidadania fiscal, inclusive como elemento desencadeador do processo político possivelmente responsável pelas transformações no regime das competências tributárias.

2. ESTADO SOCIAL E COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

A discussão sobre o Estado Social é sempre cercada de ruidosas incompreensões sobre o seu verdadeiro fim³ numa conjuntura particularmente difícil da hipermodernidade⁴ e, também, sua manutenção no atual quadro de crise econômica e política, inclusive em escala global. Seria ingênuo demais defender que, mesmo nos períodos de pretensa prosperidade econômica, a pulsante expansão dos avanços tecnológicos, com suas inebriantes comodidades, beneficie a todos os cidadãos numa sociedade altamente complexa. Por outro lado,

³ É dizer, é preciso rediscutir profundamente as bases em que se assenta a socialidade: seus direitos e suas matrizes de financiamento. Nesse sentido, é necessário compreender e aceitar as exigências da justiça intergeracional e, claro, da sustentabilidade do regime constitucional da socialidade, implicando, inclusive, a supressão dos privilégios odiosos, que tanto oneram a estrutura do Estado brasileiro, até mesmo o repensar da categoria dos direitos adquiridos que, com inegável substrato constitucional, tem servido à consagração de enormes injustiças em diversos regimes de previdência no Brasil. Desse modo, já passou da hora de discutir, não apenas a permissividade econômica de um regime, mas a sua sustentabilidade numa perspectiva intergeracional (LOUREIRO, João Carlos. *Adeus Estado social?* A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos". Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 15).

⁴ Como bem demonstra esta passagem: "Prepara-se um neofuturismo que não se assemelhará ao futurismo revolucionário imbuído de espírito sacrificial: é sob os auspícios da reconciliação com as normas do presente (emprego, rentabilidade econômica, consumo, bem-estar) que se procura a nova orientação para o futuro" [LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra o tempo, ou a sociedade hipermoderna*. In: ____; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 70].

não há falar Estado Social sem um regular fluxo econômico, isto é, sem as benesses da atividade financeira do Estado, que, evidentemente, decorrem da atividade econômica, aliás, em função do regular poder de tributar dos entes políticos. Sabe-se que o Estado Social é um conceito intimamente associado à economia e às finanças públicas⁵, tratando de uma ciranda desejosamente contínua e especialmente sensível aos descompassos do mercado, enfim, do capital, de forma que os arranjos dessa engenhosa dinâmica sempre exigem um cálido toque de superposição de interesses, porquanto o equilíbrio, no mais das vezes, é visto como um fator de estagnação e, dessa forma, de limitador do próprio fluxo econômico.

No entanto, o Estado Social exige equilíbrio, como que uma decantada homogeneidade social, na composição do tecido da sociedade, mas, para tanto, é preciso desencadear um substrato econômico capaz de superar as desigualdades sociais. Então, não é preciso muito esforço para perceber que a dinâmica da socialidade exige o freio da intervenção estatal no mercado e, aqui, para o bem ou para o mal⁶, comprehende-se a existência de permeios legais destinados a assegurar uma lógica de justiça social na atividade econômica (artigo 170, *caput*, da CF/88). Não se trata da superada⁷ discussão sobre capital e trabalho, assentada nos vínculos subculturais de classe⁸, mas, sim, como a dinâmica da socialidade pode romper os desafios da era da globalização, que, para longe da secular questão da exploração econômica, comprehende novas adversidades, particularmente as relativas à violência, à seguridade social, ao meio ambiente etc.

Nesse contexto, é absolutamente comprehensível que o texto constitucional aborde um demorado rol de competências administrativas aos entes políticos, justamente para que seja capaz de descortinar os permeios da justiça social no Brasil, retratando a complexa teia de responsabilidades político-administrativas dos entes federados, afinal, “a repartição de competências constitui peça fundamental na organização do Estado Federal”⁹. Nesse ponto, o artigo 23, da CF/88, cumpre o papel de prescrever algumas premissas básicas sobre a divisão das competências administrativas dos entes federados, até

⁵ SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 187.

⁶ Evidentemente, cotejar a justiça social não pode expressar um malefício à sociedade. O problema apenas surge quando, a pretexto de promover essa desejosa justiça social, os atores políticos do Estado praticamente inviabilizem uma perspectiva política efetivamente capaz de alavancar avanços sociais, justamente por imobilizar as forças produtivas do Estado, isto é, as forças que sustentam a verdadeira socialidade, por meio de medidas anacrônicas no seio das relações sociais, especialmente as laborais e/ou securitárias.

⁷ Não é mais possível admitir a dinâmica da luta de classes para contornar os prospectos nada felizes da sociedade do século XXI.

⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 114.

⁹ HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, vol. 16, nº 81, p. 07-19, jul./set. 1996, p. 12.

mesmo para estabelecer os contornos da atuação funcional dos organismos centrais e descentralizados da própria organização política do Estado¹⁰.

Como conceber o desafio da transformação social de um povo sem o compartilhamento dos riscos e, sobretudo, sem uma identificação dos deveres constitucionais¹¹ dos entes políticos? Daí a razão da imperiosa e afortunada delimitação, ainda que imprecisa, das competências administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Então é possível então afirmar a elementar tese de que as competências administrativas expressam a dimensão político-administrativa dos desígnios constitucionais destinados a consagrar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, da Constituição Federal), até porque tais objetivos não poderiam ser impostos indistintamente aos atores políticos e econômicos da sociedade.

Indaga-se: as competências administrativas estampadas no texto constitucional comportam um claro regime de compatibilidade com o modelo de Estado Federal brasileiro, especialmente quando considerada a particular prominência¹² dos Municípios decantada nos artigos 1º e 18 da CF/88 e a dinâmica da afetação dos interesses? A resposta só pode ser afirmativa¹³. Por duas razões bem básicas: (a) como ente federado, o Município deve assumir parte das prestações estatais; e (b) a proximidade com os problemas cotidianos dos cidadãos, e isso se revela até mesmo intuitivo, consagra uma gestão pública mais participativa e, claro, democrática, capaz, portanto, de absorver melhor as demandas de interesse local. Então, onde reside o dilema? No federalismo fiscal evidentemente.

A desproporcional capacidade financeira¹⁴ entre os entes políticos, identificada no poder de tributar dos Municípios, denuncia uma intrincada relação

¹⁰ UYEDA, Massami. **Da competência em matéria administrativa**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 118.

¹¹ Aqui, é preciso destacar que os deveres constitucionais não podem ser concebidos como meros reflexos dos direitos fundamentais, não apenas em função de autonomia normativa, inclusive facilmente identificada em alguns dispositivos constitucionais (artigo 143, da CF/88), mas, sobretudo, porque a dinâmica dos direitos subjetivos não é facilmente operável para todos os direitos fundamentais consagrados no corpo da Constituição Federal de 1988, mas, mesmo assim, o Estado possui o dever constitucional de empreendê-los independentemente da exigibilidade concreta deles em função dos condicionantes sociais e políticos de um povo.

¹² Esse vultoso destaque consagrado no constitucional aos Municípios é claramente identificado nesta passagem: “Não reconhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 359).

¹³ Compreende-se, ainda, que eventual alteração das competências administrativas decorreria mais dos difíceis prognóstico do federalismo fiscal que dos atuais arranjos das competências administrativas.

¹⁴ A noção de desproporcionalidade também se verifica, inclusive com maior acerto, em relação à descomunal carga tributária suportada pela sociedade brasileira.

entre a imensidão dos custos das prestações públicas e a ilusão do pacto federativo cooperativo, até mesmo por conta do federalismo centrípeto¹⁵. É dizer, “[...] a discriminação de rendas com tributos é um dos indicadores do modelo federalista proposto a um Estado, e também método de constatação dos graus de autonomia dos entes que o formam”¹⁶.

Ora, se a senda tributária se revela aquém das competências administrativas dos entes políticos, como então dizer que subsista um federalismo fiscal aceitável? Veja-se que a proeminência constitucional dos Municípios, auspiciosamente sustentada linhas atrás, se desfaz em função da repartição de competências em matéria tributária, ou melhor, em função da repartição das receitas tributárias (artigos 157 a 162 da CF/88), no que já evidência uma cidadela de sujeição financeira em relação à União e aos Estados membros.

De igual modo, os Estados membros encontram-se num regime de sujeição financeira, só que, em tese, menos traumático. “Os conflitos que surgem dizem respeito ao fato de Estados e Municípios precisarem de mais recursos para atender a suas necessidades, enquanto a União busca manter a maior parte do bolo tributário”¹⁷. Dessa forma, o pacto federativo brasileiro, ainda que bem orquestrado numa perspectiva formal, inclusive com todos os arranjos que o caracterize, seja pela integração dos entes políticos, sejam pelas formas de participação direta ou direta nas receitas tributárias, não é materialmente capaz de conceber a autonomia financeira dos Estados membros e dos Municípios.

Nesse contexto, Estados membros, Distrito Federal e Municípios tendem a travar sérios conflitos de interesses no desempenho das competências administrativas comuns, no que revela um fato até natural um num Estado Federal, tendo em vista as desigualdades socioeconômicas locais e/ou regionais, porém o que se questiona é justamente o modelo de distribuição dos encargos suportados por cada ente político em função de suas possibilidades financeiras. Sem sombra de dúvida, aqui reside o maior dilema do federalismo fiscal no Brasil, porquanto de nada serve os atuais parâmetros do pacto federativo cooperativo se, infelizmente, ainda que não se aprofundem as desigualdades locais e/ou regionais, permanece um claro regime de sujeição financeira dos Estados membros e dos Municípios. Notadamente, fatores diversos contribuem para isso, desde as limitações econômicas até a má gestão pública;

¹⁵ HORTA, ob. cit., 1996, p. 13. Claro que, no Brasil, quanto à origem, observou-se formação de federalismo de **dentro para fora**, isto é, um movimento centrífugo, porquanto existia um Estado unitário que passou a contemplar a diversidade de forças políticas, isto é, os Estados membros e, com a CF/88, os Municípios (BULOS, Uadi Lammégo. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 901).

¹⁶ ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para a reflexão. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 69, p. 07-25, jul./ago. 2006, p. 18.

¹⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Federalismo fiscal e pacto federativo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 61, p. 179-192, mar./abr. 2005, p. 188.

contudo, o próprio modelo federativo deveria ser capaz de transformar essa realidade, aliás, nada animadora para a quase totalidade dos Municípios brasileiros.

Tudo isso contribui para as desigualdades na prestação dos serviços públicos de saúde, educação, transporte, limpeza urbana, saneamento etc., por quanto cada ente político encontra-se *isolado* no cumprimento de suas competências administrativas, a despeito do regime pretensamente cooperativo, já que os auxílios sempre emanam da mesma fonte, geralmente da União, porém com o claro indicativo de que a voluntariedade dos repasses não passa de uma benesse momentânea e, não raras vezes, travestida de consideráveis encargos políticos ao gestor público¹⁸.

Dessa forma, revela-se extremamente injusto o federalismo fiscal brasileiro, isso porque o rol de competências administrativas dos Municípios é expressivo e, com ele, mais medonho ainda são os custos das prestações públicas relacionadas a essas competências¹⁹. Então, o pacto federativo cooperativo não passa de uma ilusão constitucional brasileira. Aliás, nem é preciso adentrar na teorização sobre os movimentos físicos do federalismo brasileiro para pontuar que, independentemente da concentração ou descentralização da soma dos poderes e das competências dos entes políticos²⁰, a dinâmica do federalismo fiscal, por si só, já expressa, sem medo de errar, que modelo de Estado Federal é o brasileiro, a saber, o pacto federativo opositivo.

¹⁸ Aqui também revela um problema sério da federação brasileira: um excessivo número de Municípios que não atende ao disposto no artigo 18, § 4º, da CF/88, sobretudo, a exigência de viabilidade econômica.

¹⁹ Só para dispor de um exemplo simples da expressividade dos custos das prestações sociais, ainda que relacionado apenas aos Municípios, no ano de 2012, e mesmo considerando a urgência das prestações na área de segurança alimentar e nutricional aos cidadãos hipossuficientes, aliás, um dos pilares da socialidade da atual gestão pública federal, tem-se que, conforme dados do IBGE, dos 5.565 Municípios, a despeito dos repasses de recursos federais no conhecidíssimo programa Bolsa Família, apenas 2.187 disponha de estrutura na área de segurança alimentar e nutricional. Portanto, 3.378 Municípios não possuía qualquer estrutura específica, o que equivale a 60,70% de todos os Municípios brasileiros. Vale mencionar que não se trata de política municipal de transferência de renda, mas, simplesmente, de estrutura mínima, ainda que com ajuda de Estados membros ou da União, destinada à segurança alimentar e nutricional. Evidentemente, esses mesmos dilemas são projetados na área da saúde, da educação, do transporte etc., o que denuncia uma clara dificuldade financeira dos Municípios brasileiros (Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2012/pdf/tab029.pdf](http://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2012/pdf/tab029.pdf)>. Acesso em 27 ago. 2015).

²⁰ Aliás, é importante destacar que a federação pode cumprir um dos seguintes: (a) prestigiar a unificação onde predomina a diversidade, isto é, onde persiste a dispersão política; e (b) consagrar a diversidade onde se verifica uma unidade forte, ou seja, onde a dinâmica da atividade política exige divisão, aliás, esse último papel melhor se adequa à realidade brasileira (TRIGUEIRO, Oswaldo. A evolução do regime federal brasileiro. In: SARAIVA, Paulo Lobo (coord.). *Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1992, p. 294-313, p. 295).

Assim, como a teoria do cobertor curto²¹, o cabo de força entre a União e os Estados membros, ou entre aquele e os Municípios, é constante e, claro, a corda sempre arrebenta do lado que detém menor repartição das receitas tributárias. Aliás, nem mesmo a entrega constitucional, conforme a dinâmica da repartição das receitas tributárias, a despeito dos esforços de equilíbrio socioeconômico entre Estados membros e Municípios²², é capaz de demover essa pessimista compreensão sobre o Estado Federal brasileiro.

Explica-se: a ampla teia de competências administrativas dos Estados membros e dos Municípios, basicamente em todas as grandes áreas sociais, tais como saúde, educação, segurança pública etc., praticamente inviabiliza a dinâmica do pacto federativo cooperativo, uma vez que, com parcias possibilidades de investimento público, a noção das competências administrativa apenas carreia um instrumento de oposição de um ente político em face de outro, destacando-se os insustentáveis levantes político-institucionais no sentido de que determinada competência administrativa deve ser assumida por ente político X e não por ente político Y. Em contrapartida, a atuação direta da União, de ordinário, não alcança as prestações sociais mais prementes da população, fazendo com que todo o fluxo político relacionado à atividade financeira dos demais entes federados perca-se no oceano de suas competências administrativas. Por certo, há exceções a essa regra, mas, mesmo assim, trata-se de uma regra do pacto federativo brasileiro. Nesse contexto, a perspectiva oposicionista do pacto federativo revela-se bem clara: não possuindo recursos financeiros para cumprir as competências administrativas comuns, estabelece-se um verdadeiro regime de empurra-empurra das responsabilidades pelas competências administrativas.

Desta forma, a visão romântica do pacto federativo cooperativo²³ é, de fato, insustentável no Estado Federal brasileiro, porquanto não há cooperação sem equilíbrio das competências do poder de tributar, mas, sim, um regime permanente de sujeição financeira, aliás, nada raro até mesmo para Estado

²¹ Melhor compreendida, numa ambiência de crise financeira, como a insuficiência crônica dos entes federados de suportar os encargos da socialidade.

²² HORTA, *ob. cit.*, 1996, p. 10.

²³ Claramente decantada nesta passagem: “A cooperação no federalismo brasileiro originou-se com a implantação dos organismos regionais [...] para expandir-se no plano constitucional da repartição tributária de impostos federais e de impostos estaduais, beneficiando Estados e Municípios, mediante a atribuição de percentuais da arrecadação dos impostos que se tornaram objeto de repartição” (HORTA, *ob. cit.*, 1996, p. 15).

membro de considerável envergadura econômica, tal como é noticiado o recente²⁴ caso do Estado do Rio Grande do Sul²⁵, ensejando até mesmo bloqueio de repasses constitucionais (artigo 159 da CF/88) ²⁶.

De igual modo, nega-se a existência de um federalismo de equilíbrio²⁷, isso porque a dinâmica do equilíbrio, a despeito da odiosa permissividade da má gestão pública, não poderia contemplar situação de total superposição econômica de qualquer ente federado, que, no caso brasileiro, é a posição ostentada pela União²⁸. Portanto, a já antiga perspectiva da “passagem do Federalismo hegemônico e centrípeto do passado ao Federalismo de equilíbrio e regionalizado do futuro”²⁹, infelizmente, ainda se encontra distante de efetiva concretização.

3. FEDERALISMO FISCAL — PEC N. 172/2012 E PEC N. 84/2015

A dinâmica da atividade política de um país bem espelha as adversidades da organização do Estado, aliás, mais que isso: denuncia o fluxo das disputas relacionadas ao regular exercício dos poderes e das competências constitucionalmente determinadas. No Brasil, o cabo de guerra entre os entes federados, que não se limita à guerra fiscal³⁰, representa o reconhecimento de que o modelo de federalismo fiscal comporta sérios dilemas e, com isso, justificáveis críticas sobre os atuais mecanismos destinados à autonomia financeira dos entes federados.

²⁴ Em verdade, o Rio Grande do Sul, desde longa data, encontra-se com sérias restrições na sua atividade financeira, contudo, neste ano, até mesmo pagamento parcelado de salários dos servidores públicos já foi discutido e promovido pela gestão estadual.

²⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/08/entenda-crise-financeira-do-rio-grande-do-sul.html>>. Acesso em 27 ago. 2015.

²⁶ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1667473-apos-novo-calote-união-bloqueia-contas-do-rio-grande-do-sul.shtml>>. Acesso em 27 ago. 2015.

²⁷ HORTA, ob. cit. 1996, p. 19.

²⁸ OLIVEIRA, ob. cit., 2005, p. 190. Todavia, em época de recensão econômica, parte decorrente das crises cíclicas do capitalismo, parte em função da má gestão fiscal do Estado, deve-se reconhecer que até mesmo a União encontra-se numa situação financeira digna de preocupação, aliás, a proposta do governo para o orçamento de 2016, entregue à Presidência do Senado no dia 31 de agosto de 2015, já prevê um déficit de 30,5 bilhões de reais, o que corresponde a 0,5% do PIB (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1675915-governo-apresenta-orcamento-de-2016-com-r-305-bi-de-deficit.shtml?cmpid=bnfolha>>). Acesso em 31 ago. 2015).

²⁹ HORTA, Raul Machado. Estrutura da Federação. *Revista de Direito Público*. São Paulo, vol. 20, nº 81, p. 52-56, jan./mar. 1987, p. 54.

³⁰ Numa perspectiva positiva quanto ao fenômeno, tem-se o seguinte entendimento: “[a] luta, pois, pela captação de recursos privados, a concessão de incentivos, a prática de renúncia fiscal, é perfeitamente amoldável no sistema federativo. O que não se pode permitir, e para isso o Estado federal tem que impor limites, é o destino sempre indesejado de todos os recursos apenas para uma ou duas unidades federadas” (OLIVEIRA, ob. cit., 2005, p. 191).

Nessa conjuntura, como que um dado elementar, as imperiosas reformas tributárias são prospectadas como forma de superar os gargalhos da atividade financeira dos entes políticos, sobretudo, a partir da racionalidade da política tributária do Estado. Todavia, as reformas tributárias meramente pontuais, as únicas até então promovidas, bastando, muitas vezes, apenas para atenuar queixumes de um ou outro governante, cumprem tão-somente o papel de demonstrar o fosso ainda maior entre o que é necessário reformar e o que foi possível fazer numa ambiência de intensa disputa política entre os entes federados.

Quiçá a dificuldade em promover uma reforma tributária consistente, enfim, sistêmica, seja o verdadeiro motivo da tentativa de uma contrarreforma tributária, inclusive claramente externada nas pretensões encampadas na PEC n. 172/2012 e na PEC n. 84/2015³¹, para conter o fluxo político regulamentador do texto constitucional, especialmente sobre direitos sociais, certamente pelo altíssimo custo das prestações sociais no Brasil.

A enorme envergadura dos compromissos constitucionais assumidos pelos entes federados, decorrentes das competências administrativas comuns e, sobretudo, no desdobramento normativo-procedimental-operacional levantado para o regular cumprimento dessas indeclináveis competências, praticamente inviabiliza uma posição financeira de largos investimentos ou avanços em diversas áreas de interesse da sociedade. Além disso, o inevitável, contínuo e crescente fluxo das demandas administrativas tende a asfixiar as forças financeiras dos entes políticos, fazendo com que a ordinária disputa do espaço político sobre a atividade tributária, que deveria centrar-se numa compreensão sistêmica do problema relacionada à repartição das receitas tributárias, volte-se aos meandros dos desgastantes propósitos da pretensa irresponsabilidade político-administrativa de algum ente federado pelas competências administrativas constitucionalmente estabelecidas, baseando-se, inclusive, na permanente insuficiência financeira³² do ente político ou até mesmo na hábil tarefa de encampar a ideia de que o cumprimento das competências administrativas cabe aos demais entes federados.

Com relação às receitas tributárias há um patente cabo de força entre os entes políticos, mas, por outro lado, com relação às competências administrativas comuns, tem-se uma indecorosa atuação de irresponsabilidade política entre os entes federados. Aliás, esse é um tipo de problema que não se resolve

³¹ As redações dessas Propostas de Emendas à Constituição encontram-se no anexo deste artigo.

³² Por mais que se defendia a possibilidade dos **déficits virtuosos**, o fato é, muitas vezes, a gestão pública planeja mal, ou simplesmente não planeja, na prossecução das prestações dos serviços públicos, porquanto a gestão pública brasileira, momente a municipal, ainda segue o fluxo decisório do orçamento de forma espontânea, **natural**, enfim, entregue mais ao empiricamente desejável do que ao teoricamente recomendável (CABRAL, Nazaré da Costa. **Programação e decisão orçamental**. Da Racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica. Coimbra: Almedina, 2008, p. 347).

com demandas judiciais, porque simplesmente elas entorpecem ainda mais relações entre os entes políticos, seja pela onerosidade excessiva dessas demandas, seja pelo desgaste institucional em função dos limites fáticos de cada ente político, mas, sim, por meio de uma reforma na dinâmica distributiva das receitas tributárias, no que vai exigir, evidentemente, maior racionalidade na própria dinâmica do poder de tributar, evitando-se as ordinárias vias da majoração de alíquotas para suplantar as insuficiências transitórias ou permanentes da atividade financeira dos entes políticos.

Destarte, ao invés de reforma tributária, tem-se uma contrarreforma tributária, podendo-se dizer até mesmo de contrarreforma financeira: a tentativa de romper os custos das prestações sociais por meio de medidas normativas que impeçam à exigibilidade dos direitos, não somente a partir da dinâmica das possibilidades financeiras dos entes políticos, mas, sobretudo, por manobras normativas de falsa responsabilidade fiscal.

A austeridade fiscal, como perspectiva clara de toda gestão pública responsável, não pode representar um fator de imobilidade da atividade política do Estado, especialmente quando dedicada à regulamentação do texto constitucional, assim, a exigência de recursos para regulamentação de direitos, quando já devidamente corporificados no texto constitucional, representa um obstáculo político-normativo incompatível com a máxima eficácia das normas constitucionais.

Daí exsurge a compreensão de que a preocupação não é necessariamente com a responsabilidade fiscal, mas, sim, fazer com que os entes políticos arvorem um obstáculo normativo para frear a decantação normativa das prestações sociais, portanto, algo além da mera afirmativa de que inexistem recursos públicos, que, ainda que possa ser uma assertiva verdadeira numa conjuntura de crise financeira, não pode representar um argumento válido para demover a força dos movimentos legislativos. Verifica-se, assim, uma danosa vertente dos custos dos direitos sociais, a saber, os decorrentes da imobilidade normativa em função do inevitável ônus financeiro da exigibilidade dos direitos, por quanto os atrasos na regulamentação dos direitos, por certo, tornam os ainda mais onerosos à gestão pública, inclusive por dois elementares aspectos: (a) o aprofundamento dos déficits estruturais na prestação dos serviços públicos; e (b) o não aperfeiçoamento dos atuais mecanismos de consolidação dos direitos.

A densidade normativa dos direitos, isto é, a sua necessária regulamentação, em que devem ser observados os condicionantes políticos, sociais e

econômicos de um povo, representa um claro fator de exigibilidade dos direitos³³, não que seja o único, mas o que se revela capaz de afastar subjetivismos, sempre volátil e imprevisível, dos decisores administrativos e judiciais. Dessa forma, já representa um claro delimitador dos encargos financeiros dos entes federados; logo, exigir comprovação orçamentária ainda na ciranda parlamentar relativa à regulamentação dos meios necessários à prestação dos serviços públicos, por certo, é negar a reflexão séria sobre a regulamentação dos direitos e, com isso, olvidar que os subsequentes arranjos políticos, econômicos e sociais é que vão decantar a exigibilidade dos direitos sociais e não apenas a perspectiva normativa desses direitos, isto é, tudo não se restringe ao cômodo prognóstico da normatividade.

A vida de extremos é sempre fadada a vexados equívocos: exigir direitos sem regulamentação possui quase sempre alguma temeridade; mas, por outro lado, promover a regulamentação de direitos sociais apenas com a prévia comprovação de fonte orçamentária, sem sombra de dúvida, é frear a dinâmica regulamentadora desses direitos. Ora, tudo isso decorre de um elementar problema concebido pelo poder constituinte: se a constituição é vaga demais, exige-se a dinâmica especializadora dos direitos, recaindo tal tarefa no legislador e, claro, na própria atividade judicial; se ela é específica demais, corre-se o risco de se tornar irrelevante ou mesmo negar direitos aos cidadãos³⁴. Não por outro motivo que a regulamentação, em qualquer nível, pode reproduzir esse dilema, mas sempre vai deixar maior margem de previsibilidade, atualidade e rigor na exigibilidade dos direitos. Além disso, a intenção de satisfação dos direitos, para além dos verdadeiros obstáculos na sua concretização, constitui uma condição da racionalidade dos argumentos discursivamente ventilados contra a regulamentação dos direitos, no que consagra a premissa da não negociabilidade dos direitos humanos³⁵.

Nesse ponto, é preciso compreender um pouco a dinâmica da PEC n. 172/2012. A proposta foi encabeçada pelo Deputado Mendonça Filho (DEM/PE), que numa breve justificativa, ressalta que: (a) a União transfere encargos

³³ Deve-se ter em mente que a dinâmica da exigibilidade dos direitos comporta muitas variáveis relativas à atuação do Estado, por exemplo, (a) que o gozo de um direito social exija o estabelecimento de algum tipo de regulamentação; (b) que a própria regulamentação exigida tenha que limitar ou restringir faculdades de pessoas privadas ou obrigações de outra natureza; (c) que o cumprimento da exigibilidade de um direito admite a prestação direta dos serviços pelo Estado e, também de forma mista, isto é, incumbindo aos particulares afetados certas restrições, limitações e obrigações (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 33-36). Veja-se que, em qualquer a diretriz normativa é necessária, não com o propósito de limitar o cumprimento dos direitos, mas, sim, de torná-los possíveis em face dos desígnios constitucionais e das possibilidades político, econômicas e sociais de um povo.

³⁴ FABRE, Cécile. *Social Rights under the Constitution*. Government and the Decent Life. Oxford: Clarendon Press, 2000, p. 156-157.

³⁵ CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 248.

aos demais entes políticos, mas (b) sem a correspondente transferência de recursos, mesmo quando ela é favorecida com aumento expressivo da carga tributária e do produto, de forma exclusiva, das contribuições sociais, fazendo com que seja comprometida a eficiência e a qualidade dos serviços públicos transferidos, de maneira que (c) a PEC teria o propósito de “[...] minimizar os reflexos negativos dessa praxe, assegurando a compensação financeira de Estados e municípios por eventuais encargos recebidos do Poder Central”³⁶.

Então, a PEC n. 172/2012, na sua redação original, teria o propósito de alterar o artigo 160 da CF/88³⁷, já tão combalido pela Emenda Constitucional nº 29/2000³⁸, só que, desta vez, para reforçar a imobilidade das propostas legislativas, mormente as relacionadas às prestações sociais, porquanto, conforme a redação original da proposta, nenhuma lei poderia impor ou transferir qualquer encargo ou prestação de serviços aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, exceto com a previsão de repasses financeiros necessários ao seu custeio.

Sendo as competências administrativas comuns, por uma questão de diversidade e capilaridade na prestação dos serviços públicos, como exigir que a União devesse absorver os custos da atuação dos Estados membros e dos Municípios? A questão, é certo, vai mais além: o problema reside mesmo no largo quadro do poder de legislar da União. É dizer, como a União tem o poder de legislar sobre diversas matérias, inclusive boa parte delas com exclusividade, ela tende a transferir encargos aos demais entes federados, excetuando-se os serviços que ela deve prestar diretamente à sociedade sem o auxílio dos demais entes políticos, que, aliás, são poucos em função da prodigiosa redação do artigo 23, da CF/88. Vale lembrar que: “[n]um Estado de estrutura federal, tão importante quanto definir quem poderá instituir certo imposto, é especificar quais despesas ou serviços públicos ficarão a cargo de cada entidade”³⁹. Daí que a questão do federalismo fiscal não pode ser apartada da relevante temática sobre a delimitação das competências administrativas de cada ente político e, claro, sobre a natureza dos serviços públicos e o próprio grau de descentralização administrativa na prestação desses serviços entre os entes federados⁴⁰.

³⁶ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544681>>. Acesso em 29 ago. 2015.

³⁷ O texto da PEC, devidamente aprovado em segundo turno, contendo e alargando o seu projeto inicial, passou a alterar o artigo 167 da Constituição Federal.

³⁸ A disposição paragrafaria do artigo denuncia, de forma incontestável, a condição de sujeição financeira dos Estados membros, Distrito Federal e Municípios.

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; GRECO, Marco Aurélio. Desafios do federalismo fiscal brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 02, p. 97-104, jul./dez. 1998, p. 102.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR; GRECO, *ob. cit.*, 1998, p. 102.

Por outro lado, seguir o caminho inverso, a saber, assunção de maiores competências administrativas pela União, poderia ser uma solução pretensamente mais eficiente, mas, infelizmente, agigantaria ainda mais a importância da União no Estado Federal e, assim, apequenaria ainda mais a já difícil situação dos Municípios brasileiros. Então, a questão é mais ampla: de nada serve alterar o artigo 167, da CF/88 sem adentrar na densa questão dos artigos relacionados à repartição das receitas tributárias, à definição das competências administrativas e à competência legislativa da União. Repensar o pacto federativo é, sobretudo, enxergar que o modelo atual se encontra fadado ao insucesso.

É como, numa coloquial expressão linguística, *tentar tampar o sol com peneira*, mas, claro, ainda assim capaz de atrair defensores na arena pública. Por isso, não se afigura acertado compreender a dinâmica ao federalismo fiscal apenas na perspectiva de um sistema de repartição fiscal⁴¹, pois a questão vai mais além, adentra no universo das competências administrativas, isto é, na distribuição dos encargos na prestação dos serviços públicos, donde exsurge a questão do poder de legislar da União, que inevitavelmente tende a transferir encargos aos demais entes federados.

Além disso, a ideia de reforço das determinações dos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), por mais que possua uma afinidade com a temática discutida na proposta de emenda constitucional, não convence quanto à efetiva utilidade na dinâmica da atividade financeira dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os encargos financeiros decorrentes das conquistas legislativas em matéria de direitos sociais, por uma inarredável exigência dos condicionamentos sociais e políticos de um povo, são sempre prospectados a partir da consagração normativa desses direitos, por isso, não se comprehende a necessidade de uma inversão na atuação política regulamentadora dos direitos sociais, por quanto, além do árduo processo de decantação normativa desses direitos, até mesmo por considerar os limites financeiros do Estado, é necessário ainda identificar e promover a fonte de custeio, fazendo com que a regulamentação do texto constitucional seja imobilizada pela apriorística definição dos recursos orçamentários.

Em tese, a medida possui uma lógica fácil de entender, inclusive até mesmo sedutora: a imperiosa necessidade de conter os expressivos encargos financeiros decorrentes da exigibilidade de novos direitos e, com isso, permear a sustentabilidade da política fiscal dos entes políticos. Há, contudo, um detalhe importante: como garantir que esse instrumento normativo não represente

⁴¹ BACETI, Camila Moraes. Federalismo fiscal e financiamento da saúde e da educação na América Latina: o caso da Colômbia, Argentina e Uruguai (sic). *Revista de Direito Educacional*. São Paulo, vol. 04, p. 65-86, jul./dez. 2011, p. 66.

uma via, aliás, de envergadura constitucional, para praticamente fulminar as propostas legislativas mais prementes da sociedade brasileira, particularmente as relacionadas às prestações sociais destinadas aos segmentos sociais mais pobres e/ou dependentes dos serviços públicos?

A indagação exige cuidados no trato da matéria. O fato é que os artigos 16 e 17 da LRF, até hoje, não foram capazes de conter os desmandos de uma gestão pública inconsequente dos mandatários do povo, porém, eles sempre carreiam um bom argumento para demover qualquer pretensão legítima de diversos segmentos sociais, porquanto a bandeira da austeridade fiscal é arvorada como expressão de compromisso político com a responsabilidade fiscal.

A PEC n. 84/2015, apresentada pela Senadora Ana Amélia (PP/RS), já aprovada no Senado⁴² e encaminhada à Câmara Federal, também segue o mesmo propósito, só que com maiores minúcias no seu texto, incluindo o ente político desconsiderado na proposta ventilada na Câmara Federal: a União. Aliás, a sua finalidade é tentar manter um pacto federativo saudável e, para tanto, exigir que novos encargos financeiros repassados à União, aos Estados membros, ao Distrito Federal e aos Municípios necessitarão da transferência dos respectivos recursos financeiros destinados à sua cobertura.

A redação da PEC n. 84/2015, que pretende alterar o artigo 167 da CF/88, restou bastante curiosa, pois, ao incluir a União, cria-se um verdadeiro estado de intransquilidade financeira no Estado Federal, porquanto, pela lógica da PEC, a União, que é abonada de recursos, algo considerado pelos demais entes federados, não pode ser surpreendida com leis que eventualmente transfiram encargos decorrentes da prestação de serviço público. Vive-se, portanto, um período de verdadeira perplexidade política no contorno da adversidade financeira do país. É como se atuação política não fosse capaz de permear uma regulamentação dos direitos de forma responsável, exigindo-se uma alteração na própria Constituição para conter o ímpeto legislativo. Ora, os condicionantes políticos, econômicos e sociais é que devem ser considerados pela atividade legislativa, mas jamais a edição de uma lei tratando sobre serviços públicos, certamente inadiáveis, não pode ser postergada, ou mesmo impedida, apenas em função de uma pretensa responsabilidade fiscal, que, em verdade, possui apenas o claro propósito de fulminar propostas legislativas que regulamente o texto constitucional em matéria de direitos sociais.

A reforma tributária efetiva, sistemática e racional não é possível fazer, mas um arranjo pontual no texto da Constituição é possível promover, aliás, com a ardilosa convicção de que tal medida canalizaria os recursos públicos para uma efetiva prestação dos serviços públicos. Trata-se de uma proposta, ou aposta, pretensamente interessante no caminho da atividade financeira do

⁴² O texto aprovado foi um substitutivo apresentado pelo Relator da PEC, o Senador Delcídio do Amaral (PT/MT).

Estado, porém, caso seja aprovada, e tudo indica que ela será, o tempo há de provar se corporifica ou não mais um engodo político na Constituição Federal.

Quando se afirma que essa PEC prestigia a inércia, porque rompe o fluxo regulamentador dos direitos, isso decorre em função de dois aspectos: (a) a capacidade de imobilizar as reformas ou regulamentações legislativas em matéria de direitos sociais; e (b) não altera o modelo de repartição das receitas tributárias. Dito de outro modo, esses dois aspectos fazem negar a lógica de que a promoção da igualdade fática demande uma aceitação da desigualdade jurídica⁴³ e, para tanto, é sempre necessário regulamentar parâmetros de desigualdade jurídica que, quase sempre, exigem consideráveis custos na exigibilidade dos direitos.

E o que é pior: o argumento da contrarreforma tributária é justamente o de prestigiar a consolidação dos direitos sociais. Ora, se não há maiores repasses de recursos aos Estados membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, então, por que razão haveria maior fator de exigibilidade e concretização dos direitos sociais? Melhor seria, na inexistência de uma discussão mais sistêmica em curso no Parlamento, fazer melhor uso do produto das contribuições sociais⁴⁴, que, em tese, deveria ser entregue à socialidade, permitindo-se o repasse de recursos aos demais entes federados, no que superaria gozo exclusivo do produto delas pela União. Aliás, tudo isso com razoável compreensão de que a finalidade específica das contribuições sociais⁴⁵ alavancaria efetivamente a injeção de recursos nas áreas sociais⁴⁶, seguindo, portanto, se comparado com o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM), uma dinâmica mais efetiva de recursos destinados às áreas sociais. Só que o bolo das contribuições sociais é um trunfo valioso da União e, nessa qualidade, toda e qualquer proposta de alteração do atual modelo, infelizmente, sofrerá forte resistência no quadro político da Administração Federal, mesmo quando, em contrapartida, ocorra uma redução dos percentuais do

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 417.

⁴⁴ Em verdade, a expressividade do percentual total das contribuições sociais na arrecadação da União, ainda que se possa infirmar a utilidade ou importância da distinção entre tributo fiscal e extrafiscal, expressa um inevitável questionamento sobre a natureza extrafiscal das contribuições sociais, destacando-se, portanto, o matiz fiscal desses tributos [CAVALCANTE, Denise Lucena. Anotações sobre o Sistema Tributário Brasileiro. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPohl, Terence (coord.). **Direito Tributário**. Estudos em homenagem a Hugo de Brito Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 237-255, p. 247].

⁴⁵ Exetuando-se, evidentemente, as contribuições previdenciárias em função da perspectiva centralizadora, e razoavelmente exitosa, do Regime Geral de Previdência Social. Nesse bolo, por uma razão óbvia, não se inserem as contribuições dos regimes próprios de previdência dos demais entes políticos.

⁴⁶ VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sócias à luz do federalismo fiscal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 115, p. 91-113, mar./abr. 2014, p. 109.

FPE e do FPM, tal como objetiva a PEC n. 12/2013⁴⁷. Aliás, a expansão das contribuições sociais foi uma alternativa encampada pela União para *superar* as transferências constitucionais; logo, não é preciso muito esforço para notar o intenso interesse da União pela manutenção do atual regime [nada] distributivo do produto das contribuições sociais.

Tem-se, em verdade, na atual conjuntura do federalismo fiscal brasileiro, na tentativa de reforma tributária e fiscal, uma clara hipótese de dependência de trajetória (path dependence), pois “[o] custo — econômico, social, político, dentre outros — de alteração da ‘trilha’, ainda que pautada em alternativas possíveis em momentos anteriores, aumenta com o passar do tempo e a subsequente consolidação da decisão anterior [...]”⁴⁸, daí a razão das consideráveis dificuldades na alteração do sistema tributário vigente, aliás, com o infeliz prognóstico de sua manutenção com o decorrer do tempo, principalmente em função do custo político e econômico que eventual mudança acarretaria à ciranda político-econômica brasileira. Nesse ponto, a permanência do modelo atual de tributação indireta sobre o consumo, mediante ICMS⁴⁹, a despeito das intermináveis críticas, representa um claro exemplo de que a tese da trajetória de dependência aplica-se à política tributária brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os posicionamentos tomados e, sobretudo, as proposições e exposições apresentadas neste artigo, concluímos que:

(a) não há Estado Social sem fluxo econômico e, claro, sem uma correspondente atividade financeira compatível com os inevitáveis custos das prestações sociais, isto é, não há como admitir um regime de socialidade assentado, tão-somente, na fundamentalidade dos direitos, mas, sobretudo, na exigibilidade deles em função dos condicionantes político e econômicos de uma sociedade;

(b) inexiste pacto federativo cooperativo, ainda que permeado num engendrado sistema de repartição de competências e de receitas tributárias,

⁴⁷ Disponível em:<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/geftPDF.asp?t=124279&tp=1>>. Acesso em 30 ago. 2015. Aliás, essa PEC, no início de julho deste ano, obteve aprovação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.

⁴⁸ CARVALHO, André Castro. *Path dependence e reforma do sistema tributário e de federalismo fiscal brasileiro*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, vol. 92, p. 11-57, mai./jun. 2010, p. 20.

⁴⁹ Acredita-se que a instituição do Imposto de Valor Agregado (IVA), além de maior racionalidade e eficiência na arrecadação tributária, seria clara expressão de transparência fiscal e simplificação das relações jurídicas tributárias, compreendo, assim, um caminho mais eficaz para a consolidação da cidadania fiscal no Brasil. Além disso, à mão de reforço, “[a] a maioria das economias mais desenvolvidas adoptaram, no âmbito da tributação indireta, modelos de impostos do tipo IVA sobre o consumo” (CATARINO, João Ricardo. *Redistribuição tributária*. Estado social e escolha individual. Coimbra: Almedina, 2008, p. 562).

quando existe ente federados num inevitável regime de sujeição financeira e, assim, corporificando intoleráveis obstáculos político-econômicos de transformação social por meio da prestação dos serviços públicos, tal como denuncia a parca qualidade e quantidade dos serviços públicos ofertados à sociedade pelos Municípios;

(c) a discussão sobre o federalismo fiscal não se limita à mera definição dum sistema de repartição fiscal, mas também sobre os encargos a serem suportados por cada ente político, ou seja, sobre o dimensionamento das competências administrativas e, consequentemente, o nível de descentralização na prestação dos serviços públicos;

(d) a reforma tributária, sempre adiada e cercada de notórias dificuldades políticas, representa uma clara hipótese de *trajetória de dependência*, por quanto, por mais que se sustente a existência de modelos mais eficientes de política tributária, como, por exemplo, tributação sobre o consumo do tipo IVA, os custos políticos na alteração do sistema vigente, com o passar do tempo, tornam cada vez mais difícil uma mudança estrutural no modelo malogrado, fazendo com que, no caso brasileiro, as reformas sejam apenas pontuais, postergando, assim, uma solução mais justa e eficiente de política tributária; e

(e) a vedação de transferência de encargos financeiros por lei, sem comprovação de fonte orçamentária, aos entes federados, na prestação de serviços públicos, ainda que possa constituir uma medida de responsabilidade fiscal, pode, por outro lado, revelar-se um mecanismo para frear a atividade política, isto é, limitar excessivamente a regulamentação dos direitos sociais e, por conseguinte, a exigibilidade deles em face das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ALEY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACETI, Camila Moraes. Federalismo fiscal e financiamento da saúde e da educação na América Latina: o caso da Colômbia, Argentina e Uruguai (sic). **Revista de Direito Educacional**. São Paulo, vol. 04, p. 65-86, jul./dez. 2011.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BULOS, Uadi Lammégo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL, Nazaré da Costa. **Programação e decisão orçamental**. Da Racionalidade das Decisões Orçamentais à Racionalidade Económica. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, André Castro. Path dependence e reforma do sistema tributário e de federalismo fiscal brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 92, p. 11-57, mai./jun. 2010.

CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária**. Estado Social e Escolha Individual. Coimbra: Almedina, 2008.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Anotações sobre o Sistema Tributário Brasileiro. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (coord.). **Direito tributário**. Estudos em homenagem a Hugo de Brito Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 237-255.

CORTINA, Adela. **Ética sin moral**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para a reflexão. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 69, p. 07-25, jul./ago. 2006.

FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution**. Government and the Decent Life. Oxford: Clarendon Press, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; GRECO, Marco Aurélio. Desafios do federalismo fiscal brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 02, p. 97-104, jul./dez. 1998.

HORTA, Raul Machado. Estrutura da Federação. **Revista de Direito Público**. São Paulo, vol. 20, nº 81, p. 52-56, jan./mar. 1987.

_____. Tendências atuais da federação brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, vol. 16, nº 81, p. 07-19, jul./set. 1996.

LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra o tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: _____; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus Estado Social?** A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos "Direitos Adquiridos". Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Federalismo fiscal e pacto federativo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 61, p. 179-192, mar./abr. 2005.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TRIGUEIRO, Oswaldo. A evolução do regime federal brasileiro. In: SARAIVA, Paulo Lobo (coord.). **Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.

UYEDA, Massami. **Da competência em matéria administrativa**. São Paulo: Ícone, 1997.

VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sócias à luz do federalismo fiscal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 115, p. 91-113, mar./abr. 2014.

ANEXOS

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 84, de 2015⁵⁰.

Acrescenta os §§ 6º e 7º ao art. 167 da Constituição Federal, para proibir a imposição e a transferência, por lei, de qualquer encargo financeiro decorrente da prestação de serviço público para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como proibir a criação ou aumento de despesa que não conste da lei orçamentária anual ou do projeto de lei orçamentária anual enviado pelo Chefe do Poder Executivo, nos termos que especifica.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 167 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 6º e 7º:

Art. 167. [...].

[...].

§ 6º. A lei não imporá nem transferirá qualquer encargo financeiro decorrente da prestação de serviço público, inclusive despesas de pessoal e seus encargos, para a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, sem a previsão de fonte orçamentária e financeira necessária à realização da despesa ou sem a previsão

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=176431&tp=1>>. Acesso em 27 ago. 2015. A PEC, que tramitava em regime de urgência e será ainda votada na Câmara Federal, foi aprovada pelo Senado no dia 26 de agosto de 2015.

da correspondente transferência de recursos financeiros necessários ao seu custeio, ressalvadas as obrigações assumidas espontaneamente pelos entes federados e aquelas decorrentes da fixação do salário mínimo, na forma do inciso IV do art. 7º.

§ 7º. A lei, no momento de sua aprovação, não poderá criar ou aumentar despesa que não conste da lei orçamentária anual ou do projeto de lei orçamentária anual enviado pelo Chefe do Poder Executivo, além de observar as disposições da lei de que trata o art. 163, inciso I, e atender, quando cabíveis, as condições estabelecidas no art. 169.

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 172, de 2012⁵¹.

Dá nova redação ao art. 167 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 167 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.167. [...].

[...]

§ 6º. A União diretamente ou através de qualquer ato normativo não imporá ou transferirá qualquer encargo ou prestação de serviços aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios sem a previsão de repasses financeiros necessários ao seu custeio.

§ 7º. O disposto no § 6º aplica-se ao disposto nos arts. 7º, inciso V, e 198, § 5º, e aos demais pisos salariais cuja competência de definição foi delegada à União.

§ 8º. É vedada a aprovação dos atos previstos no § 6º sem que exista dotação orçamentária no orçamento da União destinada ao seu pagamento, ou sem que estejam acompanhados de aumento permanente de receita ou redução permanente de despesa no âmbito federal que compense os efeitos financeiros da nova obrigação assumida pela União, com os atos só passando a vigorar,

⁵¹ A redação abaixo é a da PEC já aprovada pela Câmara Federal, inclusive em segundo turno, no dia de setembro de 2015, conforme o texto do substitutivo da Comissão Especial apresentado pelo deputado federal André Moura (PSC/SE) e, agora, ela, devidamente encaminhada, aguarda aprovação no Senado. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1383002&filename=Tramitacao-PEC+172/2012>. Acesso em 07 out. 2015.

nos dois últimos casos, quando implementadas as medidas compensatórias. (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

*** Recebido em 11 dez. 2014.**



TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO ATO-NEGÓCIO ADMINISTRATIVO: UMA PERSPECTIVA DE COLABORAÇÃO

*Hendrick Pineiro da Silva**

*Lídia Maria L. R. Ribas***

Resumo

A partir de uma análise bibliográfica exploratório-descritiva é construída uma perspectiva da transação tributária como ato-negócio administrativo com juízos acerca dos enunciados presentes no direito positivo sobre a matéria, recorrendo-se nesta tarefa às lições da doutrina nacional e internacional. Apoia-se na necessidade de implementarem-se mecanismos alternativos à jurisdição, em um contexto de Poder Judiciário assoberbado para posicionar a transação tributária como instrumento na solução de controvérsias entre fisco e contribuintes. Busca revelar as características do instituto a partir da teoria geral do direito, descrevendo as feições que ele assume no campo do direito público. Apresenta as características dos atos administrativos como forma de manifestação da vontade da Administração. Neste caminho, aborda o tema da bilateralidade nos atos administrativos para chegar na possibilidade de atos administrativos negociais, unilaterais em sua formação e bilaterais em seus efeitos, que diferem dos contratos administrativos no que tange à orientação das vontades envolvidas. Por fim, apresenta a Transação Tributária como ato-negócio administrativo, no qual os interesses da Administração e do Administrado assumem uma postura paralela com vistas ao interesse comum de extinguir o crédito tributário; uma perspectiva que se justifica na formação de um interesse público por colaboração.

Palavras-chave

Transação Tributária. Acesso à Justiça. Ato administrativo. Mecanismos alternativos na solução de conflitos.

TAX TRANSACTION AS GOVERNMENT ACT-DEAL: A COLLABORATION PERSPECTIVE

Abstract

From an exploratory-descriptive bibliographic analysis this paper builds a perspective of the fiscal agreements as an administrative act-deal from the current statements in positive law on

* Advogado especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Pesquisador membro do grupo de estudos Mecanismos Alternativos na Solução de Conflitos, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e professor da disciplina de Direito Financeiro na mesma universidade. E-mail: hen_drick@hotmail.com.

** Mestre e doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica - PUC de São Paulo. Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e orientadora na graduação e pós-graduação da UNIDERP/ANHAN-GUERA e da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. E-mail: limaribas@uol.com.br.

the subject, using the lessons of national and international doctrine. It relies on the need to implement alternative mechanisms to the jurisdiction, in the context of an overwhelmed Judiciary that uses fiscal agreements as a tool to solve disputes between tax authorities and taxpayers. It seeks to reveal the technical features of fiscal agreements from the general theory of law to describe the features that it assumes in the field of public law. It presents the characteristics of the administrative acts as the government's will manifestation. It addresses the issue of bilateralism in administrative acts to get to the possibility of negotiable administrative acts that are unilateral in the very beginning but also presents bilateral effects, which differ them from the administration contracts in regard to the orientation of the interests involved. Finally, it presents the fiscal agreements as a governmental act-deal, in which the interests of the Administration and Citizens assume a parallel position in regard to the common interest to extinguish the tax debt; a perspective that is justified in forming a public interest in collaboration.

Keywords

Fiscal Agreements. Access to Justice. Administrative act. Alternative mechanisms for conflicts resolution.

1. ASPECTOS CONCEITUAIS INTRODUTÓRIOS

O texto é fruto das discussões interdisciplinares conduzidas no projeto de pesquisa Mecanismos Alternativos na Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul — FADIR/UFMS, fórum que congrega pesquisadores ligados a diferentes áreas como direito, economia e Administração, com vistas a propor novas abordagens a velhas mazelas, apropriando-se da função instrumental do Direito para produzir respostas a problemas estabelecidos, sem descuidar da fundamentação e justificação inerentes à legitimidade do discurso jurídico.

Dentro desta proposta e a partir de uma análise bibliográfica exploratório-descritiva aproximaram-se as características do objeto estudado e sobre elas constrói-se uma proposta de transação tributária como mecanismo alternativo na solução de conflitos entre Fisco e Contribuinte. Neste caminho, encontrou-se na transação tributária um instrumento eficiente para enfrentar controvérsias derivadas da atividade impositiva do Estado. A implementação deste mecanismo “tem como objetivo garantir certeza e segurança na aplicação das normas em caso concreto sem litígio ou seja, garantindo que a interpretação e aplicação da norma é feita consensual e atempadamente” (GUIMARAES, 2008, p. 165).

O estudo de mecanismos alternativos à jurisdição na resolução de conflitos, como a Transação Tributária, se justifica na urgente necessidade de desafogar um Poder Judiciário sobre carregado. Esta crise é evidenciada no Relatório Justiça em Números elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que mostra que o impacto da Execução Fiscal para o Poder Judiciário.

A execução fiscal representa 32% de toda a tramitação do Poder Judiciário; 40% do estoque de processos pendentes, mas apenas 13% dos casos novos. Em outras palavras, a principal dificuldade da execução fiscal consiste na liquidação do estoque que cresce

ano após ano. Mesmo com esforços empreendidos para aumentar o número de processos baixados (26% de aumento em 2011 e 7,5% em 2012), o estoque permanece subindo, haja vista que os processos baixados representam, na execução fiscal, apenas 85,1% dos casos novos. A taxa de congestionamento da execução fiscal é de 89%, ou seja, a cada 100 processos em tramitação, apenas 11 são baixados no decorrer do ano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 49)

Partindo para a análise das características do instituto, em um primeiro momento tem-se a transação como negócio jurídico, ou seja, como operacionalização, em nível da autonomia de vontades, dos interesses envolvidos. Na Transação, a autorregulação de interesses ocorre pela manifestação de vontade com o objetivo específico de eliminar a controvérsia, acomodando as pretensões, tornando-as certas. Maria Helena Diniz ressalta que a Transação é

Acordo de vontade entre os interessados, pois, por ser um negócio jurídico bilateral em que as partes abrem mão de seus interesses, será imprescindível a manifestação volitiva dos transatores; logo não poderá haver transação em virtude de lei (2006, p. 279).

A Transação, enquanto instituto jurídico, respeita o regime jurídico dos interesses patrimoniais envolvidos sendo, nas palavras de Pontes de Miranda, “o ramo do direito que rege o direito não patrimonial é que responde se pode haver, quanto a esse, transação, e o ramo do direito público que rege o direito de caráter público é que responde se, quanto a ele, pode haver transação” (2003, p. 189).

Tanto na Transação Civil quanto na Transação Tributária a manifestação de vontade das partes é requisito absolutamente essencial para a realização do ato, por esta razão, mesmo sob as regras de Direito Público, não deixa de ser um negócio jurídico em sua essência, ainda que diferindo em sua forma.

Manifestando-se sobre a forma da Transação, Pontes de Miranda ensina que “a Transação há de ter a forma que teria o negócio jurídico cujo conteúdo fosse o da modificação operada ou o do negócio jurídico cujos efeitos são por ela declarados. Por si só, não exige forma especial” (2003, p. 169).

Por este caminho, uma vez operacionalizada no seio de obrigações tributárias, de natureza afeta ao Direito Público, a Transação Tributária adota a forma dos atos jurídicos praticados no exercício da atividade administrativa — regime jurídico de direito público —, ou seja, tomará forma de ato administrativo.

2. ATO ADMINISTRATIVO COMO MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Ato jurídico pode ser conceituado como “uma prescrição, uma norma. Em outras palavras uma regra destinada a regular comportamentos”. Ainda sobre ele pode-se afirmar que “pode não resultar de uma manifestação de vontade humana, mas significará sempre uma declaração, destinada a reger o comportamento de alguém” (SUNDFELD, 2002, p. 86).

A manifestação de vontade é o evento exterior, forma como a ação do indivíduo é percebida pelos sentidos. Carlos Ari Sundfeld afirma que a produção de atos jurídicos “é uma das atividades estatais mais importantes e frequentes” sendo estes o significado desta ação (manifestação de vontade) para o Direito (2002, p. 87). Para Hely Lopes Meirelles “A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos (2005, p. 148).

Renato Alessi (1970), ao discorrer sobre as diferenças entre a atividade jurídica do indivíduo e da Administração, consigna que no Direito Privado a atividade jurídica do indivíduo, dirigida à produção de modificações jurídicas apoia-se sobre o conceito de negócio jurídico, definido como declaração de vontade direcionada diretamente à produção de efeitos jurídicos. Já na Administração, a simples manifestação de vontade de um determinado órgão administrativo não é, por si só, apta a gerar efeitos jurídicos, uma vez que a estrutura do Direito Público estabelece um sistema de controles sobre os órgãos da Administração de forma que determinada manifestação jurídica deve obedecer a determinados elementos essenciais para que passe a produzir efeitos no mundo jurídico.

Fundada no conceito de ato jurídico civil, a doutrina de Hely Lopes Meirelles considera ato administrativo “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos Administrados ou a si própria” (2004, p. 149).

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2006) a denominação “ato administrativo” surgiu com o objetivo de individualizar uma espécie de ato jurídico, praticado pelo Estado, cujas características são contrapostas às dos atos jurídicos civis e dos atos típicos dos poderes legislativo e judiciário. Para este autor

O que particulariza o ato administrativo e justifica que se formule um conceito que o isole entre os demais atos jurídicos, é a circunstância de que ele tem peculiaridades (a) no que concerne às condições de sua válida produção e (b) no que atina à eficácia que lhe é própria (MELLO, 2006, p. 353).

Marçal Justen Filho, após apresentar ressalvas quanto a uma conceituação fortemente influenciada pelo conceito de ato jurídico presente no Direito Privado, apresenta ato administrativo como “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa” (2005, p. 185). Esta definição abrange em si toda a atividade do estado no desempenho da função administrativa, abrangendo os atos de aplicação da lei, a atividade regulatória e os atos convencionais.

Partindo da premissa que nem todo ato praticado no seio da Administração Pública é ato administrativo e; nem todo ato administrativo provém da Administração Pública (MELLO, 2006), pode-se construir que são atos administrativos aquelas manifestações de vontades qualificadas pelas normas típicas do Regime Jurídico de Direito Público.

As normas que instituem e regulamentam o Regime Jurídico de Direito Público são fundamentais para a compreensão da forma como as manifestações de vontade da Administração tornam-se vinculantes. Partindo-se da premissa de que o Direito é um sistema homogêneo formado unicamente por normas jurídicas (BOBBIO, 2011), pode-se sustentar qualquer manifestação de vontade — incluindo os atos administrativos — “somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência” (MELLO, 2012, p. 208).

A vontade negocial, inclusive nos atos administrativos, “é pressuposto de atuação da norma jurídica que a tenha como suporte fático, portanto sómente há juridicidade onde haja norma jurídica que atribua efeitos jurídicos a algum fato, inclusive o volitivo” (BATISTA JUNIOR, 2007, p. 206).

Vasco Branco Guimarães (2008) reconhece que falar em vontade no processo de constituição da obrigação tributária é um tema delicado, na medida em que o princípio da autotributação — pelo qual o povo através de seus representantes aprova normas tributárias que impõem o limite de seu sacrifício patrimonial em favor do Estado —, a *prima face*, não há espaço para discricionariedade na definição do fato tributável e do montante devido.

Entretanto, segundo o autor: “uma reflexão mais cuidada revelará que estas afirmações são válidas ao nível da norma de incidência (que define o *an*) mas já não ao nível das restantes fases da estrutura da obrigação de imposto ou seja, lançamento, liquidação e pagamento” (GUIMARAES, 2008, p 138).

Tem-se que a relação jurídica tributária nasce de fato quando é realizado o lançamento; que consiste em ato no qual “opera-se a aplicação concreta da lei tributária ao fato jurídico tributário” (BORGES, 1999, p. 113).

A aplicação da lei ao fato jurídico tributário ocorre no processo de incidência jurídica, caracterizado por duas operações simultâneas: a identificação

de um evento — ocorrido do plano da realidade fática e posicionado pelas diretrizes de espaço e tempo — que espelha as características presentes em determinada norma; e a submissão, que estabelece o vínculo jurídico entre dois ou mais sujeitos estabelecendo e delineando a relação jurídica cominada pela norma, como consequente a ocorrência da situação colhida (CARVALHO, 2010).

O processo de incidência envolvido no lançamento envolve necessariamente juízos interpretativos realizados por sujeitos competentes eleitos pelo sistema. Camila Campos Vergueiro assinala que a indispensável participação do homem no processo de positivação “visto que a norma jurídica não surge de outra norma jurídica pura e simplesmente, pois é por meio da edição de normas pelos sujeitos postos pelo sistema como competentes para tanto que são introduzidas novas normas no sistema” (2009, p. 45).

O lançamento — enquanto processo de introdução de novas normas de obrigação fruto da aplicação das regras de tributação — é um potencial gerador de conflitos, na medida em que a dialogia inerente ao processo interpretativo pode induzir o consenso entre emissor e receptor da mensagem normativa, que conduz ao seu cumprimento voluntário, quanto a discordância entre estes. Defende-se que “nos casos em que há discordância entre a interpretação dos comunicadores, a dialogia jurídica permite aos destinatários submeter a contenda ao exame das autoridades administrativas e judiciais” (ARAÚJO, 2011, p. 151).

Como já defendeu-se em outra oportunidade, a Transação Tributária “[...] figura como uma ferramenta para a eliminação de controvérsia, de forma a tornar certa a relação jurídica tributária por meio da introdução do consenso no processo de positivação” (RIBAS; SILVA, 2013, p. 20). Quer-se ressaltar que o conflito operacionalizado no seio da Transação deriva do lançamento, enquanto processo de aplicação de normas tributárias, nunca da instituição do tributo em si (*an*).

A pacificação e obtenção do consenso na operação de interpretação e aplicação da norma resulta numa vantagem importante na gestão e aplicação do sistema fiscal desde que sejam respeitados os princípios da transparência e se garanta uma clareza na aplicação das regras (GUIMARAES, 2008, p. 165).

O Lançamento é um ato administrativo que estabelece a existência do fato jurídico tributário, concretizando uma norma individual derivada da aplicação da norma geral de tributação. Neste contexto, é operacionalizado pelas regras do chamado Direito Tributário Formal, composto pelas normas de Direito Tributário Administrativo, que “ocupa-se do tributo sob uma ótica essencialmente dinâmica, caracterizada pelo exercício da função tributária concreta” (BORGES, 1999, p. 83).

Assim como o Lançamento, a Transação, enquanto fruto da atividade de cobrança do tributo, é regida por normas de Direito Administrativo Tributário. Como é de sua própria natureza, esta consiste em negócio jurídico bilateral, no qual há a convergência de vontades, no sentido de por termo a determinada controvérsia, sobre relações jurídicas. Cabe neste ponto um esclarecimento no sentido de posicionar a Transação Tributária como ato jurídico em sentido estrito e não contrato administrativo.

3. BILATERALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos, forma típica que se revestem os atos jurídicos produzidos pelo Estado (em regra) na realização da atividade administrativa podem ser unilaterais — ato jurídico em sentido estrito —, ou bilaterais — contratos administrativos —, ficando excluídos desta classificação, os atos jurídicos praticados pela Administração Pública, em regime de direito privado.

Para Vicente Ráo, a concepção de direito público subjetivo baseia-se nos seguintes postulados:

- a) o Estado só é sujeito de direitos quando e enquanto for concebido como um ente de atividade juridicamente limitada;
- b) a existência dos direitos públicos subjetivos é possível apenas quando o Estado reconhece que a deveres ele próprio está sujeito.
- c) assim sendo, enquanto no direito privado a obrigação unilateral das pessoas, resultante de atos de sua vontade, constitui a exceção — para o Estado, a obrigação unilateral (ou seja, sua auto-obrigação) é a regra e, consequentemente, as pretensões jurídicas individuais (perante o Estado, advém, de modo primacial, de atos unilaterais, como são as leis, os regulamentos e os provimentos (apud JELLINEK, 1999, p. 72-73).

Por esta lição, tem-se que é regra a manifestação unilateral da Administração como desdobramento do princípio da estrita legalidade a que está adstrita atividade administrativa.

Estabelecendo um link com as relações jurídicas obrigatoriais, a sempre precisa lição de Serpa Lopes (2001) ensina que a vinculação de uma prestação a outra, pode ser genética — vinculação originária das prestações — ou funcional — vinculação na execução das obrigações —. No mesmo compasso, Agustín Gordillo afirma que *“puede distinguirse la uni o bilateralidad tanto en la formación del acto (si concurre a él la voluntad de un sólo sujeto de derecho, o la voluntad de más de un sujeto de derecho) como en sus efectos (si el acto crea derechos y deberes para un sólo sujeto o para más de uno)”* (2003, p. IV-24).

O professor argentino considera tão preponderantes as diferenças entre as espécies de atos estatais — ato administrativo e contrato administrativo —, ao ponto de elevar esta diferenciação ao nível conceitual, não aceitando o contrato administrativo como espécie de ato administrativo. Este autor afirma que o contrato administrativo não é ato *“puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica”* (GORDILLO, 2005, p. IV-22).

A bilateralidade à qual faz menção o mestre portenho para diferenciar o contrato administrativo de ato administrativo em sentido estrito, reside na sua formação. Sobre a formação do ato (provimento) administrativo, Renato Alessi (1970) estabelece uma classificação entre atos subjetivamente complexos e contratos. Segundo o autor em ambas as figuras, atividades de sujeitos distintos se fundem (em razão da unidade de finalidades imediatas), em um bloco funcional unitário, mediante a conexão e coordenação das distintas unidades elementares constitutivas. O autor detalha ainda em que ponto estas espécies se afastam.

el elemento diferenciador entre dichas dos categorías es de naturaleza sustancial y se refiere a la distinta posición asumida por el interés de los sujetos de los que provienen las distintas manifestaciones volitivas que se funden: posición paralela en caso del acto complejo y posición contrapuesta en el contrato (ALESSI, 1970, p. 289-290).

Seguindo as pegadas do professor italiano, quando houver a conjugação de mais de uma vontade funcional com a mesma orientação, em um bloco unitário, ocorrerá a formação de um ato subjetivamente complexo e não um contrato administrativo. A orientação a que se reporta o autor relaciona-se com os interesses envolvidos, diz com, portanto, uma coordenação de desígnios com vistas a um objetivo comum.

Em nosso direito, conforme bem observa Carlos Victor Muzzi Filho, há várias situações nas quais há “o concurso de vontades da Administração e do Administrado para a formação do ato (negócio) administrativo, que não se aperfeiçoa a não ser que haja a conjugação das vontades das partes” (2003, p. 14).

Esta categoria de atos administrativos denominados atos (negócios) administrativos ou atos negociais é formada pelos atos que “são editados em situações nas quais uma determinada pretensão do particular coincide com a manifestação de vontade da Administração” (ALEXANDRINO; PAULO, 2005, p. 359). Os atos negociais “embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do Administrado, mas não adentram a esfera contratual” (MEIRELLES, 2005, p. 186).

A doutrina de Alessi (1970) sustenta que, para ser considerado ato (ou como ele denomina, provimento) administrativo deve-se identificar a presença de um elemento estrutural — manifestação voluntária de poder com autonomia estrutural e funcional — e de um elemento funcional — realização imediata de um interesse público —. Por autonomia estrutural e funcional, o autor entende que a manifestação de vontade deve estar revestida dos pressupostos procedimentais para sua produção.

A vontade do particular, na realização dos atos negociais, é pressuposto procedural para sua produção, ou seja, “certos atos (ou negócios) que decorrem da necessária conjugação de vontades entre Administração e Administrado” (MUZZI FILHO, 2003, p. 14). Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello “não afeta a unilateralidade a circunstância, muito freqüente, de o ato depender, para sua produção ou para seus efeitos, do concurso da vontade do particular, seja solicitando-lhe a prática, seja aceitando seus efeitos” (2006, p. 407). Sobre o mesmo escólio, Onofre Batista Júnior defende que:

A participação da vontade do administrado, informal ou formal, não arreda, necessariamente, a unilateralidade da atuação da Administração. Por outra face, mesmo quando a Administração, pelo menos em princípio, despe-se de sua autoridade, como nos contratos administrativos, o Direito Público não abdica de fazer prevalecer a vontade administrativa, deixando quase sempre, a possibilidade de uma atuação mais imperativa (2007, p. 232)

Após defender a possibilidade da ocorrência de ato administrativo em sentido estrito unilateral, composto da conjugação de vontades paralelas da Administração e do particular, resta ainda, a tarefa de defender a possibilidade de haver ato administrativo unilateral em sua formação e bilateral em seus efeitos. Neste sentido Agustín Gordillo sustenta que:

Ni la solicitud del interesado, aceptada por la administración, ni el acto de la administración, consentido por el particular, dan lugar de por sí a la formación de actos bilaterales; sin que ello signifique, por cierto, que pueda prescindirse en el primer caso de la voluntad del interesado, ni que ella carezca de relevancia en el segundo (2003, pp. IV-28-IV-29).

A doutrina de Renato Alessi (1970), em classificação dos atos (provimentos) administrativos baseada nos efeitos jurídicos, admite dentro da categoria dos atos de efeito constitutivo, a existência de atos constitutivos de direitos recíprocos entre a Administração e o Administrado. Com orientação semelhante, Hely Lopes Meirelles ao discorrer sobre os atos negociais consignou que

[...] são e continuam sendo atos administrativos (e não contratos administrativos), mas de uma categoria diferenciada dos demais,

porque geram direitos e obrigações para as partes e sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente (2005, p. 186).

Esta concatenação de ideias tem por fim posicionar entendimento que o ato administrativo em sentido estrito e o contrato administrativo diferenciam-se, primordialmente, no fato de o primeiro ser na sua formação unilateral e o segundo ser bilateral. Esta bilateralidade, presente no contrato administrativo, deriva da natureza contraposta dos interesses que formam o ato. Por conseguinte, se houver coordenação de distintas manifestações de vontades, coincidentes, paralelas, no sentido da formação de um único ato, este constituirá um ato administrativo em sentido estrito. Quer-se fixar que existem atos administrativos em sentido estrito para os quais é indispensável a participação da vontade do Administrado na sua formação, circunstância essa que não afeta a unilateralidade do ato, figurando apenas como requisito para sua consecução. Para concluir, existem atos, que por sua vez, apesar de unilaterais em sua formação, poderão ser bilaterais no que tange aos seus efeitos.

4. A TRANSAÇÃO COMO ATO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL

A relação jurídica tributária é uma obrigação *ex-lege*, ou seja, a vinculação entre o contribuinte e o Estado não nasce a partir de um movimento de vontade específico neste sentido e sim como consequência da realização do fato imponível. Aliomar Baleeiro (2002) em seu rebate contundente ao caráter contratual da Transação, prega que esta não é contrato uma vez que não cria obrigações, somente modifica e extingue obrigações preexistentes. O negócio jurídico transacional opera-se no seio da obrigação tributária já constituída.

Art. 171 do CTN¹ é a previsão legal, para que, mediante autorização de lei específica, os sujeitos da obrigação tributária possam realizar o negócio jurídico em que consiste a transação, ou seja, realizar as concessões mútuas que importem na extinção da controvérsia sobre o crédito tributário.

Carlos Victor Muzzi Filho (2003), ao discorrer sobre a Transação Tributária, faz um paralelo entre a figura Brasileira e o Concordato tributário italiano. Este autor relaciona entendimentos de autores como Alessi e Stammati, para defender ambas as figuras como formalizadas por um ato estruturalmente único. Sobre o papel da vontade do contribuinte na formação deste ato, o autor conclui que:

Certo é, contudo, que, tanto na transação, quanto na concordata, a vontade do contribuinte é elemento absolutamente essencial, de tal forma que, não havendo a manifestação desta vontade, não

¹ *In verbis*: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário” (BRASIL, 1966).

há nem transação, nem “concordato tributário” (MUZZI FILHO, 2003, p. 26).

Em ordem de concretizar, o negócio jurídico em que consiste a Transação há a formação de um ato único, a partir de uma convergência de vontades entre Administração e Administrado. Na lição de Hely Lopes Meirelles:

Atos administrativos negociais são todos aqueles que contém uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Pú- blico (2005, p. 187).

Admitir a possibilidade de convergência entre as vontades da Adminis- tração e do Administrado na formação do ato administrativo implica em aban- donar uma perspectiva liberal, que pregava um Estado de Direito Formal no qual a lei servia de limite frio ao campo de atuação estatal, para admitir em legalidade como “não como mera pauta de limite da atuação estatal, mas como regra de predeterminação do conteúdo dessa atuação” (GRAU, 2005, p. 179), o que só é possível em um cenário de Estado de Direito Material.

Casalta Nabais (2004) defende que não há relação antinômica entre esta ideia de Estado Social e o conceito de Estado de Direito, sendo necessário, para o completo desenvolvimento do segundo, a realização das ações econômicas e sociais inerentes ao primeiro, culminando na realização de um Estado de Di- reito Material, que consiste em:

Um estado que, para assegurar a liberdade entendida como ‘a possibilidade real de desenvolvimento da personalidade do indi- víduo em sociedade garantida juridicamente’ (apud BÖCKEN- FÖRDE), se concretiza em dois vectores: garantia da liberdade aos que dispõem das condições fácticas da mesma, consubstanciada assim no respeito dos clássicos direitos, liberdades e garantias fundamentais através essencialmente da abstenção ou não inter- ventão estadual; e garantia dessa mesma liberdade aos que estão desprovidos de tais condições, materializada na criação e promo- ção dos pressupostos da mesma através da acção e intervenção do estado, mormente através de prestações sociais ou direitos so- ciais, que assim se configuram como verdadeiros ‘direitos de li- berdade social’ (apud BIRK), pois ‘os direitos fundamentais soci- ais afirmam que o liberalismo é um liberalismo social’ (apud RAMM) (NABAIS, 2004, p. 575).

No atual Estado Democrático de Direito, influenciado pelos ideais soci- ais, existe um liberalismo positivo que consiste na legitimação do poder pelo seu exercício democrático (CANOTILHO, 1998). Neste modelo de Estado, a função administrativa passou a ser vista como “*actividad concreta, dirigida, a través de*

una acción positiva, a la realización de lós fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la coletividad" (ALESSI, 1970, p. 7).

Juntamente com a desconstrução de um Estado de Direito (liberal) fechado e robotizado pelos conceitos da legalidade dogmática, a Administração Pública adquiriu novas feições. O Estado de Direito Material (social) deixou de ter somente o caráter de órgão executivo, passando a ter caráter ativo na busca pelo interesse público (GRAU, 2005). Leciona Canotilho que:

A função administrativa consiste na concretização e realização dos interesses públicos da comunidade, quer dando execução a decisões ou deliberações, constantes de actos legislativos, actos de governo, e actos de planificação, quer intervindo, conformadora ou ordenadoramente, na prossecução dos fins (de interesse público) individualizados na Constituição e nas leis (1998, p. 604).

Ao analisar o fenômeno de sucessão entre o Estado de Direito Formal (liberal) e o Estado de Direito Material (social), Odete Medauar conclui que "após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade" (1992, p. 182). Esta orientação sustenta a obtenção de um interesse público pela via da colaboração.

Atualmente, não se pode reduzir a compreensão do interesse público ao interesse estatal. O interesse público é uma expressão que designa diversos interesses coletivos e sociais, e até individuais. A Administração Pública não detém o monopólio de definir o interesse público de forma unilateral; ao contrário, ele deve ser definido em um processo dialético que garanta a expressão dos diversos interesses. Daí a importância da participação da cidadania nas relações jurídico-administrativas desencadeadas pela Administração Pública (SCORSIM, 2007, p. 139).

As diretrizes sobre o controle e delineamento do interesse público, nesta nova orientação do Estado, deixaram de ser monopólio da Administração, sendo a sociedade "o conglomerado de associações e organizações que indicam ao Estado a política a desenvolver e estabelecem ordem de prioridades" (MEDAUAR apud AZZARITI, 1993, p. 182).

Em ordem de traçar o atual perfil do interesse público, em um panorama de Estado de Direito Material (social), Celso Antonio Bandeira de Mello (2006) explica que os interesses públicos emanam, em última instância das partes que integram o corpo social no presente, e que o integrarão no futuro, portanto, somente se justificam enquanto constituírem-se em meio de realização dos interesses destes indivíduos como um todo. O autor conclui que

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com

os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os ditos individuais (MELLO, 2006, p. 57).

Há de se ressaltar que, os interesses dos indivíduos que integram a sociedade, tidos individual ou coletivamente, têm proteção do ordenamento jurídico, portanto “a ideia de oposição entre interesse público e privado há de ser substituída pela ideia de complementaridade”. [...] Na hipótese de conflito entre eles, a solução será dada pelo método da ponderação (SCORSIM, 2007, p. 138). Para Odete Medauar

O interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social e nasce da composição entre os vários interesses públicos, os interesses privados e de grupo (admitida, portanto uma relação não de contraposição extrínseca, mas de composição entre os diversos interesses) [...]; há um valor moralizador da conflitualidade e busca de consenso, previstas e explícitas, que substituem as casuais e ocultas que nasce das pressões privadas e corporativas e da ativação facultativa de sujeitos mais vigilantes e dotados (apud ALLEGRETTI, 1992, p. 183).

No ideário de Celso Antonio Bandeira de Mello o interesse público não é um conceito jurídico obtido a partir da dissociação do interesse das partes integrantes da sociedade, uma vez que representa uma faceta dos interesses daqueles indivíduos quando comparecem na qualidade de corpo social. Portanto, converte-se em erro atribuir a ele o “status de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes” (2006, p. 56).

Em linhas conclusivas deste item, defende-se que, na medida em que o Estado arrogou para si a tarefa de minimizar as desigualdades, em busca de uma sociedade mais equânime, o perfil da Administração Pública adquiriu também notas de atividade aberta à participação social ativa. A legalidade administrativa experimentou mudanças neste contexto; a lei formal deixou de ser comando expresso que determinava onde e como devia agir o Administrador, tomando feições de parâmetro para a atuação estatal. Para Estevão Horvath (2010, p. 154) “a tendência nos ordenamentos jurídicos tributários modernos é no sentido da colaboração entre a Administração Tributária e o particular na atividade de ‘gestão tributária’”.

A Transação Tributária deve ser utilizada como ferramenta para promover uma conjugação de vontades paralelas ante a unidade de objetivo — a extinção do litígio acerca dos contornos da obrigação tributária —. Esta unidade de desígnios que resulta na formação de um interesse público por colaboração e, forte nas lições de Alessi (1970), exclui a possibilidade de tratar-se

de uma relação contratual — marcada pela natureza oposta dos desígnios envolvidos.

Assim, defende-se para a transação tributária a natureza de ato administrativo (em sentido estrito) de natureza negocial. Tal ato, por quanto unilateral em sua origem — como da natureza dos atos administrativos — revela a bilateralidade nos seus efeitos, característica típica do negócio jurídico, descrevendo precisamente a operacionalização da transação no Direito Tributário e auxiliando na compreensão do instituto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Transação implica em um negócio jurídico, conjugação de vontades com um fim específico de por fim a uma controvérsia. A Transação Tributária, cuja utilização se justifica enquanto mecanismo alternativo à jurisdição, para resolução de conflitos entre Administração e Administrado, está submetida ao Regime Jurídico de Direito Público e é formalizada por meio de ato administrativo.

A manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos é elemento essencial da Transação. Na realidade do Regime Jurídico de Direito Público, ao qual estão submetidos os atos de lançamento, esta manifestação somente é autorizada em hipóteses específicas, previstas em lei, não cabendo qualquer margem de discricionariedade ao administrador por decorrência do princípio da legalidade.

Defende-se que a Transação tem lugar mesmo diante da estrita legalidade, na medida em que a própria incidência da norma jurídica — decorrente necessariamente da intervenção de um intérprete —, em uma perspectiva dialógica, pode figurar como um potencial gerador de conflitos decorrentes do descenso na construção das proposições normativas entre dois sujeitos. Neste contexto, a Transação figura como um elemento introdutor do consenso na construção da norma individual e concreta que retrata o vínculo tributário. As concessões recíprocas retratadas nas manifestações de vontade de Fisco e Contribuinte eliminam a incerteza e, com isso, o litígio sobre a legitimidade do crédito tributário, viabilizando o cumprimento voluntário da prestação.

O conflito que obstaculiza o cumprimento voluntário da prestação tributária, tornando litigioso o crédito tributário, tem origem no ato administrativo de lançamento, que como o tal, reflete uma manifestação de vontade qualificada da Administração. Estas podem ser unilaterais ou bilaterais tanto em relação à origem do vínculo como em relação aos efeitos produzidos.

Os atos administrativos diferem-se dos contratos administrativos na medida em que nestes a conjugação de vontades entre Administração e Admi-

nistrados dá origem ao vínculo jurídico, ao passo que aqueles são fruto de manifestação unilateral de vontade estatal. Entretanto, admitir que os atos administrativos se originem de manifestação unilateral de vontade administrativa não implica negar nem que a vontade do particular possa figurar como requisito essencial do ato administrativo, nem que este ato possa ter efeitos bilaterais, vinculando tanto o Administrado quanto a Administração. Nesta possibilidade erige-se o conceito de ato-negócio administrativo como manifestação unilateral do estado, para a qual a vontade do particular em identidade de desígnios com a Administração colabora como requisito essencial.

Justamente em razão da convergência de interesses se posiciona a Transação Tributária no seio dos atos administrativos negociais em uma proposta na qual a vontade do particular figura como requisito procedural indispensável à formação do ato. Esta análise se justifica no atual estágio do Estado de Direito Material, no qual a busca pelo interesse público deixou de ser um monopólio do Estado e, em uma perspectiva democrática, passando a ser partilhado com a sociedade. Neste panorama os interesses público e privado no lugar de se excluírem, se complementam em uma relação de ponderação que visa à formação de uma legalidade legítima, a partir de um dever de colaboração.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Clarisse Von Oertzen de. **Incidência jurídica, teoria e crítica.** São Paulo: Noeses, 2011.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona-Espanha: Bosch Casa Editorial, 1970.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo.** 7. ed., Niterói-RJ: Impetus, 2005.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BATISTA JUNIOR, Onofre. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** São Paulo: EDIPRO, 2011.
- BORGES, Jose Souto Maior. **Lançamento tributário.** 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966, **Código Tributário Nacional**. Presidência da República. Portal Online. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em 22 de jun. 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3. ed., Lisboa-PT: Almedina, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2013**. Brasília, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos** vol. V. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Agostín. *Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo*, tomo III. 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARAES, Vasco Branco. **O papel da vontade na relação jurídico-tributária (Contributo para a compreensão da possibilidade técnico-legal da conciliação e transação como forma de extinguir o crédito tributário)** in SARAIVA FILHO, Osvaldo Othon de Pontes; GUIMARAES, Vasco Branco, **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso**, Belo Horizonte: Forum, 2008.

HORVATH, Estevão. **Lançamento tributário e “Autolançamento”**. 2.ed., São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil** vol. III. 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balester Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico, plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado tomo XXV**. Campinas: Bookseller, 2003.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. A vontade do contribuinte no direito tributário: existem 'contratos fiscais'? **Revista jurídica da procuradoria geral da fazenda estadual de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 48/49/50, out. 2003, p. 11-32.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra-Portugal: Almedina, 2004.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4. ed. São Paulo: RT 1999.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues; SILVA, Hendrick Pinheiro. Transação como mecanismo alternativo na resolução de conflitos tributários. **Derecho y Cambio Social**, v. 34, p. 1, 2013.

SCORSIM, Ericson Meister. O processo de evolução do Estado, da Administração Pública e do Direito Administrativo. **Interesse Público**, ano 9, n. 42, mar./abr. 2007, Porto alegre: Notadez, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERGUEIRO, Camila Campos. **Obrigações tributárias — O processo de positivação e as Causas Suspensivas de sua Exigibilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

* Recebido em 25 nov. 2014.



O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1997

*José Augusto Fontoura Costa**

*Fernanda Sola***

*Solange Teles da Silva****

Resumo

O artigo descreve o sistema de solução de controvérsias da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito dos Usos Não-Navegacionais dos Cursos d'Água Internacionais, de modo a apresentar uma interpretação detalhada e avaliar sua capacidade de promover maior legitimidade e certeza jurídica. Portanto, realiza-se a interpretação dos dispositivos convencionais para verificar quais funções tal sistema pode cumprir, mediante a compreensão da delegação a terceiros a competência de opinar e decidir em suas controvérsias, criando um direito mais duro (*hard law*) e tendente ao cumprimento voluntário. Decerto, o sistema limita a adjudicação à CIJ ou à arbitragem (terceiros com poder decisório final) a situações em que há consentimento das partes para um caso determinado, ou mediante cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. São obrigatórias em seu texto as negociações e as comissões de inquérito. Isso, porém, não impede que se cumpram as principais funções de sistemas de solução de controvérsias: é apenas uma opção normativa possível e adequada para incrementar o número de possíveis signatários e aderentes. Dada a recente entrada em vigor da Convenção, o presente artigo não traz evidências empíricas que corroborem, ou não, a hipótese de que o sistema de solução de controvérsias adotado tem condições de gerar maior cumprimento do Direito e compromisso com a governança dos rios internacionais. Dada a ausência de interpretações e análise dos instrumentos adotados pela Convenção, o artigo contribui para avaliar sua possível adoção pelos Estados ribeirinhos de bacias como a do Rio da Prata e do Rio Amazonas.

Palavras-chave

Cursos d'água internacionais. Rios. Bacias. Solução de controvérsias.

* Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de São Paulo (USP). Pesquisador do CNPq (produtividade).

** Pós-Doutoranda em Engenharia de Produção. Professora do Mestrado em Sustentabilidade da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar).

*** Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora (produtividade) do CNPq.

DISPUTE RESOLUTION SYSTEM OF THE 1997 NEW YORK CONVENTION

Abstract

The article describes the dispute settlement system of the United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses so as to provide a detailed interpretation and evaluate its ability to promote greater legitimacy and legal certainty. Therefore, we make the interpretation of conventional rules to verify which functions such a system can perform through the delegation to third parties of the power to intervene in their behavior and decide their disputes, creating international hard law in order to foster voluntary compliance . The resource to ICJ or arbitration (third party with final decision-making power) is restricted to situations in which the parties consent to the adjudication in a specific case or through the optional clause of compulsory jurisdiction . The text, however, provide for mandatory negotiations and commissions of inquiry . This, however , does not bar the performance of the main functions of dispute settlement systems; it is a possible and appropriate option to increase the number of potential signatory and acceding states . Given the recent entry into force of the Convention , this article does not provide empirical evidence supporting the hypothesis that the dispute settlement system adopted is able to generate greater compliance and commitment to the governance of international rivers . However, given the absence of interpretation and analysis of the instruments adopted by the Convention , the article contributes to evaluate its possible adoption by riparian states of the Plate and the Amazon basins.

Keywords

International watercourses. Rivers. Basins. Dispute resolution.

1. INTRODUÇÃO

Aos 21 de maio de 1997 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas um tratado internacional de vocação universal para regular os usos dos rios que não a navegação. Em setembro do mesmo ano seria prolatada a sentença da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso Gabcikovo-Nagymaros, iniciado em 1993 por acordo especial (*compromis*) de Hungria e Eslováquia para solucionar disputa referente a projetos de geração hidroelétrica e regularização do curso do Danúbio¹.

Assim, uma importantíssima sentença da CIJ e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito dos Usos Não-Navegacionais dos Cursos d'Água Internacionais (Convenção) emergem com menos de seis meses de diferença, demonstrando não apenas a centralidade do tema dos usos múltiplos dos recursos hídricos em bacias de drenagem internacionais, mas a necessidade de estabelecer sistemas pacíficos de solução de controvérsias para o tema.

O presente artigo contribui para o aprofundamento da compreensão da também denominada Convenção de Nova Iorque de 1997 mediante a análise e interpretação dos mecanismos estabelecidos para a resolução de disputas. Busca, portanto, compreender de que maneira a sistemática convencionalmente adotada se aplica aos possíveis conflitos e, particularmente, se chega a

¹ Para o texto do julgamento, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>, consultado em 10 de fevereiro de 2015.

se constituir em um instrumento de delegação decisória a terceiros, fortalecendo a exigibilidade da convenção. Para tanto, apresenta um breve panorama do Direito internacional referente a controvérsias e litígios, uma breve descrição da Convenção e, principalmente, uma interpretação detalhada do sistema adotado.

2. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO INTERNACIONAL

A doutrina internacionalista normalmente lança mão da dicotomia entre sistemas políticos ou diplomáticos e sistemas jurisdicionais de solução de controvérsias². A propriedade que as diferencia é a atribuição a terceiro da capacidade de decidir definitivamente sobre a questão em disputa. Formas como os bons ofícios, a conciliação, a mediação e as comissões de inquérito não implicam qualquer atribuição aos terceiros intervenientes de poder decisório, mesmo quando estes emitem umas opiniões ou relatórios.

Disputas jurídicas podem derivar de qualquer das fontes do Direito internacional, desde que exista aspecto controverso. Embora muitas vezes exista a necessidade de instituir meios adequados a analisar e avaliar a licitude de condutas em face de normas costumeiras, a matéria deste artigo se refere especificamente princípios e regras estabelecidos convencionalmente por meio de tratado que regula formas próprias e específicas de solução de controvérsias.

Nesse âmbito específico, é ilustrativo retomar a classificação de *hard* e *soft law* proposta por Kenneth Abbott e Duncan Snidal.³ A maior *dureza* ou *maciez* das regras é medida a partir de três dimensões: (1) a *clareza* das normas, capazes de reduzir o espaço interpretativo; (2) a *obrigatoriedade* das disposições, eventualmente postas para gerar obrigações e responsabilidade para as partes; e (3) a *delegação* a terceiro para decidir a respeito do sentido e das obrigações derivadas das normas em questão.

² P. ex: ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo B. *Manual de Direito Internacional Público*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 827-863. BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 2001. P. 253-280; BRIERLY, J. L. *Direito internacional*, 4ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979. P. 355-408; BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, 6ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 671-696; COLLIER, John; LOWE, Vaughan. *The settlement of disputes in international law: institutions and procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1999. SHAW, Malcolm N. *International law*, 6ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. P. 1010-1117; MURTY, B. S. Solución de controversias. In SORENSEN, Max (Org.) *Manual de Derecho Internacional Público*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1973; VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 433-478.]; VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madri: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1978. P. 390-414.

³ Hard and Soft Law in International Governance. In *International Organization*, v. 54, n. 3. Cambridge, Ma: IO Foundation and the MIT, summer 2000.

Ao contrário da clareza e da própria obrigatoriedade, a delegação parece, à primeira vista, ser uma questão de tudo ou nada: ou se atribui a terceiro, ou não. No entanto, a possibilidade de escalonar em distintas fases, cada qual mais estrita, afasta tal percepção: é possível, à medida em que se reduzem as possibilidades argumentativas e decisórias, gerar circunstâncias que favorecem uma solução concertada ou, em último caso, favorecem a legitimação procedural⁴. Não obstante, é certo que a possibilidade de adjudicar uma questão sempre lança a “sombra do direito⁵” sobre as tratativas anteriores e, contanto, dá maior eficiência às etapas anteriores. Aceita-se, portanto, haver também um aspecto de *intensidade* na atribuição a terceiros.

A análise do sistema de solução de controvérsias da Convenção, portanto, não se restringe às categorias clássicas, ou a um posicionamento radical, mas se adapta à necessidade de considerar a existência de possíveis escalonamentos capazes de levar a resultados satisfatórios sem necessariamente chegar aos instrumentos jurisdicionais. A forma de cada fase e seu sequenciamento, portanto, devem ser objeto de apreciação na análise do sistema convencional de solução de controvérsias.

A própria estrutura e fluxo, portanto, servem para avaliar os papéis e funções dos meios previstos. Decerto, além do objetivo óbvio de resolver disputas, a adoção de sistemas específicos ajuda a tornar os compromissos normativamente assumidos mais firmes e confiáveis, facilitando a efetivação de padrões de justiça e submissão ao Direito. Ademais, quando chega a haver um uso relativamente intenso e consistente das instâncias jurisdicionais, há apoio à governança e robustecimento do conhecimento e segurança jurídicos capazes de fortalecer a legitimidade do regime jurídico internacional, legitimando-o, portanto.⁶

Além disso, o Direito internacional admite, atualmente, algumas formas de acesso dos sujeitos de Direito interno à jurisdição internacional. Além das formas clássicas da proteção diplomática, há meios que possibilitam o acesso aos tribunais internacionais. Indivíduos podem peticionar diretamente na Corte Europeia de Direitos Humanos e, no sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, com mediação da Comissão de Direitos Humanos⁷.

⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*, 2nd ed. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1983.

⁵ BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. Baragaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. *Fordham International Law Journal*, v. 24. 2000. MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of law: the case of divorce. *The Yale Law Journal*, v. 88, n. 5. 1979. P. 950-997.

⁶ KINGSBURY, Benedict. International courts: uneven judicialization in global order. *The Cambridge companion to International Law*. CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. _____. *Processo internacional de Direitos Humanos*, 3^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. VARELLA. Obra citada. P. 478-485.

Também podem sentar no banco dos réus no Tribunal Penal Internacional⁸. Particulares, pessoas físicas ou jurídicas, têm acesso a arbitragem internacional em matéria de investimentos, com destaque para as promovidas pelo Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID)⁹.

Não é, como se verá, o caso da Convenção. O sistema previsto é clássico e admite tão somente a legitimidade, passiva e ativa, de Estados. Dada a função legitimadora do incremento da transparéncia em face da opinião pública e da sociedade civil organizada¹⁰, faz-se preciso abordar formas de participação mais flexíveis, como o acesso aos documentos, acesso às audiências e possibilidade de apresentar documentos de *amicus curiae*.

Portanto, da análise da Convenção é possível observar aspectos relevantes para sua legitimação mediante a institucionalização e jurificação de decisões, sobretudo observando a estrutura e escalonamento das fases da sistemática de solução de controvérsias e a abertura à participação da sociedade civil. Antes de enfrentar a análise específica desses aspectos, porém, é necessário apresentar a Convenção e sua estrutura normativa de atribuição de deveres jurídicos.

3. A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS USOS NÃO NAVEGACIONAIS DOS CURSOS D'ÁGUA INTERNACIONAIS

Desnecessário reafirmar a profunda importância dos rios para o aparecimento das civilizações e para a continuidade da vida e sociedade humanas. Não obstante, a distribuição de suas águas é geograficamente heterogênea e, portanto, já há muito são objeto de duríssimas disputas. Não é sem razão que Winston Churchill denominou *A Guerra do Rio* seu interessantíssimo livro sobre a campanha britânica no Sudão, em torno da imemorial essencialidade do regime de cheias do Nilo para a prosperidade do Egito¹¹. Por outro lado, já ao

⁸ Regras em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf, consultado em 10 de fevereiro de 2015.

⁹ COLLIER e LOWE, obra citada. COSTA, José A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

¹⁰ ASCENCIO, Hervé. L'Amicus curiae devant les juridictions internationales. *Revue générale de droit international public*, T. 105, v. 4. 2001. P. 897-930; HOWSE, Robert. Membership and its privileges: the WTO, civil society, and the *amicus* brief controversy. *European Law Journal*, v. 9, n. 4. 2003. P. 496-510; LEVINE, Eugenia. *Amicus curiae* in international investment arbitration: the implications of an increase in third-party participation. *Berkeley Journal of International Law*, V. 29. 2011. P. 200-224; RAZZAQUE, Jona. Changing role of friends of the court in the international courts and tribunals. *Non-State Actors and International Law*, v. 1. 2002. P. 169-200.

¹¹ *The river war: an account of the reconquest of Sudan*. Londres, edição abreviada. Londres: Longman: Green & Co, 1902. Cópia livre disponível em <http://www.gutenberg.org/ebooks/4943>, consultado em 9 de fevereiro de 2015.

menos em 2.500 aC. identificam-se os primeiros traços de acordos sobre rios, quando as cidades sumérias de Lagash e Umma chegaram a bom termo sobre um tributário do Tigre¹².

Sem recuar tanto ao passado, até pelo risco dos tão frequentes anacronismos, o pouco mais de um século que separa a Conferência de Viena de 1815 e a Convenção de Barcelona de 1921 foi rico na busca de formas adequadas para incrementar os fluxos econômicos mediante a regulação jurídica dos rios internacionais. Nesse período o principal uso que chamava a atenção de governantes e diplomatas era a navegação; uso não consumptivo e que pouco altera a qualidade da água, embora possa depender de obras de regularização de fluxo para o melhor aproveitamento¹³.

A temática da diversidade de usos só veio a ganhar mais corpo depois da Segunda Guerra Mundial, quando a geração de energia hidrelétrica ganhou importância. Na América do Sul, em particular, houve disputas políticas intensas entre Argentina e Brasil a respeito da construção e operação da usina de Itaipu¹⁴. As controvérsias em torno da barragem de Farakka, envolvendo Índia e Bangladesh, o caso Gabčíkovo-Nagymaros, entre Hungria e Eslováquia, e as polêmicas a respeito da represa de Aswan, no Nilo, são outros exemplos em contextos similares.

A passagem das preocupações em torno da navegação para a hidroeletricidade e outros usos como questões centrais da gestão de rios internacionais foi marcada por outros dois fenômenos político-jurídicos importantes: (1) o incremento das questões ambientais e de Direitos Humanos e, por conseguinte, a questão dos usos múltiplos dos recursos hídricos fez com que o tema deixasse de ser exclusivamente estratégico e econômico, para envolver atores e racionalidades diversas e (2) a tradicional doutrina de soberania exclusiva sobre as águas territoriais, proclamada na Doutrina Harmonn, foi dando passo à comunidade de interesses dos Estados ribeirinhos e o reconhecimento de direitos à qualidade e quantidade da água¹⁵.

A Convenção aparece exatamente no contexto da passagem da preocupação econômica e política com os usos múltiplos para a agregação de questões ambientais e de Direitos Humanos. Iniciada em 1971 a atividade da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas¹⁶ a respeito do tópico, no momento em que a crescente utilização hidroelétrica dava sinais de potencial

¹² MIDDLETON, Nick. *Rivers: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹³ SOLA, Fernanda. *Direito das águas na Amazônia*. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁴ CAUBET, Christian G. *As grandes manobras de Itaipu*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

¹⁵ SOLA, obra citada.

¹⁶ Para a documentação original das negociações, veja-se http://legal.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado aos 13 de dezembro de 2014.

geração de conflitos, e com aprovação do texto cerca de cinco anos depois de realizada a Rio 92, houve crescente inclusão de novas temáticas.

Dada a extensão e complexidade, não é possível detalhar, aqui, todas as normas e direitos estabelecidos. A estrutura normativa da Convenção reflete a longa e complexa história de sua formação, apresentando uma regulação integralmente atrelada a conceitos clássicos de sujeito e obrigações internacionais, ao mesmo tempo em que, no preâmbulo e em várias disposições do articulado, traz maior ênfase ambiental. Mais importante, porém, é um afastamento mais marcado das teorias marcadamente territorialistas, como a Doutrina Harmon, na medida em que cria direitos e deveres para os Estados, com efeitos jurídicos sobre a possibilidade de iniciar projetos planejados, atrelada a deveres de notificação, cooperação, negociação e prazos de suspensão das obras, gerando um delineamento da responsabilidade internacional dos Estados mais exigente do que os padrões normais.

A relativa clareza das normas e estabelecimento de obrigações jurídicas a partir do texto convencional revelam uma densidade considerável, preenchendo em graus relativamente elevados as duas primeiras condições da caracterização do *hard law*¹⁷. Talvez essa seja uma razão importante para a demora em obter as 35 ratificações exigidas pelo Artigo 36, passando-se mais de 16 anos entre a aprovação e o vigor da Convenção.

Por seu turno, a possibilidade de adjudicar as controvérsias a terceiros depende, especificamente, de submissão mediante compromisso, uma vez surgida a disputa, ou previamente admitida nos termos da Convenção. A segunda hipótese é instituída no Artigo 33, 10, o qual autoriza a declaração facultativa de reconhecer a jurisdição da CIJ e/ou a de um tribunal arbitral formado e conduzido em conformidade com o Anexo. Até o presente, das 36 Partes, apenas três optaram por se declararem submetidas à decisão de terceiros, em todos os casos aceitando tanto a jurisdição da CIJ, quanto a de tribunal arbitral¹⁸.

4. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A sistemática convencional de solução de controvérsias vem tratada no Artigo 33, composto por 10 parágrafos, e no Anexo, com 14 Artigos. O sistema de solução de controvérsias tem por objeto a “interpretação e aplicação da presente Convenção” (Artigo 33, 1) e pode ser derrogado por ajuste específico en-

¹⁷ ABBOTT; SNIDAL. Obra citada.

¹⁸ Montenegro, Holanda e Hungria se declararam submetidas à CIJ e à arbitragem, conforme https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en, consultado em 3 de fevereiro de 2015.

tre as partes, como, por exemplo, o que, em acordo criando instituição internacional de gestão da bacia, remete a competência a um mecanismo arbitral especial. Além disso, admite-se expressamente a possibilidade de as partes, conjuntamente, buscarem meios de resolver suas disputas já em face de negociações fracassadas (Artigo 33, 2), inclusive mediante a submissão à CIJ.

Além das negociações a convenção prevê a instituição obrigatória de comissão de Inquérito (“*fact finding commission*”, “*commission d'enquête*” ou “*comisión de determinación de los hechos*”) (Artigo 33, 4 a 9), bem como possibilita às partes a submissão à CIJ ou a um procedimento arbitral próprio (Artigo 33, 10). Portanto, não chegando as negociações a bom termo e transcorridos seis meses de sua instituição, pode haver:

1. Submissão à CIJ (Artigo 33, 10, a);
2. Submissão à arbitragem do Anexo da Convenção (Artigo 33, 10, b);
3. Instauração de comissão de inquérito (Artigo 33, 4 a 9); ou
4. Qualquer outra forma de solução admitida pelas partes (Artigo 33, 2).

Não chega a haver, portanto, um amplo e contínuo escalonamento, mas a previsão de uma fase de negociações seguida por *um* dos mecanismos que tenha sido consentido pelas partes; seja especificamente (1 e 2) ou simplesmente mediante a submissão à Convenção (3).

4.1. Submissão à CIJ e/ou à arbitragem

Para que possa ocorrer 1 ou 2 é preciso que os Estados do curso d'água partes na controvérsia tenham, a qualquer momento, aceito cláusula convencional de reconhecimento da submissão compulsória (sem necessidade de *compromis*) à CIJ e/ou à arbitragem.

Não há, nas regras convencionais, determinação de qual jurisdição deve ser preferencial; em outras palavras: se ambas as partes na controvérsia optam pelas duas modalidades de submissão compulsória, é possível à reclamada opor exceção à CIJ ou à arbitragem com base no caráter prioritário de tal alternativa?

Entende-se, aqui, haver preferência da CIJ, sendo possível excepcionar o juízo arbitral com fulcro no Artigo 1 do Anexo, o qual se inicia com a ressalva “a menos que as partes na controvérsia disponham de outra maneira”, o que pode resultar tanto de escolha realizada nos termos do Artigo 33, 2, quanto da existência de consentimento para submissão à Corte, conforme o Artigo 33, 10. Seria, portanto, possível excepcionar a arbitragem com base na submissão compulsória à CIJ, mas não vice-versa.

Não há regra a respeito do afastamento unilateral da submissão geral e compulsória à CIJ ou à arbitragem, pois o Artigo 33, 10 apenas indica os momentos (ratificação, aceitação, aprovação, adesão ou a qualquer tempo) em que esta pode, por escrito, ser declarada, mas não admite expressamente modalidade reservada quando a sujeito ou matéria, bem como retirada do consentimento. Tal regulação tampouco aparece em outras regras convencionais, do que parece defluir o caráter irrevogável da declaração de submissão efetivada.

Cautela é necessária na eventual analogia de tal declaração com a cláusula facultativa de jurisdição compulsória tratada no Artigo 36, 2 do Estatuto da CIJ (ECIJ). Decerto, a retirada dos Estados Unidos em decorrência da controvérsia iniciada pela Nicarágua teve plenos efeitos, em que pese não haver no ECIJ previsão explícita neste sentido. O argumento americano, naquele caso, de que o fundamento da cláusula é o consentimento estatal e, portanto, sem este não subsiste a jurisdição é forte pode ser esgrimido contra a irrevocabilidade¹⁹. Entendimentos anteriores ao caso, não obstante, parecem convergir para a compreensão de haver limitação da liberdade de revogar a declaração de jurisdição obrigatória, pois esta só seria possível “quando existe, a esse respeito, uma reserva expressa na declaração, ou quando concorrem as condições que permitem sua retirada amparada no princípio *rebus sic stantibus*”²⁰.

No que se refere à possibilidade de aceitar documentos de *amicus curiae*, a CIJ não prevê qualquer instrumento formal no que se refere à jurisdição contenciosa, embora o Artigo 50 do ECIJ abra esta possibilidade na jurisdição consultiva. É fato que o particular ou organização interessados podem disponibilizar as opiniões especializadas ao Estado a que possam interessar, fazendo chegar à Corte por via transversa. Há grande número de documentos apresentados à CIJ por particulares a cada ano, as quais são sistematicamente rejeitadas, dada a norma do Artigo 34 do ECIJ.²¹

¹⁹ SCOTT, Gary L.; CARR, Craig L. The ICJ and compulsory jurisdiction: the case for closing the clause. *American Journal of International Law*, v. 81. 1987. P. 57-76. Em 1938, no sistema da Corte Permanente de Justiça Internacional, o Paraguai também repudiou a cláusula facultativa de jurisdição compulsória, apoiando-se no argumento de que a declaração feita sem termo final não pode ser pressuposta como eternamente obrigatória e, portanto, admite a retirada a qualquer momento; também se aponta a cláusula *rebus sic stantibus*; para descrição e comentários, FACHIRI, Alexander P. Repudiation of the optional clause. *British Yearbook of International Law*, n. 20. 1939. P. 52-57.

²⁰ MURTY. Obra citada P. 654.

²¹ RAZZAQUE. Obra citada. P. 172-176.

Do ponto de vista da CIJ, instituição cuja jurisdição contenciosa deve se estender às questões da Convenção a partir da declaração de submissão compulsória, observa-se o devido preenchimento da hipótese do Artigo 36, 1²² do ECIJ. Não há, pelo menos em princípio, qualquer óbice à afirmação da jurisdição. A declaração de submissão à arbitragem utiliza, por seu turno, implica o emprego de mecanismo específico, regulado no Anexo da Convenção.

A notificação da arbitragem deve conter a matéria da arbitragem e a base normativa convencional especificada. Não havendo consenso entre as partes a respeito do objeto da arbitragem, este será determinado pelo tribunal (Anexo, Artigo 2). Havendo matéria conexa com o objeto da disputa, o tribunal deve processar eventuais reconvenções (Anexo, Artigo 11).

Em controvérsias entre duas partes, o tribunal se compõe de três membros; se houver mais de duas partes, estas devem se alinhar conforme os interesses e escolher, para cada polo, um árbitro. Cada parte indica seu árbitro e os dois, de comum acordo, um terceiro, encarregado de presidir o tribunal (Anexo, Artigo 3). As decisões são tomadas por maioria (Artigo 12).

Se uma das partes na controvérsia não se apresenta à arbitragem, é possível solicitar a continuidade do procedimento e a prolação do laudo. Não há, porém, pura e simples presunção de verdade fática ou jurídica decorrente da revelia, pois se mantém a necessidade de o tribunal se satisfazer com os fundamentos fáticos e normativos aduzidos.

Quando uma das partes não indica seu árbitro em dois meses da requisição, este será indicado pelo Presidente da CIJ (Anexo, Artigo 4, 2). Se os árbitros indicados não chegarem a consenso a respeito do presidente a ser designado em dois meses contados da indicação do segundo árbitro, este será escolhido pelo Presidente da CIJ (Anexo, Artigo 4, 1).

Não há impedimentos expressos à indicação dos árbitros pelas partes, mas o presidente não pode ser nacional ou residente em qualquer dos Estados ribeirinhos do curso d'água a que se refere a controvérsia ou haver atuado no caso em qualquer outra função (Artigo 3, 1). Ressalte-se que o emprego da expressão "Estados ribeirinhos" em lugar de "Estados do curso d'água" implica a extensão do impedimento aos nacionais ou residentes em Estados onde se situe parcela do mesmo curso d'água e não apenas nos Partes na Convenção. Embora tampouco exista regra sobre impedimentos dos árbitros eventualmente indicados pelo Presidente da CIJ, é de boa cautela respeitar esses mesmos parâmetros.

²² "A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor."

O Direito aplicável pelo tribunal, em que pese o fato de ser seu objeto a interpretação e a aplicação, não se restringe ao texto convencional, mas, conforme o Anexo, Artigo 5, inclui as regras de Direito internacional. Por conseguinte, cabe a aplicação, *ex officio* ou por provocação das partes, de normas costumeiras e principiológicas, bem como a busca de fontes materiais supletivas na jurisprudência e doutrina internacionais. Mais cediço o terreno do Direito convencional que envolva as partes; entendendo-se razoável aceitar sua utilização como meio de comprovar entendimentos e interpretações, sem possibilitar jamais a utilização dos mecanismos convencionais para fazer valer direitos e deveres ajustados em outro documento. As regras procedimentais, por seu turno, são estabelecidas pelo próprio tribunal (Anexo, Artigo 6), o qual pode, se provocado por alguma parte, recomendar medidas cautelares ou antecipatórias (Anexo, Artigo 7).

É dever das partes na arbitragem facilitar as atividades do tribunal, inclusive mediante a oferta de documentos, informação e instalações, bem como possibilitando a chamada de testemunhas e especialistas, sem prejuízo da confidencialidade de informações e dados (Artigo 8). Também cabe aos Estados do curso d'água partes na controvérsia a divisão, em frações iguais, dos custos da arbitragem, os quais devem ser apurados e comprovados pelo tribunal (Artigo 9).

O Artigo 10 do Anexo autoriza a intervenção de terceiro na controvérsia, o qual deve ter interesse na matéria em disputa ou possa vir a ser afetado pela decisão, a juízo do tribunal. A simples interpretação gramatical do dispositivo não é conclusiva, pois a opção pelo vocábulo “parte” (“parties”, “partie” e “partes”; no plural em inglês e espanhol, mas no singular em francês) não é suficiente para indicar claramente de quem se trata: são entidades que se tornam “partes” ao ingressar na controvérsia? Se são os Estados partes na Convenção, por que não utilizar o termo “Estados do curso d'água”? São Partes da Convenção que também declararam submeter suas controvérsias à arbitragem? São quaisquer sujeitos, para atuação como *amicus curiae*, por exemplo?

De uma perspectiva lógica e sistemática é possível levantar as seguintes hipóteses a respeito do significado de “parte” no Anexo, Artigo 10:

1. Refere-se aos Estados do curso d'água, já que tal expressão não é utilizada no Artigo 33 e no Anexo;
2. Refere-se apenas aos Estados do curso d'água que declararam submissão à arbitragem;
3. Refere-se apenas às partes na controvérsia;
4. Refere-se a quaisquer Estados e outros sujeitos de Direito internacional; e

5. Refere-se a quaisquer interessados, dotados ou não de personalidade jurídica de Direito internacional.

Contra a hipótese 1 se coloca, ao lado do bom argumento gramatical a respeito da injustificada atecnia decorrente do uso de expressão diversa da definida no próprio texto convencional, o fato de que haveria iníquo benefício para os Estados do curso d'água que não tenham declarado a submissão arbitral, fundando-se a negativa de seu pedido de participar dos procedimentos na ausência de consentimento geral, vedada a jurisdição atrelada à casuística conveniência do interessado.

Por seu turno, a hipótese 3 não resiste à simples lógica, já que não faz sentido que um sujeito necessite de autorização do tribunal para intervir em procedimento do qual já é parte. Do ponto de vista gramatical, coloca-se contra as hipóteses 4 e 5 a constatação de "parte" se refere a alguém na controvérsia (hipótese 3) ou em algum instrumento internacional relevante para o sistema de solução de controvérsias (hipóteses 1 e 2); um terceiro Estado ou uma organização internacional não são partes de nada significativo para o caso.

A hipótese 2, observa-se, parece a mais resistente a críticas de ordem gramatical e lógica. Com efeito, não há incorreção em se indicar um Estado como "parte" em um sistema de solução de controvérsias, situação derivada, no caso, da declaração que consente com a jurisdição arbitral. Sua aplicação não gera qualquer iniquidade em relação aos demais Estados do curso d'água, os quais devem efetivar o consentimento com a jurisdição para participar nos procedimentos.

Merecem alguma atenção, sem embargo, as hipóteses 4 e 5, que ampliam sobremaneira o universo de petições possíveis. Cabe argumentar que o tribunal goza de amplas competências, inclusive para sugerir medidas cautelares e determinar seu próprio procedimento. Qual seria, então, sobretudo tratando-se de temática com intensos impactos sociais, reforçar a base de legitimação mediante a autorização da participação de *amici curiae* ou a observação com acesso aos documentos não confidenciais? Os tribunais não teriam discernimento suficiente para sopesar tal conveniência? Mesmo tentadores, tais argumentos devem ser afastados não apenas em razão dos aspectos gramaticais, mas, sobretudo, dada a estrutura dos direitos e obrigações convencionalmente estabelecidos, os quais sempre têm por titulares os Estados do curso d'água.

Por fim, o Artigo 14 do Anexo fixa o prazo máximo para a prolação do laudo em cinco meses contados da integral constituição do tribunal, sendo possível, a seu juízo, estendê-lo por cinco meses adicionais. Os requisitos mí-nimos do laudo são a indicação da decisão e sua motivação, bem como o nome das partes na controvérsia e dos membros do tribunal, acompanhados da data de emissão. É possível, aos árbitros, fazer anexar opinião dissidente.

As decisões são vinculantes e, salvo acordo em contrário, não admitem apelação (Anexo, Artigo 14, 3), embora se preveja a possibilidade de pedir esclarecimentos ao mesmo tribunal se emergirem controvérsias sobre a interpretação e aplicação do laudo (Anexo, Artigo 14, 4).

Decerto, a principal virtude do Anexo à Convenção é sua simplicidade. Resulta, no entanto, ser lacunoso a respeito de diversas matérias, do que deve ser prudente ou indicar um regulamento arbitral mais detalhado, ou indicar árbitros com experiência e conhecimento jurídico em arbitragem internacional.

4.2. Comissão de Inquérito

As comissões de inquérito podem ser um instrumento bastante eficiente de solução de controvérsias e vêm ganhando terreno tanto na área pública, quanto na privada²³, sendo um dos tipos de mecanismo de facilitação de solução pelas partes com o auxílio de terceiro, sem que este tenha o condão de decidir a respeito da matéria em disputa. Do ponto de vista de sua dinâmica, visa criar oportunidades para que as partes no procedimento manifestem suas pretensões e interpretações publicamente, de modo a gerar compromissos explicitamente assumidos e, portanto, difíceis de rejeitar; além disso, incentiva a geração de cooperação e consenso.

A sistemática da Convenção não estabelece, como às vezes ocorre, a comissão de inquérito como uma etapa preliminar a um procedimento arbitral ou jurisdicional. Nesses casos, além de buscar facilitar uma solução acordada, a comissão também serve para amealhar material probatório a ser utilizado pelo tribunal. Aqui, porém, tal segunda função não faz sentido, a menos que se resolva instituir formas *ad hoc* e que prevejam o recurso a tal expediente (Artigo 33, 3).

O resultado de uma Comissão de Inquérito nos termos da Convenção é um relatório, o qual pode ser adotado por maioria. Este será “submetido (...) às partes envolvidas e estabelecerá suas conclusões e as razões pelas quais faz as recomendações que julga apropriadas para uma justa solução da controvérsia” (Artigo 33, 8). Inexiste previsão de publicidade do relatório e, portanto, não cabe à Comissão realizar qualquer forma de publicação sem a anuência de *ambas* as partes. A publicação por qualquer das partes, porém, tampouco é proibida e, na ausência de qualquer regra estabelecendo um dever de sigilo, é difícil responsabilizar a parte que eventualmente o disponibilize, regendo a circunstância as regras gerais e costumeiras sobre responsabilidade dos Estados.

²³ OPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998.

Resta, aqui, a impressão de se estar diante de um silêncio planejado, buscando manter abertas as portas tanto dos Estados preocupados com o sigilo dos dados e informações sensíveis, quanto daqueles comprometidos com a opinião pública interna em matéria de transparência e responsividade. A maior cautela e conformidade ao espírito conciliador e cooperativo da Convenção recomendam evitar a publicação unilateral dos relatórios, mesmo em face da inexistência de proibição convencional específica e das inevitáveis pressões da sociedade civil organizada.

Pode-se questionar qual seria a importância de um relatório que permanecesse secreto. É muita, sem dúvida. Em primeiro lugar, coloca em cheque as posições adotadas pela parte que resiste publicamente a sua publicação; não será, em muitas circunstâncias, difícil inferir seu conteúdo da mera resistência em gerar a máxima transparência. Em termos discursivos, argumentos contrários à opacidade de um ente público são relativamente fáceis de ser agregados aos que se opõem às políticas hídricas planejadas e implementadas, de maneira a tornar mais robusta a oposição. Além disso, o outro Estado na controvérsia, mesmo sem divulgar, sabe o conteúdo do relatório e o empregará em suas futuras negociações e questionamentos. Porém, sem desconhecer o caráter conflitivo das arenas onde interesses contrapostos se digladiam, há nos procedimentos de comissões de inquérito elementos de cooperação importantes.

Como pressuposto para a feitura dos relatórios, busca-se franquear aos comissários o acesso ao máximo possível de informações. Portanto, a Convenção (Artigo 33, 7) estabelece explicitamente o dever dos Estados de prover informações e de permitir acesso ao território, locais e instalações relevantes. O levantamento e coleta de informações também pode ser utilizado pelas Comissões como meio de buscar favorecer o eventual entendimento entre as partes na controvérsia, não como um meio de provocar o constrangimento de alguma das partes, mas de facilitar a cooperação mediante a consolidação de dados e informações associados a compromissos assumidos para o uso dos recursos hídricos do curso d'água internacional.

A respeito de aspectos procedimentais, uma Comissão de Inquérito pode ser instituída, a pedido de um Estado do curso d'água, depois de esgotados seis meses de negociação e não houver solução jurisdicional ou arbitral. As partes nomeiam, cada uma, um membro e esses deverão indicar um terceiro componente, o qual exercerá a presidência. Se os membros não consensuarem a indicação em três meses, esse terceiro membro será indicado pelo Secretário Geral das Nações Unidas, não podendo recair sua escolha sobre nacional de qualquer dos Estados partes na controvérsia ou de qualquer dos Estados ribeirinhos (Artigo 33, 5). Observe-se: diferentemente das regras sobre arbitragem, nada impede a nomeação de residente que não seja nacional de qualquer ribeirinho.

Se uma parte deixar de indicar seu membro, o Secretário Geral das Nações Unidas escolherá, dentre os não nacionais dos Estados parte ou de qualquer ribeirinho, indivíduo que atuará como uma comissão de um membro só (Artigo 33, 5). Do mesmo modo, não há restrições para residentes não nacionais.

A Comissão deve determinar seu próprio procedimento (Artigo 6), sem haver qualquer previsão de acordo diverso das partes na controvérsia. Como órgão estabelecido e regulado pela Convenção, não se trata de matéria deixada à vontade das partes, não havendo qualquer razão para aceitar uma predominância do seu consentimento. Aqui, considerando que o resultado final sempre dependerá da vontade das partes, pois não há atribuição a terceiro do poder de decidir, não há porque dar às partes o poder de regular o procedimento. Não obstante, nada impede as manifestações dos Estados, separadas ou conjuntas, que visem convencer a Comissão de Inquérito a adotar regras e padrões procedimentais.

5. ANÁLISE E AVALIAÇÃO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA CONVENÇÃO

Como se viu, pequena é a adesão às formas de adjudicação à CCI ou à arbitragem. Possivelmente em face de alguns princípios e regras capazes de impor deveres e alargar as hipóteses de responsabilização dos Estados, a preferência por não delegar a terceiro a competência de decidir definitivamente a respeito de litígio pode ser indicador do interesse em preservar margens de manobra e pretensões soberanas dos Estados do curso d'água. Tal situação, decerto, se mostra mais relevante se considerado o fato de que nas mais importantes bacias que contam com Partes da Convenção, há muitos ribeirinhos para os quais esta não vigora e, consequentemente, é delicada a avaliação de se é razoável elevar os próprios padrões sem contrapartida juridicamente vinculante.

Destarte, deve-se considerar como predominante o sistema de solução de controvérsias que independe da declaração opcional de submissão à CCI ou à arbitragem, ou seja, o de comissões de inquérito que se sucedem a negociações frustradas. Do ponto de vista da jurificação, portanto, a Convenção é vigorosa em duas dimensões (clareza e criação de obrigações jurídicas), mas claudicante na adoção de um sistema jurisdicional de maior relevância. É certo que comissões de inquérito obrigatórias implicam maior atribuição de competências a terceiros do que a simples previsão de negociação, mesmo que não se dê a terceiro o condão de decidir a disputa.

Esse *plus* em relação à negociação, o qual envolve poderes da comissão de inquérito para exigir informações e visitar instalações e locais sensíveis,

além da emissão de relatórios cuja publicação integral ou parcial não é impossível, efetivamente *torna os compromissos jurídicos mais firmes e confiáveis*. Os danos reputacionais decorrentes de uma atitude pouco cooperativa, se não de má fé, em face da instauração e funcionamento de comissão podem ser até mesmo suficientes para tornar eficazes as regras e proporcionar atenção aos padrões mínimos de atuação estatal; considerando o papel de coordenação exercido pelas normas na medida em que atribuem sentido à ação dos atores sociais²⁴. Deste modo, o sistema também fomenta o *cumprimento* do Direito e tornando efetivos reclamos por *justiça* e incentivando a *governança* no que se refere ao tratamento dado pelos Estados aos cursos d'água internacionais.

Porém, dificilmente comissões de inquérito podem cumprir as funções de *robustecer o conhecimento jurídico e dar segurança jurídica*. Assim como a arbitragem dificilmente gera uma jurisprudência consistente, pois cada tribunal pode ter composição diversa, tampouco isso pode resultar de comissões de inquérito formadas para casos específicos. Além disso, o procedimento e a natureza dos relatórios divulgados terminam por se revestir de um caráter mais técnico ou científico do que especificamente jurídico, esclarecendo mais, p. ex., se as obras causarão danos e quais seriam as populações afetadas.

A forma prevista capaz de dar maior estabilidade d consolidar compreensões jurídicas a respeito da Convenção, inclusive com efeito de retroalimentação da clareza e obrigatoriedade das disposições, é a submissão à CIJ. Sem prejuízo das demais funções (demonstrar compromisso, fomentar o cumprimento e facilitar a governança), seria possível, ao longo do tempo, gerar decisões mutuamente consistentes na matéria dos cursos d'água internacionais e, contanto, consolidar a jurificação do regime convencional.

Há, como sói ocorrer, limites: (1) Não é de se esperar que o volume de decisões da CIJ seja particularmente alto, inclusive em virtude dos países hoje vinculados pela jurisdição necessária na matéria da Convenção. Curioso observar que *nenhum* dos três países optantes compartilha partes de um mesmo curso d'água, ou seja, seria impossível haver caso baseado no Artigo 33, 10; (2) os frágeis incentivos e espírito de colegialidade na CIJ tornaram muito frequentes as emissões de votos divergentes e vencidos, às vezes longos e complexos, o que dificulta construir noções jurídicas mais claras; e (3) as dificuldade em se aceitar o conteúdo da Convenção como correspondente a um Direito costumeiro geral existente prejudica qualquer extensão do que se venha a decidir àqueles casos em que Estados terceiros sejam partes.

²⁴ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José A. F. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011. KRACHTOWIL, Friedrich. "Sociological approaches". In: REUS-SMIT, Christian; SNIDAL, Duncan (Orgs.). *The Oxford handbook of international relations*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

6. CONCLUSÃO

A Convenção de Nova Iorque de 1997 inova significativamente o Direito internacional dos cursos d'água não apenas pela ousada tentativa de criar princípios e normas universais para questões que, dada a realidade geográfica de cada bacia de drenagem, são eivadas de idiossincrasias e particularidades. Dentre suas múltiplas contribuições pontuais, destaca-se a clareza e obrigatoriedade dos princípios e normas previstos, os quais apontam claramente para uma direção que leva a gestão integrada dos recursos hídricos para cada vez mais longe da superada Doutrina Harmonn.

Sua sistemática de solução de controvérsias, que reserva a adjudicação a terceiro com poder decisório definitivo a casos especiais ou a Partes que optem pela CIJ ou arbitragem, é tida como algo mais frágil. Não obstante, mesmo conservando a última palavra para os Estados, as comissões de inquérito podem ser um instrumento bastante eficaz, lançando a sombra do Direito sobre a reputação e a imagem internacional dos Estados, que certamente não querem vir a ser conhecidos como contumazes descumpridores da lei.

A influência de entidades diversas dos Estados nas controvérsias, porém, é muito limitada em qualquer um dos métodos adotados. A transparência derivada do acesso aos documentos e a possibilidade de apresentar documentos de *amicus curiae* não tem previsão convencional. Apenas mediante os Estados partes na controvérsia é possível se dar a participação da sociedade civil organizada.

Deve-se, portanto, observar com atenção as normas da Convenção e avaliar seu possível emprego nos sistemas existentes de solução de controvérsias. Mesmo aparentemente banguelas, as comissões de inquérito podem oculhar dentes bem mais afiados do que se possa imaginar. Apesar das vantagens de uma ampla aceitação de mecanismos jurisdicionais, os fatos demonstram quão baixa seria a probabilidade de ter uma convenção com os mesmos princípios e atribuindo os mesmos direitos aprovada pelas 36 Partes atuais se, porventura, houvesse formas obrigatorias de adjudicação.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. In *International Organization*, v. 54, n. 3. Cambridge, Ma: IO Foundation and the MIT, summer 2000.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo B. *Manual de Direito Internacional Público*. 19a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENCIO, Hervé. L'Amicus curiae devant les jurisdictions internationales. *Revue générale de droit international public*, T. 105, v. 4. 2001.

- BARBOZA, Julio. Derecho Internacional Pùblico. Buenos Aires: Zavalía, 2001.
- BRIERLY, J. L. Direito internacional, 4a Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.
- BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law, 6a Ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BUSCH, Marc L., REINHARDT, Eric. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. *Fordham International Law Journal*, v. 24. 2000.
- CAUBET, Christian G. As grandes manobras de Itaipu. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- CHURCHILL, Winston. The river war: an account of the reconquest of Sudan. Londres, edição abreviada. Londres: Longman: Green & Co, 1902. Cópia livre disponível em <http://www.gutenberg.org/ebooks/4943>, consultado em 9 de fevereiro de 2015.
- COLLIER, John; LOWE, Vaughan. The settlement of disputes in international law: institutions and procedures. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- COSTA, José A. F. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2011.
- FACHIRI, Alexander P. Repudiation of the optional clause. *British Yearbook of International Law*, n. 20. 1939.
- GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José A. F. Governança global e regimes internacionais. São Paulo: Almedina, 2011.
- HOWSE, Robert. Membership and its privileges: the WTO, civil society, and the amicus brief controversy. *European Law Journal*, v. 9, n. 4. 2003.
- KINGSBURY, Benedict. International courts: uneven judicialization in global order. *The Cambridge companion to International Law*. CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- KRACHTOWIL, Friedrich. "Sociological approaches". In: REUS-SMIT, Christian; SNIDAL, Duncan (Orgs.). *The Oxford handbook of international relations*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LEVINE, Eugenia. Amicus curiae in international investment arbitration: the implications of an increase in third-party participation. *Berkley Journal of International Law*, V. 29. 2011.
- LUHMANN, Niklas. Legitimation durch Verfahren, 2nd ed. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1983.

MIDDLETON, Nick. *Rivers: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of law: the case of divorce. *The Yale Law Journal*, v. 88, n. 5. 1979.

MURTY, B. S. Solución de controversias. In SORENSEN, Max (Org.) *Manual de Derecho Internacional Público*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

OPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Processo internacional de Direitos Humanos*, 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAZZAQUE, Jona. Changing role of friends of the court in the international courts and tribunals. *Non-State Actors and International Law*, v. 1. 2002.

SCOTT, Gary L.; CARR, Craig L. The ICJ and compulsory jurisdiction: the case for closing the clause. *American Journal of International Law*, v. 81. 1987.

SHAW, Malcolm N. *International law*, 6a Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SOLA, Fernanda. *Direito das águas na Amazônia*. Curitiba: Juruá, 2015.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madri: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1978.

* Recebido em 12/07/2015.



AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

*Juarez Freitas**

Resumo

Em nosso modelo constitucional, as políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes e do direito fundamental à boa administração pública. Nessa perspectiva, as políticas serão escrutinadas, de modo independente, no intuito de que apresentem benefícios líquidos (sociais, econômicos e ambientais). Em outras palavras, não pode haver indiferença dos controles no tocante à qualidade jurídica “lato sensu” da motivação (explicitação de fundamentos fáticos e jurídicos) e dos propósitos e resultados das políticas efetivamente aplicadas, especialmente se estas se revelarem, por ações ou omissões, causadoras de danos certos, especiais e anômalos.

Palavras-chave

Políticas públicas. Direito fundamental à boa administração. Discretariedade administrativa. Controle da Administração Pública.

PUBLIC POLICIES AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

Abstract

In our constitutional model, public policies must be implemented and controlled based on binding constitutional priorities and, in this perspective, scrutinized with a purpose of presenting net benefits (social, economic and environmental). In other words, there can be no indifference regarding the legal status of motivation (explicit factual and legal grounds) and the results of policies "broad sense", especially if they **are** causing damages (certain, special and anomalous).

Keywords

Public policies. Fundamental right to good administration. Administrative discretion. Public Administration control.

* Prof. Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Prof. Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estatal de Milão, Pesquisador visitante nas Universidades de Oxford e Columbia, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, membro nato do IBDA, Advogado, Parecerista.

1. INTRODUÇÃO

Antes que seja tarde, o Estado brasileiro precisa começar a incorporar uma agenda efetivamente capaz de compatibilizar o desenvolvimento e a sustentabilidade, a poupança doméstica e o investimento, o culto às prioridades constitucionais e o devido senso de urgência, mediante imparcial avaliação mensurável (preliminar e sucessiva) das políticas públicas, com a meta de que os seus benefícios (diretos e indiretos), para presentes e futuras gerações, ultrapassem os seus custos, aí incluídas as externalidades negativas.

Urge, pois, instaurar uma série de novos hábitos no bojo das relações administrativas, libertando-as dos vícios associados ao abuso patrimonialista dos programas exclusivamente de curto prazo. Trata-se de erguer um modelo de gestão alicerçado no controle autônomo (o mais possível, alheio às pressões partidárias) de sustentabilidade e legitimidade das políticas públicas, na trilha de cobrar uma motivação intertemporal consistente dos atos discricionários e vinculados, ao oposto da ancoragem ilusória no formalismo ingênuo e na liberdade irrestrita cunhada pelo decisionismo irracional do “power state” autoritário.¹

Tudo sem prejuízo de profunda reformulação da teoria da responsabilidade do Estado, em consórcio com o ampliado entendimento da proporcionalidade como vedação simultânea de danos causados por demasia e omissões. Consoante a nova perspectiva, não remanesce espaço para a discricionariedade desmesurada, nem para a discricionariedade omissa. Em outro dizer, na tomada da decisão administrativa, o agente estatal “lato sensu” terá de cumprir o isento dever de oferecer boas razões de fato e de direito, já na enumeração, já na implementação das políticas estatais.

Juridicamente, a legitimidade das políticas (conformidade com a tábua axiológica da Constituição e os seus objetivos concomitantes de justiça e desenvolvimento sustentável²) pressupõe a observância de obrigações resumidas no direito fundamental à boa administração, cujo conceito (levando em conta a sua fundamentalidade³) será explicitado a seguir.

Pressupõe, ademais, a geração de ambiente institucional amigável para os investimentos produtivos, com aguda redução dos entraves oriundos do burocratismo e da quebra reiterada de confiança. Pressupõe, sem tardar, siner-

¹ Cf., sobre “power state”, Alfred Zimmern in *Quo vadimus*. Oxford: Oxford University Press, 1934.

² Cf., para tentativa dessa compatibilização, Amartya Sen in *The Idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

³ Cf., entre outros, Xavier Groussot e Laurent Pech in “Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty”, Foundation Robert Schuman/European, Issue 173, junho, 2010. Cf. Joana Mendes in “Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behavior” EUI Working Papers LAW. European University Institute, 2009.

gia entre as políticas e o estabelecimento pactuado de metas monitoráveis objetivamente, em horizonte ampliado. Pressupõe, enfim, o enraizamento, em alta escala, dos princípios de boa governança,⁴ com inovação de escopo, transparência, controle participativo e, apesar dos riscos tecnocráticos, do rigoroso escrutínio retrospectivo⁵ e prospectivo.

Trata-se de assumir, com ênfase inédita, a sindicabilidade, com os olhos fitos nos princípios da boa administração,⁶ assimilados como autênticos nortes vinculativos, em lugar do desleixo tradicional. Nesse aspecto, a discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo, em rede, na afirmação do desenvolvimento duradouro (CF, arts. 225 e 170,VI), o qual não se coaduna com o mito da oposição inconciliável entre os domínios do econômico e do socioambiental. Apenas para ilustrar: em nosso sistema, a própria atividade financeira (pública e privada) está proibida de ignorar os riscos ambientais⁷.

Para além disso, intenta-se o Estado que timbra pelo resguardo da processualização devida, com a observância de duração razoável.⁸ Almeja-se o Estado da racionalidade aberta, não-cartesiana, em vez do predomínio senhorial, subproduto do patrimonialismo, avesso à ativação de direitos fundamentais de todas as dimensões. Não é de estranhar, na linha esposada, que, em circunstância de antinomia entre o direito à saúde e o regime de impenhorabilidade de bens públicos, prepondere o primeiro, determinando o bloqueio de verbas públicas como meio excepcional de tutela.⁹ Em casos assim, eclipsam-se determinadas regras em prol do primado tópico-sistemático dos direitos fundamentais.

⁴ Cf. o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa. Neste, entre os princípios, proporcionalidade ao objetivo em vista (art.6º), objetividade (art.9º), prazo razoável para decisões (art.16) e dever de indicar os motivos (art.18).

⁵ Cf., sobre as vantagens da análise retrospectiva, Cass Sunstein in "The Regulatory Lookback", Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, 2013.

⁶ Cf., no sistema britânico, Principles of Good Administration: "Good administration by public bodies means: 1 Getting it right; 2 Being customer focused; 3 Being open and accountable; 4 Acting fairly and proportionately; 5 Putting things right; 6 Seeking continuous improvement. Sobre proporcionalidade, em termos europeus mais amplos, v. Takis Tridimas in The General Principles of EC Law. 2a ed.NY: Oxford University Press, 2006, pp136-249.

⁷ Cf., para ilustrar, Resolução 4.327, de 25 de abril de 2014, do Bacen.

⁸ A propósito, v. o julgamento da AMS 2006.72.00.003920-0, no TRF-4ª Região, no qual foi reconhecida a nulidade de auto de infração, entre outras razões, porque o órgão ambiental não havia concluído o processo administrativo, violando o direito à razoável duração.

⁹ Cf., por exemplo, REsp 840.782-RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Constitucional, em sua presumível afirmação da cidadania (não necessariamente de modo linear),¹⁰ possui o compromisso indeclinável de prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, compreendido nesses termos: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogênci a da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese,¹¹ ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos:

(a) o direito à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente), com especial destaque para o direito a informações¹² inteligíveis, inclusive sobre a execução orçamentária¹³ e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos;¹⁴

(b) o direito à administração pública sustentável, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a assegurar o bem-estar multimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional.¹⁵

¹⁰ Cf., sobre os elementos da cidadania, Thomas Humphrey Marshall in *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950. Para contraste, vide Sergio B.F. Tavolaro, Lilia G.M. Tavolaro in “**A cidadania sob o signo do desvio: Para uma crítica da ‘tese de excepcionalidade brasileira.’**” Soc. Estado, Vol. 25, n.2, Brasília, May/Aug., 2010.

¹¹ Sobre o tema, no contexto europeu, em face do art. 41 da Carta de Nice, v., por exemplo, Diana-Urania Galetta, “Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 3-4/819-857.

¹² Cf. Lei de Acesso à Informação (12.527/2011).

¹³ Cf. Lei Complementar 101/2000, art. 48.

¹⁴ Cf. Lei 9.784/99, art.3º

¹⁵ Cf. Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª ed., BH: Fórum, 2012.

(c) o direito à administração pública dialógica, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa — é dizer, do respeito ao devido processo, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente;

(d) o direito à administração pública imparcial e o mais desenviesada possível,¹⁶ isto é, aquela que, filtrando os desvios cognitivos, não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (redutoras das desigualdades iníquas);

(e) o direito à administração pública proba, que veda condutas éticas não-universalizáveis ou a confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas se vinculam, mas são distintas;

(f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja, que não se rende à “absolutização” irrefletida das regras;

(g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de longa duração.

Tais direitos não excluem outros,¹⁷ pois se cuida de “*standard mínimo*.¹⁸ Por certo, precisam ser tutelados em bloco, no intuito de que a discricionariedade não conspire letalmente contra o aludido direito fundamental à boa administração.

¹⁶ Não se confundem *imparcialidade* e *neutralidade*. Para a distinção, embora na seara judicial, v. José Carlos Barbosa Moreira, “Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz”, *RJ* 250/6-13.

¹⁷ Cf. Klara Klanska in “Towards administrative human rights in the EU impact of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Journal* 10/296-326, 2004.

¹⁸ Para usar expressão, em contexto assemelhado, de Meinhard Hilf (“Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, “Sonderbeilage” zu *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, Heft 49).

Em outras palavras: as escolhas administrativas serão legítimas se — e somente se — forem sistematicamente eficazes,¹⁹ sustentáveis, motivadas, proporcionais,²⁰ transparentes,²¹ imparciais²² e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

A efetividade do direito fundamental à boa administração enfrenta hoje uma tríade de pré-compreensões adversas. Em primeiro lugar, observa-se a crença infundada de que as políticas públicas pertenceriam ao reino da discricionariedade insindicável, como se as escolhas políticas (e, por vezes, as omissões), embora manifestamente viciadas, não fossem catalogáveis como inconstitucionais. Erro típico da mentalidade refratária aos contrapoderes de controle. Constata-se, em segundo lugar, a proposição, não menos equivocada, de que a separação de poderes representaria autêntica carta branca para os gestores públicos, os quais apenas seriam controláveis pelas urnas, no tocante às escolhas feitas, como se a higidez das prioridades concretamente adotadas fosse matéria reservada ao processo eleitoral, cujas distorções de financiamento e de ordem cognitiva conspiram, frequentes vezes, contra o cerne da Constituição. Erro característico dos que consideram legítimo e juridicamente seguro apenas aquilo que for produzido por legisladores e governantes eleitos, numa concepção demasiado acanhada do processo de deliberação democrática. Naturalmente, não se subestimam as dificuldades contramajoritárias, mas convém, diante das omissões inconstitucionais ou das violações agressivas a direitos individuais e coletivos, não superestimar as “virtudes passivas” de Bickel.²³ Persiste, por último, o postulado ilógico de que os controles (externo,

¹⁹ Engana-se quem supõe que a Constituição, ao consagrar o princípio da eficiência (art. 37, com o advento da Emenda 19/1998), excluiu o princípio da eficácia. Ao contrário. O aludido princípio consta expressamente no art. 74 da CF. Portanto – disputas semânticas à parte –, o direito subjetivo público à eficácia merece definitivo reconhecimento. Integra o direito fundamental à boa administração pública, já que consiste justamente em incrementar a gestão pública, de maneira que a administração escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer (conceito de eficácia, sob inspiração de Peter Drucker), em lugar de apenas fazer bem ou eficientemente aquilo que, não raro, se encontra contaminado. Motivo precípua de se falar em eficácia: avolumam-se os casos de discricionariedade administrativa ineficaz.

²⁰ Ainda que o Poder Judiciário não aprecie diretamente o mérito, verifica se viola, ou não, princípios, tais como o da proporcionalidade, inclusive no tocante à compatibilidade entre cargos em comissão e cargos efetivos. V., para ilustrar, o julgamento do STF no AgR RE 365.368-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

²¹ V. Témis Limberger, “Transparéncia e novas tecnologias”, *IP* 39/56 e ss.

²² A respeito – esclarece Diana-Urania Galetta –, a jurisprudência da Comunidade Europeia “ha sottolineato come il presupposto per una decisione imparziale, che sia espressione del principio di buona amministrazione, è che siano presi in considerazione (...) tutti gli elementi di fatto e di diritto disponibili al momento dell’adozione dell’atto’, poiché sussiste l’obbligo di predisporre la decisione (...) con tutta la diligenza richiesta e di adottarla prendendo a fondamento tutti i dati idonei ad incidere sul risultato” (“Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 3-4/825).

²³ Cf. Alexander M. Bickel in *The Last Dangerous Branch*. 2a ed., New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp 111-198.

interno e jurisdicional), em que pese serem autônomos e tendencialmente menos presos à lógica do patrimonialismo, não deveriam levar a cabo o exame jurídico da congruência e da coerência dos propósitos²⁴ das medidas políticas, em assombroso convite à condescendência com o “status quo”. Não por acaso, os que assim pensam, parecem não se importar, por exemplo, com a tardança vexatória na abolição da escravatura no Brasil ou na derrubada da segregação racial, nos Estados Unidos²⁵.

Detecta-se, em todas essas pré-compreensões, a subjacente heurística de que a discricionariedade do administrador público estaria como que dispensada do cotejo com a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração. Ao lado desse evidente desvio cognitivo, subsiste a afirmação sem qualquer lastro de que os controles (inclusive o judicial), perante inequívoca vulneração dos direitos fundamentais, extrapolariam se agissem positivamente (ainda que de modo transitório), apesar da interdependência dos poderes.

Vencidos tais vieses, defende-se aqui o controle, acima de tudo, como defesa congruente e consistente das prioridades²⁶ cogentes da Carta, encarnados no direito fundamental à boa administração. Nada menos e nada mais. Com efeito, decisionismos arbitrários à parte, não faz sentido (numa ordem aberta, pluralista e de poderes entrelaçados) postular o controle que se abstinha perante crônicas violações, perpetradas sob o véu da discricionariedade.

Em definitivo, cumpre assimilar que o conteúdo das políticas públicas não pode ser estipulado exclusivamente por governantes ou legisladores, com a coadjuvância opaca e subalterna dos outros atores constitucionais, pois a Constituição, por mais ambígua e contraditória, não é pacote onírico de promessas soltas ao vento, ao sabor da faculdade de querer dos líderes políticos. Em outras palavras, a Carta, à vista da sua continuidade normativa, reclama acatamento seguro contra volatilidades. Trata-se de acolher o caráter heterônomo da tábua constitucional de prioridades conformadoras e limitadoras de preferências contingentes.

A Constituição fixa, expressa ou tacitamente, prioridades vinculativas de partida. E o faz de modo a estatuir, em alguns casos, até “absoluta prioridade” (ex.: CF, art. 227), na enunciação e na implementação de determinadas

²⁴ Cf., para ilustrar a discussão norte-americana, Stephen Breyer (“purpose oriented”), in *Making our democracy work*. NY: Alfred Knoff, 2010. Noutro polo, com os seus cânones excessivamente textualistas, vide Antonin Scalia e Bryan Garner in *Reading Law*. St.Paul: Thomson/West, 2012.

²⁵ Cf., por exemplo, Michael Klarman in *Brown of Education and the Civil Rights Movement*. NY: Oxford University Press, 2007, pp 3-53.

²⁶ Considera-se viável superar, de modo fundamentado, as dificuldades na eleição das diretivas preferenciais comparativas, analiticamente arroladas por Pierluigi Chiasoni in *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp 125-130.

políticas. Nesse quadro, impende rever, em tons precisos, os contornos do es-
crutínio das decisões públicas. O que se almeja é, por assim dizer, a consagra-
ção da liberdade republicana²⁷ (não oligárquica, patrimonialista e autoritária),
exercida a partir de inferências válidas, no contexto da escolha raciocinada de
prioridades, em vez das lamentáveis e ideológicas desdestinações, que a polí-
tica convencional engendra em profusão, sobremodo quando o engano e o
autoengano parecem industrialmente fabricados.²⁸

Não se admite, pois, embaralhar, com ingenuidade frívola, a liberdade
constitucional democrática (imparcial, balanceada e comedida) com a falsa li-
berdade (no fundo, liberticida), que caracteriza as opções patrimonialistas tí-
picas, as quais resultam ora em escolhas agressivamente abusivas, ora em es-
colhas claramente deficitárias, morosas e até em não-decisões.

Mais: seja qual for o modelo decisório adotado,²⁹ a escolha caracterizada
pela validade e pela confiabilidade³⁰, terá de, por força e direito, redundar na
primazia intertemporal dos benefícios líquidos, econômicos e não-econômi-
cos.³¹ Quer dizer, importa, não somente em situações-limite, sindicar a escolha
(dos meios necessários e adequados, assim como dos propósitos e das priori-
dades), entendida a liberdade decisória como poder-dever atribuído aos agen-
tes públicos para que efetuem as melhores opções entre as várias admissíveis,
desde que com sobrepujantes benefícios diretos e indiretos.

Imprescindível que os controles não permaneçam indiferentes diante
de inatividades prestacionais concretas,³² nem diante de manobras astuciosas
e desavindas de qualquer amparo nas prioridades constitucionais.

Nesse prisma, as políticas públicas não devem mais ser vistas como me-
ros programas governamentais mais ou menos livres, ao gosto dos eleitos e de
seus patrocinadores. São, na realidade, programas constitucionais que in-
cumbe ao agente público implementar, de maneira estilisticamente nuan-
çada,³³ mas sem retrocesso. Compreendidas nessa acepção, inventariam-se, por
exemplo, certas prioridades-guia, que desfrutam de robusto enraizamento no

²⁷ Cf. Raymundo Faoro in *República inacabada*. SP: Globo, 2007.

²⁸ Cf., sobre autoengano, Robert Trivers in *Natural Selection and Social Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

²⁹ Cf., sobre os modelos de racionalidade, Bruno Dente e Joan Subirats in *Decisiones Públicas*. Madrid: Ariel, 2014, pp 53-68.

³⁰ Cf., sobre confiabilidade e validade, Lee Epstein e Gary King in *Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência*. SP: FGV, 2013, p.105.

³¹ Cf., sobre esse tipo de controle, Stephen Breyer, Richard Stewart, Cass Sunstein, Adrian Ver-
meule e Michael Herz in *Administrative Law and Regulatory Policy*. 7a ed. NY: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

³² Cf., no contexto espanhol, Ricardo de Vicente Domingo in *La inactividad administrativa pres-
tacional y su control judicial*. Madrid: Civitas, Thompson Reuters, 2014, especialmente por seus
comentários sobre o art. 29 da Lei de Jurisdição Contenciosa-administrativa, de 1998.

³³ Cf., sobre estilos diferenciados, Jeremy Richardson (ed.) in *Policy Styles in Western Europe*. Lon-
don: George Allen&Unwin, 1982.

texto e no espírito da Carta: (I) a prioridade das políticas endereçadas ao desenvolvimento sustentável sobre aquelas voltadas apenas para o crescimento econômico imediato (CF, art 225); (II) a prioridade das políticas voltadas para a eficácia do núcleo dos direitos fundamentais sobre aquelas destinadas a assegurar pleitos não fundamentais; (III) a prioridade das políticas dotadas de responsabilidade intertemporal e intergeracional sobre aquelas que se preocupam só com a geração presente (ou com a próxima eleição); (IV) a prioridade das políticas de benefícios líquidos sobre aquelas cujos custos sociais, ambientais e econômicos ultrapassam os eventuais ganhos (diretos e indiretos); (V) a prioridade das políticas explicitamente justificadas sobre aquelas de motivação elusiva; (VI) a prioridade das políticas alinhadas, tópico-sistematicamente, com os objetivos fundamentais da Carta (art.3º) sobre aquelas transitórias e não universalizáveis; (VII) a prioridade das políticas redutoras de iniquidades sobre aquelas que cultivam cegamente o mercado, a despeito de suas estridentes falhas.

Nessas circunstâncias,³⁴força rever a categoria da discricionariedade, em seus grandes traços,³⁵com o desiderato de realinhá-la ao caráter vinculante das políticas públicas, independente de polarizações extremistas. Seria, de fato, errôneo conceber a discricionariedade como irrestrita liberdade para emitir juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática, ou não, de certas políticas, como se estas não fossem mensuráveis. Na verdade, as opções válidas “prima facie” nunca são indiferentes. Pode-se, desse modo, reconceituar a discricionariedade administrativa como a competência (não mera faculdade) de avaliar e eleger, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas preliminarmente estabelecidos, com observância justificada (interna e externamente³⁶) de prioridades constitucionais, no uso pertinente e eficaz dos recursos disponíveis.³⁷

Dito de outro modo, em nosso modelo constitucional, as políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes e, nessa perspectiva, escrutinadas sem passivismo, no intuito de que apresentem benefícios líquidos (sociais, econômicos e ambientais). Em outras palavras, não pode haver indiferença no tocante à qualidade jurídica “lato sensu” da motivação e dos propósitos das políticas

³⁴ Cf. Juarez Freitas, com detalhe, in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, Caps. 6 e 11.

³⁵ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello in *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2a ed., 9a tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 10.

³⁶ Cf., entre outros, por seu pioneirismo, sobre justificação externa e interna, Jerzy Wróblewski in “Legal decision and its jusification.” *Logique et analyses*, Vol.14, n. 53-54, 1971. Cf., para analítica mirada de conjunto, Pierluigi Chiarosoni in *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

³⁷ Cf., sobre recursos políticos, econômicos, legais e cognitivos, Bruno Dente e Joan Subirats in ob.cit., pp 86-106.

aplicadas, especialmente se estas se revelarem, por ações ou omissões, causadoras de danos certos, especiais e anômalos.

Nesse panorama, o controle do Estado Democrático, não esquecendo de ver “a trave no próprio olho”, precisa fazer as vezes de “administrador negativo” e, ao mesmo tempo, de ativador dos direitos fundamentais de gerações presentes e futuras.

Sem exceção, o controle do vício ou do “demérito” pode-deve alcançar até a incoerência da conduta administrativa, à luz das prioridades constitucionais vinculantes. E ponto nodal: não se aceita uma motivação débil, pois se exige uma justificação congruente, salvo se se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles excepcionais casos em que a Constituição admitir falta de motivação (exemplo: nomeação para cargos em comissão). Todos, porém, devem ser, no mínimo, motiváveis, vale dizer, passíveis de aprovação no teste de racionalidade intersubjetiva, coibida toda e qualquer arbitrariedade, inclusive a do controle.

Há, de fato, enormes desvantagens na precariedade exacerbada e na exagerada preferência pelo presente,³⁸ nas escolhas intertemporais do Estado-administração, ecos do paradigma tardio do direito administrativo voluntarista e livre de prestar contas sobre os custos sociais futuros.³⁹ Decerto, o máximo vinculativo pode até ser inimigo da boa administração (por exemplo, seria erro adotar orçamento rigidamente vinculado), mas se revela irremissível, no Estado contemporâneo,⁴⁰ deixar de cobrar a vinculação das escolhas administrativas ao primado objetivo dos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar⁴¹ o desenvolvimento econômico, o bem-estar social e o equilíbrio ecológico.

Não se admite, sob nenhuma hipótese, uma discretionaryade distraída do direito fundamental à boa administração e dos seus fins entrelaçados: equidade inclusiva, combate às falhas de mercado e de governo, sustentabilidade eficaz do bem-estar social, ambiental e econômico das gerações presentes e futuras.

Na ótica adotada, o Estado Constitucional prescreve uma espécie de controle administrativo de constitucionalidade da implementação das políticas públicas, tarefa a ser cumprida, de ofício, pela Administração Pública e pe-

³⁸ Cf. George Loewenstein e Richard Thaler in “Anomalies: Intertemporal Choice”, *Journal of Economic Perspectives* 3, 1989, pp. 181-193.

³⁹ Cf., sobre os custos sociais, Richard Titmuss in *Social Policy*. NY: Pantheon Books, 1974, Cap.5.

⁴⁰ Cf., sobre parcela dos desafios estatais no século em curso, Christopher Pierson in *The Modern State*. 3^a ed., NY: Routledge, 2013.

⁴¹ Cf., sobre eficiência como um dos objetivos estatais, ao lado da equidade e de “administrative feasibility”, Nicholas Barr in *The Economics of the Welfare State*. 5a. ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.10-12.

los controles em geral, não apenas os jurisdicionais. Enfrenta-se, com este redesenho do controle, a sofreguidão pantanosa da discricionariedade sem métrica, avessa à contínua avaliação de longo prazo.

Nessa ordem de considerações, útil fixar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa. Ei-los, em grande traços: (a) o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) — hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária, isto é, quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em regra válida. Ou quando a atuação administrativa se encontra, por algum motivo, enviesada e desdestinada (desvio abusivo das finalidades constitucionais e/ou legais); (b) o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão) — hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, notadamente ao faltar com os deveres de prevenção e de precaução, além das obrigações redistributivas. Nessa modalidade igualmente antijurídica, a omissão — verdadeiro dardo que atinge as prioridades vinculantes — traduz-se como descumprimento de diligências impósitivas. Para citar palpitante exemplo, tome-se o dever público de matricular crianças em idade pré-escolar na creche. Ora, não se pode deixar de fazê-lo, por mero juízo de conveniência ou oportunidade, sob pena de cometimento do mencionado vício da discricionariedade insuficiente. E mais: cobra-se o controle de qualidade (cognitiva e de “soft skills”) da educação oferecida.

Como se preconiza, todos os atos administrativos,⁴² ao menos negativa ou mediatamente, são controláveis, e os vícios de omissão também precisam ser combatidos de modo vigoroso e fora de qualquer condescendência, a despeito da baixa tradição na matéria. Induvidoso que a conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se justifica, por definição, se imantada pelo primado do direito fundamental à boa administração, com tudo que representa.

Pode-se, à base do articulado, entender o ato administrativo legítimo como a declaração de vontade da administração pública *lato sensu*, ou de quem exerce atividade por ela delegada, de natureza infralegal (em regra⁴³), com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, em sintonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz.

Nessa linha, são requisitos de juridicidade dos atos administrativos (mais que de vigência e validade), sob pena de degradação dos princípios e

⁴² Caracterizam-se aqui os atos administrativos como atos jurídicos expedidos por agentes públicos (incluídos os que atuam por delegação), no exercício das atividades de administração pública (inconfundíveis com atos jurisdicionais ou legislativos), cuja régencia, até quando envolvem atividade de exploração econômica, resulta matizada por regras publicistas.

⁴³ O sistema constitucional, por exceção, passou a admitir atos administrativos “autônomos”, com o advento das Emendas Constitucionais 32 e 45.

direitos fundamentais: (a) a prática por sujeito capaz e investido de competência (irrenunciável, exceto nas hipóteses legais de avocação e de delegação); (b) a consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados contextuais, nos limites da Constituição (isto é, a exteriorização de propósitos de acordo com as prioridades constitucionais vinculantes, de modo sustentável, com a necessária compatibilização prática entre equidade e eficiência); (c) a observância da forma, sem sucumbir aos formalismos teratológicos; (d) a devida e suficiente justificação das premissas do silogismo dialético decisório, com a indicação clara dos motivos (fatos e fundamentos jurídicos); (e) o objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo.

À luz desses requisitos (mais substanciais do que de forma), inadiável recalibrar a amplitude de sindicabilidade dos atos administrativos. De fato, o ato administrativo precisa estar em conexão explícita com o plexo de princípios constitucionais, o que só engrandece a missão dos controles independentes: a liberdade do administrador terá de ser constitucionalmente defensável, não bastando ser legal. Importa, a partir daí, reorientar o controle da discricionariedade, presentes as premissas acima.

Indispensável, assim, sobrepassar a labiríntica e improdutiva tendência de controle unidimensional, legalista e despreocupado com o monitoramento autônomo e objetivo de resultados e benefícios diretos e indiretos, a longo prazo.

Milita, sem dúvida, a favor dessa mudança de modelo um conceito mais completo de políticas públicas.

As políticas públicas e a discricionariedade administrativa, imantadas pelo direito à boa administração, passam à condição de categorias entrelaçadas, no intuito de que as prioridades constitucionais vinculantes, graças ao controle (retrospectivo e prospectivo) de benefícios líquidos, alcancem empírica compatibilidade com os elevados padrões do desenvolvimento sustentável. Força sublinhar que, sofismas à parte, o Estado Constitucional consagra, explícitas e implícitas, *prioridades vinculantes* a serem observadas, de modo criterioso, na enunciação e na implementação das políticas públicas.

Crucial que o escrutínio independente das escolhas públicas esteja endereçado, racionalmente, ao adimplemento de prioridades encapsuladas no direito fundamental à boa administração pública.⁴⁴ Com efeito, a margem de escolha das consequências (diretas e indiretas), conferida a sujeito competente (ao lado da discrição cognitiva para fixar o conteúdo de conceitos indeterminados), não se coaduna com falsas liberdades, tais como aquelas que redundam

⁴⁴ Cf. Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5^a ed., SP: Malheiros, 2013. Do mesmo autor, vide *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3^a ed., SP: Malheiros, 2014.

dam em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, compras insustentáveis e empréstimos públicos distraídos de finalidades constitucionais. Ao assinalar que a discricionariedade administrativa precisa estar, em alto grau, vinculada, de modo expresso, às prioridades vinculantes da Carta, quer-se deixar nítido que a escolha administrativa, com o selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos custos e benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não-econômicos,⁴⁵ à diferença do cogitado pela análise utilitarista clássica de custo-benefício.

Será, pois, legítima aquela decisão administrativa que resguardar as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha) e, simultaneamente, a conformidade com o sistema inteiro (nos limites dos poderes atribuídos aos atores públicos para que realizem as melhores opções). Na agenda das políticas públicas, subsiste tão-somente uma restrita (não propriamente residual) liberdade conformadora, pois não pode ser considerado indiferente, por exemplo, decidir entre uma intervenção urbana voltada para o transporte individual ou para o transporte coletivo: brota da Constituição a prioridade inequívoca do transporte coletivo. Também não se pode reputar indiferente contratar a obra pública pelo míope menor preço de construção ou, ao contrário, levar em conta os custos de sua manutenção: a própria economicidade (CF, art. 70) exige uma estimativa prospectiva. Tampouco pode ser tido como indiferente conceber o mercado como se fosse, por si só, resiliente ou assumir o pleno reconhecimento das suas falhas, uma vez que não há como, sobremodo após a crise de 2008, ignorar as externalidades negativas, as informações privilegiadas e o poder dominante.

Nessas circunstâncias, não se admitem as condutas administrativas candidamente indiferentes, que se furtam de cumprir (ao agir ou ao se abster) os condicionantes modulados pelas prioridades constitucionais de florescimento da qualidade de vida, acima do crescimento pelo crescimento econômico, medido pelo precário PIB.⁴⁶ É que não faz sentido a tese mesmerizada pela insindicabilidade do cerne político dos programas administrativos, porque o juízo de conveniência requer invariavelmente uma motivação intertemporal, sujeita ao crivo das avaliações independentes de impactos sistêmicos e de custos-benefícios (não apenas econômicos).⁴⁷

⁴⁵ Cf. Stephen Breyer, Richard Stewart, Cass Sunstein, Adrian Vermeule e Michael Herz in *Administrative Law and Regulatory Policy*. 7a ed. NY: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

⁴⁶ Cf., para uma crítica ao PIB e proposta de “counter-theory”, Martha Nussbaum in *Creating Capabilities*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, pp. 46-50.

⁴⁷ Cf., para ilustrar, Eric Posner in “Controlling agencies with cost-benefit analysis”. *University of Chicago Law Review*, V. 68, n.4, 2001, pp 1137-1199,

Em suma, não se aceitam, em ordens realmente democráticas, os atos puramente discricionários, típicos do patrimonialismo de extração subjetivista, assim como se mostram implausíveis os atos completamente vinculados e autômatos (de mera obediência irreflexiva). Com tais pressupostos, reequaciona-se, por inteiro, o escrutínio das escolhas públicas, com o foco no crescente adimplemento dos deveres de enunciação e implementação, em tempo útil, das políticas prioritárias do Estado Constitucional, seja pela emissão expedita dos atos administrativos vinculados, seja pelo exercício comedido dos atos administrativos discricionários, expungindo, destes e daqueles, as arbitrariedades por ação e por omissão.

O ponto é que não se coaduna com a efetividade do direito fundamental à boa administração uma discricionariedade administrativa vulnerável aos cantos de sereia que depreciam a liberdade como poder de veto sobre os impulsos e pontos cegos de curto prazo. Nesse enfoque, reconceituam-se, com vantagem científica, as políticas públicas como aqueles programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Quer dizer, o controle das políticas públicas, imantado pelo direito fundamental à boa administração pública, requer o escrutínio em inovadores termos, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-evaliação dos efeitos primários e secundários, no encalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico, ao longo do tempo, dos benefícios no cotejo com os custos sociais, ambientais e econômicos.

Convém reiterar a imprescindível redefinição do exame de custo-benefício para que este se converta em escrutínio que transcendia os ditames da eficiência econômica, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional.⁴⁸ Nesse aspecto, faz-se imperiosa a inclusão do desenvolvimento sustentável entre as prioridades constitucionais⁴⁹ (CF, art. 225, combinado com 170, VI), com a capacitação dos agentes públicos para que se tornem exímios na ciência

⁴⁸ Cf., para uma redefinição da análise de custo-benefício em favor do bem-estar, Matthew Adler e Eric Posner in *New Foundations of Cost-Benefits Analysis*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

⁴⁹ Cf., sobre o papel da Constituição como fonte, numa perspectiva comparada, Bertrand Seiller in *Droit Administratif. Les sources et le juge*. 5^a ed. Paris: Flammarion, 2013.

retrospectiva e prospectiva de estimar os interdependentes ganhos sociais, ambientais e econômicos.

Tal controle genuinamente qualitativo e de largo espectro é o que se revela hábil para, gradualmente, desconstruir as faláciais subjacentes às decisões perpetuadoras de oligarquias plutocratas. Certamente, não se coaduna com o controle perfunctório, opaco, imediatista e satisfeito com informações incompletas, especialmente ao tratar de atos discricionários que envolvem, por definição, escolhas de meios e metas. Nada colabora, nesse ponto, serem vistas as políticas públicas como meros programas governamentais, não de Estado. Trata-se de noção seriamente deficitária. Em primeiro lugar, peca ao tratar as políticas públicas como se não fossem também implementáveis pelo Estado-Legislador, pelo Estado-Juiz (no exercício da tutela específica), entre outros atores políticos. Em segundo lugar, equivoca-se ao tratar as políticas públicas como se tomassem parte do reino da discricionariedade imperial, no qual cada governante eleito poderia formular, “ad hoc”, o rol de suas prioridades personalistas. Nada mais incompatível com o planejamento e com o regime de responsabilidade centrado na proteção efetiva de direitos individuais e coletivos.⁵⁰

Na realidade, as políticas públicas⁵¹ não são meros programas episódicos de governo, motivo pelo qual o seu núcleo tem de ser revisto. Eis, nessa perspectiva, a tríade de elementos caracterizadores das políticas públicas, no acordo semântico proposto: (a) são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo); (b) são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, especialmente pela Administração Pública e (c) são prioridades constitucionais cogentes. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende de positivação final (insubstituível) pelo administrador.

Do conceito sugerido e de seus elementos, emerge a premência do abandono de análises epidérmicas e meramente abstratas de políticas públicas, ingressando na fase de avaliação marcadamente sistemática e, mais do que formal, de plausibilidade das motivações complexas (às vezes, perigosamente contraditórias⁵²) do agir ou do deixar de agir administrativo. Passa a figurar, entre os requisitos de juridicidade das políticas públicas, o cumprimento categórico das

⁵⁰ Cf., para comparar regimes de responsabilidade, Anne Jacquemet-Gauché in *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2013.

⁵¹ Cf., sobre políticas públicas, Michael Moran, Martin Rein e Robert Goodin (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Policy*. Londres: Sage, 2006. Cf., ainda, *Políticas públicas*. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi (orgs.), Brasília: ENAP, 2006, V.1.

⁵² V. Guy Peters e Jon Pierre (eds.) in *Handbook of Public Policy*. Londres: Sage, 2006.

prioridades constitucionais, já para impedir a “tragédia dos comuns”,⁵³ já para prestigiar indicadores fidedignos e confiáveis de desenvolvimento sustentável, que seguem mensurações de bem-estar (distribuição de renda e do consumo — inclusive para atividades fora do mercado) acima das métricas limitadas e limitantes de produção, com o atendimento simultâneo de itens multidimensionais de bem-estar como saúde, educação, atividades pessoais (inclusive o trabalho decente), voz política e governança, conexão social e relacionamentos, ambiente (condições presentes e futuras) e segurança, tanto de natureza econômica como física.⁵⁴ Bem por isso,⁵⁵ impende observar que a discricionariedade administrativa tem de se adequar ao caráter cogente dos direitos fundamentais, tarefa que demanda decifração, o mais possível, isenta de contraproducentes preconceitos.

Com pertinência, Hans Julius Wolff e Otto Bachof⁵⁶ perceberam que cada abstrata ou concreta criação de Direito se situa entre os polos da inteira liberdade e da rigorosa vinculação, sem que as extremas possibilidades jamais se realizem. Na vida real, não se tocam em nenhuma hipótese: nem o sistema jurídico é auto-regulável por inteiro — ainda que completável —, nem a descrição é absolutamente franqueada ao agente público. Acresce que o controle dos atos discricionários (e dos atos vinculados, por suposto) não pode aplicar uma lógica reducionista do “tudo-ou-nada”, ao menos em atuação eminentemente proporcional. Laboram em erro, pois, os maximalistas, que pretendem tudo controlar, causando — às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades — uma paralisia insana, com bilhões de horas destinadas ao trabalho improdutivo de saciar o burocratismo parasitário.⁵⁷ No polo oposto, erram os minimalistas, que preferem deixar tudo ao sabor de políticas conjunturais, ignorando as falhas estridentes de mercado.

Em semelhante quadro, seria insuficiente conceber a discricionariedade como liberdade para emitir juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática de atos administrativos. Como enfatizado, as opções válidas “prima facie” não são indiferentes. Por isso, a discricionariedade administrativa é vista como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) dos programas públicos.

⁵³ V., sobre o tema da “tragédia dos comuns” e por seus “design principles”, Elinor Ostrom in *Governing the commons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁵⁴ Cf. indicadores do Relatório Stiglitz-Sen-Fitoussi (Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, de 2009), disponível em www.stiglitz-sen-fitoussi.fr

⁵⁵ Cf. Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5^a ed., ob.cit., especialmente Caps. 6 e 11.

⁵⁶ Cf. Hans Julius Wolff e Otto Bachof in *Verwaltungsrecht*. vol. I. Munique: C. H. Beck’acheVerlag, 1974, p. 186.

⁵⁷ Cf. Cass Sunstein in *Simpler*. NY: Simon & Shuster, 2013.

Para ilustrar: a decisão de licitar é discricionária, todavia o edital será nulo se deixar de incorporar os critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica (CF, arts. 170, VI e 225).⁵⁸ Mais: qualquer sucessão de atos administrativos terá de ser sopesada em seus custos e benefícios diretos e indiretos, medidos com parâmetros⁵⁹ qualitativamente estipulados (alheios à contraposição rígida entre as abordagens positivistas e pós-positivistas⁶⁰ ou entre as filosofias consequencialistas e deontologistas).⁶¹

Desses pressupostos, brota o completo redesenho do modelo de gestão pública (e do correspondente controle), de maneira a introduzir, vedados particularismos e sem invalidar o espaço proporcional e razoável⁶² da deferência,⁶³ as métricas capazes de propiciar a ponderação acurada de custos e benefícios globais, com o sensato sopesamento.

Vale dizer, para retomar o exemplo, a decisão de licitar, em si, mostra-se passível de amplo escrutínio. Cumpre perquirir, de saída, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente motivada, ou se merece pronta rejeição, seja por reforçar falha de mercado, seja por acarretar prejuízo inaceitável ao erário ou a terceiros. Ato contínuo, impõe-se avaliar se o contrato decorrente é a melhor opção, à vista do potencial de projetos alternativos.

Como se nota, ao longo do processo (desde a tomada da decisão até a execução do ajuste), o controle de prioridades vinculantes não é simples faculdade (exposta aos juízos peregrinos de conveniência e oportunidade), como objeta o conservadorismo inercial, confinado ao viés do “status quo”. Sem dúvida, impõe-se que o Estado-Administração incremente aquelas políticas constitucionalizadas, no intuito de exercer função indutora de práticas sociais salutares e redistributivas, ao lado da função inibitória de discriminações negativas ou das “desvantagens corrosivas”.⁶⁴

⁵⁸ Cf. Lei 8.666/93, art.3º

⁵⁹ Cf., nessa linha, art. 4º, III, da Lei de RDC (Lei 12.462/2011).

⁶⁰ Cf., na senda de conciliação entre tais abordagens, Michael Howlett, M. Ramesh, Anthony Perl in *Studying Public Policy*. 3ª. Ed. Oxford University Press, 2009, Cap. II.

⁶¹ Cf. Martha Nussbaum in ob.cit., pp.93-96.

⁶² Cf. Paul Craig in *The nature of reasobleness review*. *Current Legal Problems*, 66(1), 2013, pp 131-167.

⁶³ Cf., sobre significados de deferência, noutro contexto, Paul Daly in *Theory of DefERENCE in Administrative Law*. NY: Cambridge University Press, 2012.

⁶⁴ Cf. Jonatham Wolff e Avner De-Shalit. *Disadvantage*. NY: Oxford University Press, 2007.

Dessa maneira, as decisões administrativas haverão de ser controladas de jeito a aferir a qualidade intertemporal das escolhas públicas,⁶⁵ ⁶⁶ com o advento de apropriada representação do futuro e de métricas objetivas e subjetivas. Indesmentível que se revela viável, na maior parte dos casos, identificar, de modo consensual entre pessoas de boa formação, o que é — e o que não é — prioritário, por maiores que sejam as objeções filosóficas sobre a possibilidade de consensos de fundo⁶⁷. Incontroversa, por exemplo, a erronia de táticas anacrônicas de congelamento de tarifas, desequilibrando contratos públicos, em vez de reduzir os gargalos estruturais e de ampliar a produtividade, com incentivo à poupança doméstica. Indefensável um prédio funcionar sem alvará ou sem vistoria periódica, capaz de detectar, em tempo útil, falhas que podem ser fatais.

Como se observa, mostra-se perfeitamente possível, ao menos em situações extremas, identificar o prioritário. Isto é, não se admite a liberdade para descumprir as obrigatorias funções ambientais, sociais e econômicas das decisões administrativas.⁶⁸ Parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade administrativa só pode ser exercida “em razão e nos limites” das prioridades constitucionais vinculantes, relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

Note-se, de passagem, que a Lei de Resíduos Sólidos⁶⁹ estabelece a prioridade (art. 7º, XI), nas aquisições e contratações administrativas, para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondam a parâmetros de baixo carbono. Prioridade, no enunciado normativo, não se confunde com a singela indicação de preferência. Realmente, a adoção de política voltada à ecoeficiência (no sentido de obter mais com menos recursos naturais) é cogente.

O sopesamento fundamentado de boa-fé dos custos diretos e indiretos converte-se em elemento-chave de avaliação da funcionalidade das decisões administrativas. Como resulta cristalino, rejeita-se o decisionismo irracional (por ação ou por omissão), dado que o controle de prioridades incorpora, de modo incisivo, o escrutínio independente dos fundamentos de juridicidade sistemática,⁷⁰ ensejando o salutar questionamento relativamente ao porquê e ao “timing” das escolhas efetuadas ou não efetuadas.

⁶⁵ V. Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 40, Nº. 2, 2002, pp. 351-401.

⁶⁶ Cf. o Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”, PNUD, 2013, p. 68.

⁶⁷ Cf., sobre o tema do problemático consenso de fundo, Jürgen Habermas in Teoria e Práxis. SP: Unesp, 2013.

⁶⁸ Cf. o art. 421, do Código Civil, segundo o qual a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁶⁹ Cf. Lei 12.305, de 2010.

⁷⁰ Sobre o tema da juridicidade como vinculação ao Direito, vide Paulo Otero, Legalidade e Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

Para evitar os vícios mencionados (entre tantos outros), o agente do Estado-Administração não pode aderir ao mito da liberdade insindicável, embora a sua atuação experimente, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita. Retome-se a lição antiga: inexiste — já o dizia Georges Vedel⁷¹ — a pura discricionariedade, tampouco a pura vinculação. Quer dizer, a escolha lícita somente ocorre no quadro de justificativas necessariamente universalizáveis e intertemporalmente consistentes. Não se permite a discricionariedade desatada, que opera em nome da suposta discrição que inibe o consenso em torno de prioridades constitucionais, em que pese o núcleo essencial do direito fundamental ser inegociável, por definição.

Nesse prisma, impõe-se corrigir dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: de uma parte, a vinculação que cede aos automatismos políticos e culturais e, de outra, a concepção da discricionariedade propensa a dar as costas à vinculação constitucional (expressa ou implícita), minando, em ambos os casos, pela arbitrariedade interditada, os contrapoderes indispensáveis.

Afortunadamente, o quadro evolui. Já se acolhe, por exemplo, o direito à nomeação de aprovados em concurso, dentro das vagas previstas no edital, postura que seria impensável há pouco tempo. No entanto, força avançar muito mais: exigir a discricionariedade vinculada às prioridades constitucionais, na enunciação e na implementação de todas as políticas públicas.

Não significa pensar que inexiste competência para escolher entre opções válidas “*prima facie*”, contudo impende abolir a indiferença crônica perante as prioridades constitucionais. Ora, persiste relativa liberdade para realizar esta ou aquela compra pública, mas com a condição incontornável de que se revele necessária, adequada e compatível com a responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos.⁷² Ou seja, a discrição afigura-se indescartável, todavia serve tão-só para “colorir” a performance administrativa com eficiência (CF, art. 37), eficácia (CF, art. 74) e sustentabilidade (CF, art.225).

Decerto, a liberdade não se desfaz por essa carga de vinculação: legitima-se, ao deixar de fixar a residência no espaço fluido de vontades particularistas e pouco ou nada universalizáveis. Em outras palavras, imperativo que a liberdade seja conferida para que a autoridade administrativa responsável (sem ardis manipulatórios) adimpla as suas obrigações e o faça em tempo útil.

⁷¹ Cf. Georges Vedel in *Droit Administratif*. Paris: PUF, 1973, pp. 318-319.

⁷² Cf. Lei 12.305, de 2010, art. 3, IV.

A Administração Pública não apenas pode (a rigor, inexistem atos administrativos meramente facultativos),⁷³ mas está obrigada a realizar avaliações de custos e benefícios abrangentes (econômicos e não econômicos), com a correspondente prestação de contas,⁷⁴ definitivamente exorcizada a recorrente crença em atos políticos sem controle, dado que todos os elementos da tomada de decisão (e respectivas execuções) precisam acatar (não apenas literariamente) as premissas da boa administração, ainda que examinadas obliquamente.

Nessa ordem de ideias — e é isso que convém não perder de vista —, os atos administrativos podem ser vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem intenso (nunca total ou automático) respeito a requisitos formais, com escassa liberdade do agente (o que não exclui a cautela reflexiva). De outra parte, existem os atos administrativos de discricionariedade vinculada à integra das prioridades cogentes da Carta, a saber, aqueles que o agente público pratica mediante juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em vista encontrar a maior praticabilidade dos mandamentos constitucionais, sem que se mostre indiferente a escolha contextual de consequências diretas e indiretas.

Ou seja, o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos instrumentais de aperfeiçoamento do direito fundamental à boa administração. Não desfruta da discricionariedade ilimitada, nem padece da vinculação total: dois equívocos espelhados. Bem pensadas as coisas, a distinção entre atos vinculados e atos discricionários radica tão-só no atinente à intensidade do vínculo à lei como regra.

À vista do exposto, considera-se insuficiente a proposição clássica de Jenkis, que concebia a política pública como simples conjunto de decisões tomadas por um ator político ou vários, concernentes à seleção de objetivos e meios necessários para realizá-los.⁷⁵ ⁷⁶ Peca, ao não atinar para a “accountability” que se impõe⁷⁷ e por sua extrema imprecisão. De outro lado e a despeito dos seus méritos, o ciclo de políticas públicas, segundo a descrição dos estágios de Harold Lasswell,⁷⁸ também fraqueja ao desconsiderar significativos fatores exógenos que influenciam, de variadas formas, a tomada da decisão administrativa.

⁷³ Cf. Ruy Cirne Lima in *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 7a ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 241.

⁷⁴ Cf. Miguel Seabra Fagundes in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 166-167.

⁷⁵ Cf. William Jenkins in *Policy Analysis*. Londres: Martin Robertson, 1978.

⁷⁶ Cf., sobre essa definição de William Jenkis, Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl in *Política Pública*. 3a ed., Rio: Campus, 2013, p.8.

⁷⁷ Cf. Guy Peters in *The politics of bureaucracy*. 5a ed., London e NY: Routledge, 2001.

⁷⁸ Cf. Harold Lasswell in *A Pre-View of Policy Sciences*. NY: American Elsevier, 1971.

Assim, o controle dos atos administrativos precisa operar com uma noção juridicamente refinada de políticas públicas, a saber: são aquelas políticas constitucionais de Estado, que o governo precisa, em tempo hábil, agendar e implementar, mediante programas eficientes, eficazes e justificados intemporalmente, em conjunto com outros atores políticos.

Desse modo, o controle da discricionariedade administrativa insere-se, sobretudo, como filtro de prioridades nas escolhas públicas.⁷⁹ Numa síntese: a ser levada a efeito a reforma⁸⁰ do controle das políticas públicas, as prioridades constitucionais e os seus melhores fundamentos⁸¹ verão dissipadas as nuvens espessas de tantas promessas constitucionais não cumpridas.

As visões antigas do controle de discricionariedade administrativa (e de governança pública)⁸² não oferecem respostas satisfatórias: deixam justamente de filtrar os enviesamentos que conduzem a fracassos. Logo, a crítica dos vieses precisa crescer no exame tópico-sistemático das políticas públicas, numa afirmação da liberdade, entendida sobretudo como a capacidade de controle reflexivo sobre os impulsos e vieses cognitivos (“biases”).⁸³

O exame dos vieses merece, pois, ser fomentado com investimentos pre-cípuos na permanente formação dos agentes públicos. Significa que a preparação para a tomada de decisão tem de levar em conta não apenas os aspectos cognitivos, ou relacionados ao conhecimento jurídico-formal, mas incluir o cuidado com o acervo de valores, motivações e habilidades sociais do agente público.

Em última instância, a decisão administrativa, tomada com a consciência dos vieses, gera o serviço público reorientado pela reflexão imparcial, não movida por anseios de satisfação de interesses subalternos, tampouco por indiferenças arbitrárias.

3. CONCLUSÕES

Para finalizar, sugerem-se as seguintes principais assertivas:

⁷⁹ Cf. John Forester in *Planning in the face of power*. Berkeley: University of California Press, 1989. Sobre o controle jurisdicional, vide Fábio Konder Comparato in “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, *Revista dos Tribunais*, n.737, p.353. Cf., ainda, Maria Paula Dallari Bucci in *Direito Administrativo e políticas públicas*. 2^a ed., SP: Saraiva, 2006.

⁸⁰ Cf., sobre reforma e suas trajetórias em Estados de tradição napoleônica, Edoardo Ongaro in *Public Management Reform and Modernization*, Edward Elgar Publishing, 2009, pp 201-246.

⁸¹ Cf., sobre fundamentos em termos comparados, Denis Galligan e Mila Versteeg (Eds.) *The Social and Political Foundations of Constitutions*. NY: Cambridge University Press, 2013.

⁸² Cf. *New Public Governance?* Stephen P. Osborne (ed.). London e NY: Routledge, 2010.

⁸³ Cf. Paul Litvak e Jennifer Lerner in “Cognitive bias”, *The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 90.

(a) A discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, deve estar vinculada às prioridades constitucionais, sob pena de se converter em arbitrariedade por ação ou por omissão, solapando as bases racionais de conformação motivada das políticas públicas.

(b) O controle da discricionariedade administrativa e das políticas públicas, no modelo proposto, precisa considerar as políticas como programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), sem excluir a pluralidade de atores envolvidos em matéria de sindicabilidade independente.

(c) Nos atos administrativos discricionários, o agente público, queira ou não, emite juízos de valor (escolhas no plano das consequências diretas e indiretas), no intuito (juris tantum) de imprimir eficiente e eficaz incremento das prioridades da Lei Fundamental. Daí segue que o controle da discricionariedade administrativa deve ser efetuado no tocante às motivações e aos resultados, porque a discricionariedade existe somente para que se materializem, com presteza adaptativa, as vinculantes finalidades constitucionais.

(d) No exame da liberdade administrativa legítima, constata-se que a autoridade jamais desfruta de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher) as consequências diretas e indiretas, embora a sua atuação guarde, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita do que na consumação de atos vinculados. Nessa medida, alargam-se, sensivelmente, as possibilidades e os deveres do controle de porquês e do “timing” das decisões administrativas.

(e) Quanto mais se aprofunda essa sindicabilidade, mais se desvela o controle como poder racional de voto em relação aos vieses e impulsivismos políticos não universalizáveis, jamais como instrumento de burocratismo paralisante e custoso.

(f) O administrador público, obrigado a declinar os fundamentos para a tomada da decisão (agir ou não agir), tem a sua conduta esquadrinhável em termos de qualidade intertemporal das opções realizadas. Como dito, a liberdade é conferida somente para que o bom administrador desempenhe a contento as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade. Nunca para o excesso, nem para a omissão procrastinatória.

(g) A agenda administrativa tem de ser reconstruída, com variações naturais, tendo em exata conta a realização primordial de prioridades vinculantes. Precisamente por isso, as políticas públicas foram aqui reconcebidas como autênticos programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Nesses moldes, o direito fundamental à boa administração pode-deve deitar raízes, entre nós, sem perpetuar o império do medo, que parece assaltar os bons administradores. Nas relações administrativas, doravante, o império necessário é o das prioridades constitucionais, algo que acarreta aprofundamento sem precedentes (mais do que ampliação) do escrutínio das decisões administrativas, à base das prioridades cogentes da Constituição.

*** Recebido em 26/05/2014.**



O CUSTO PARA O CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE CONFORMIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: O PESO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS OU DOS DEVERES INSTRUMENTAIS

*Luiz Dias Martins Filho**

Resumo

Este trabalho analisa o custo e a complexidade para atender as exigências de conformidade no âmbito do Direito Tributário brasileiro. Faz também uma análise comparativa das obrigações tributárias acessórias no Brasil e em outros países ao redor do mundo. Conclui-se que a sistemática de lançamento por homologação, majoritariamente adotada no Brasil, provoca uma dupla punição ao contribuinte, assumindo todos os riscos relativos às obrigações acessórias e sem possibilidade de correção na via administrativa, e viola o sobreprincípio econômico da cobrança conveniente, prática e simples dos tributos.

Palavras-chave

Direito Tributário. Obrigações tributárias acessórias. Custos de conformidade. Brasil.

THE COST FOR MEETING BRAZILIAN TAX LAW COMPLIANCE RULES: THE WEIGHT OF TAX ACCESSORY LIABILITIES OR INSTRUMENTAL DUTIES

Abstract

This work paper analyzes the cost and complexity to comply with Brazilian Tax Law compliance rules. It also makes a comparative analysis of accessory tax liability in Brazil and other countries around the world. It concludes that the systematic of assessment by homologation, mainly adopted in Brazil, provokes a double punishment to the taxpayer, taking all the risks related to the accessory tax liability and without the possibility to correct by administrative means, and violates the economic principle of the convenient, practical and simple collection of taxes.

Keywords

Tax Law. Accessory tax liability. Compliance costs. Brazil.

Asseverou Adam Smith (2012, p. 1057) que é necessário que todos os tributos sejam arrecadados na data e do modo em que provavelmente forem

* Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito Tributário e Comércio Internacional – University of Cambridge (2001) e Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (2005). Procurador da Fazenda Nacional.

mais convenientes para o sujeito passivo tributário. Dessa forma, por exemplo, enfatiza que o tributo deve ser arrecadado na data em que é, possivelmente, a mais conveniente para o contribuinte, ou seja, quando provavelmente dispõe de mais recursos para pagar o imposto.

Isso corresponde ao terceiro princípio tributário posto por Adam Smith (2012, p. 1.057), ou seja, “os tributos devem ser cobrados da forma mais conveniente, prática e simples¹”.

Dessa forma, não deve apenas o fisco buscar suas conveniências arrecadatórias e simplesmente maximizar o fluxo de recursos a ingressar no tesouro público, devem-se perquirir as conveniências dos sujeitos passivos tributários que geram as receitas para o Estado. Um aspecto relacionado a esse sobreprincípio tributário posto por Adam Smith refere-se às inúmeras obrigações tributárias acessórias ou como também são chamadas, devedores instrumentais tributários impostos aos contribuintes ou sujeitos passivos tributários.

A auditoria e consultoria PriceWaterhouse&Coopers em estudo de 2010, intitulado *The impact of VAT compliance on business*, verificou, mundialmente, que apesar das largas semelhanças dos princípios tributários aplicados aos tributos indiretos, as respectivas normas tributárias tem eficácia e aplicação diferenciadas nos diversos Estados soberanos e territórios, sendo que a forma e as normas para o cumprimento das obrigações tributárias acessórias, também denominadas de deveres instrumentais, variam consideravelmente.

O mencionado estudo de 2010 da PriceWaterhouse&Coopers relacionado especificamente aos tributos indiretos sobre o consumo foi feito na perspectiva de verificar o tempo necessário para o cumprimento das obrigações acessórias ou deveres instrumentais, em diferentes países, e para demonstrar o impacto nos custos para empresas e instituições, a fim de cumprirem tais deveres instrumentais, que são maiores quando requeridos por diferentes órgãos da administração tributária de um Estado. O referido estudo utilizou dados coletados pelo Banco Mundial (*World Bank Group*)² sobre as facilidades no pagamento de tributos em diversas economias ao redor do mundo, bem como dados coletados pela PriceWaterhouse&Coopers LLP, especificamente para referido estudo, de um representativo número de exemplos obtidos em países que têm um sistema de tributos sobre o valor agregado ou um sistema de tributos indiretos incidentes sobre o consumo.

¹ Tradução livre de “*Taxes should be levied in the most convenient way*”.

² Esses dados fazem parte de um estudo denominado *Paying Taxes 2010 Project* em que um resultado global evisão geral resulta em publicação conjunta do *World Bank Group/International Finance Corporation and PriceWaterhouse&Coopers LLP* – Vide: PriceWaterhouse&Coopers LLP. Disponível em: <<http://www.pwc.com/gx/en/paying-taxes>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

Especificamente quanto ao Brasil, o estudo da PriceWaterhouse&Coopers de 2010 (p. 12) demonstrava que são gastos, por ano, para atender as obrigações acessórias (ou deveres instrumentais) relacionadas aos tributos indiretos sobre o consumo o total de 1.374 (um mil, trezentos e setenta e quatro) horas de trabalho, pagas pelo sujeito passivo tributário. Em face dessa constatação, não se pode dizer que esses tributos brasileiros são cobrados do contribuinte da forma mais conveniente, prática e simples.

O referido estudo da PriceWaterhouse&Coopers de 2010 também demonstrou uma correlação entre o tempo para obtenção de restituições ou repetições relacionadas aos tributos sobre o consumo e o tempo gasto pelo sujeito passivo para cumprir seus deveres instrumentais. Assim, na África, América Latina e Caribe, onde se demanda mais de duas vezes mais de tempo do contribuinte para cumprir suas obrigações tributárias acessórias referentes aos tributos indiretos ou sobre o consumo, justamente nessas regiões, onde a restituição ou repetição tributária, operada pelo fisco, ocorre mais lentamente do que na média dos países-membros da *Organization for Economic Co-operation and Development* — OECD e de que a média dos países da União Europeia.³ É ressaltado no trabalho que o tempo para obtenção de restituição tributária (*tax refund*) pode ilustrar o grau de eficiência das autoridades e da administração tributária.

O sumário da pesquisa de 2010 da PriceWaterhouse&Coopers, *The impact of VAT compliance on business* (p. 2), em linhas gerais, quanto a tributação sobre o consumo ou tributação indireta, foi concluído com as seguintes assertivas:

- More time is spent on compliance activities where VAT is administered by separate Tax Authority.
- More time is spent where tax administration is weaker (as measured by the time it is likely to take to obtain a refund).
- The frequency of returns and the amount of data which has to be submitted have an impact on how long it takes to comply.
- Less time is spent where business uses online filling and payment.

The compliance burden tends to be lower in the developed world and higher in lower income countries.

³ O estudo em questão (2010, p. 13) diz ainda que: “*How long it takes for a taxpayer to receive a refund could be seen as a useful test of the efficiency of tax authorities. This is also important for business in view of the impact on corporate liquidity and the time value of money on delayed refund processing.*”

Streamlining the compliance burden and reducing the time needed by business is important for the efficient working of VAT systems.

Ainda sobre a complexidade no cumprimento dos deveres instrumentais pelos sujeitos passivos de obrigações tributárias, estudo de 2015 da Price-Waterhouse&Coopers, intitulado *Paying Taxes 2015* (2015, p. 1, 2 e 32)⁴, que analisou 189 economias do mundo, no que se refere também aos vários ônus fiscais impostos aos sujeitos passivos nos diversos sistemas tributários, verificou que na média mundial, a pessoa jurídica leva 264 (duzentas e sessenta e quatro) horas anuais para cumprir suas obrigações fiscais, que são feitos quase 29 pagamentos de tributos por ano e que a carga tributária total em relação ao lucro comercial chega à proporção média de 40,9% (quarenta por cento e nove décimos do lucro comercial), conforme se vê do texto infra:

The Paying Taxes study remains unique. It is the only piece of research which measures the ease of paying taxes across 189 economies by assessing the time required for a case study company to prepare, file and pay its taxes, the number of taxes that it has to pay, the method of that payment and the total tax liability as a percentage of its commercial profits. The model we use is sample and does not cover all aspects and regulations which are a feature of tax systems, and it does not set out to do so. The intention is to provide an objective basis for governments to benchmark their tax systems on a like-for-like basis. The results illustrate both successful reforms and reform challenges and provide a platform for government and business to engage in constructive discussion around tax reform across a broader range of issues.

[...]

On average it takes our case study company 264 hours to comply with its taxes, it makes 25.9 payments and has an average Total Tax Rate of 40.9%.

[...]

Labour taxes and mandatory contributions, and profit taxes continue to be equally important in the profile of taxes borne for the case study company.

[...]

⁴ *Paying Taxes 2015* "is a piece of research which measures the ease of paying taxes across 189 economies by assessing the time required for a case study company to: prepare, file and pay its taxes, the number of taxes that it has to pay, the method of that payment and the total tax liability as a percentage of its commercial profits. The results illustrate both successful tax reforms and reform challenges as well as providing a platform for government and business to engage in constructive discussion around tax reform across a broader range of issues. (...) This is the tenth year that the Paying Taxes indicator has been included in the Doing Business project, which is run by the World Bank Group".

Reforms continue to be made in Africa, while progress is less evident in South America. South America now has the highest average time to comply and Total Tax Rate.

[...]

The time required by the case study company to comply with its tax filing obligations on average across all 189 economies is 264 hours, a reduction of 4 hours from last year. For the last three years, only Africa and South America have had an average time to comply that is greater than the world average.

[...]

South America has an average of 620 hours, 2.3 times the world average, largely due to the 2,600 hours required in Brazil, though Bolivia, República Bolivariana de Venezuela and Ecuador all require more than 650 hours a year to comply with their tax filing obligations.

[...]

The time to comply with consumption taxes is particularly high for South America compared to the other regions, and this drives the global average so that consumption taxes take the longest to comply with on average around the world at 99 hours compared to 94 hours for labour taxes.

Portanto, na América do Sul se tem uma média geral de 620 (seiscentas e vinte) horas gastas para se cumprir com as obrigações tributárias, sendo que deste total são 138 (cento e trinta e oito) horas para o cumprimento de obrigações relacionadas ao imposto sobre a renda, 193 (cento e noventa e três) horas relacionadas às obrigações fiscal incidentes nas relações trabalhistas e 289 (duzentas e oitenta e nove) horas para cumprimento de obrigações fiscais de tributos indiretos sobre o consumo.

Carlos Iacia (2015, p. 83-86) em trabalho intitulado *Brazil: Complex data provision requirements and frequent changes to tax laws result in a high compliance burden* destaca a complexidade do sistema tributário brasileiro uma vez que que muitas pessoas jurídicas de direito público interno com competência para instituir e cobrar tributos, ou seja, a União Federal, vinte e seis Estados-membros da federação brasileira e o Distrito Federal, e mais de cinco mil municipalidades, todos com suas legislações fiscais e deveres instrumentais tributários. Portanto, conclui Iacia (2015, p. 84-86) que é árdua a tarefa de conhecer toda a legislação, acompanhar suas alterações frequentes e cumprir tantas obrigações acessórias, conforme se observa do texto a seguir transcrito:

Brazil has a complex tax system, mostly because the Federal Constitution allows many different government entities to levy taxes. These include the federal government, each of the 26 states and

the Federal District, and over 5,000 municipalities. Taxpayers need to monitor each of these taxes as frequent changes in legislation may affect the calculation and payment of taxes, as well as the rules for preparing mandatory tax records.

[...]

Tax rules are created and amended in Brazil on an almost daily basis, at the federal, state and municipal levels. Unfortunately, the wording of these rules is sometimes nuclear, making it difficult to interpret their content, scope and effective dates.

In addition to the amounts owed as taxes (referred to as “primary obligations”), the taxpayer is also required to comply with “ancillary obligations”, which consist of detailed record-keeping and reporting of certain information to tax authorities, mostly in electronic format. The data used to calculate the tax liabilities are reported in electronic declarations with various layouts that are required to be submitted by multiple dates throughout the year. The complexities of compliance and reporting sometimes result in inconsistencies that are questioned by the tax authorities. When this happens tax staff need to spend even more time and effort to answer the tax authorities’ questions.

[...]

From the above, we can conclude that the new technology implemented by the tax authorities has improved and optimized the process of tax inspection and collection, while resulting in higher tax compliance and management costs for businesses. In time, however, as the process matures and consolidates, and the government pursues simplification, and eventual reduction in the cost of tax compliance is expected.

[...]

All Brazilian taxpayers, large and small, deserve a tax environment with greater simplicity, fairness and legal stability.

Verifica-se do trabalho de Carlos Iacia, tributarista da PriceWaterhouse&Coopers, a demonstração a necessidade da tributação ser clara, o que resulta em justiça fiscal, conforme se verificou do texto supra transcrito

Além dos valores pagos a título do tributo em si, correspondente a obrigação tributária principal, em alguns países, em especial no Reino Unido, a título ilustrativo, há vários estudos elaborados e pleitos por parte de contribuintes, para que os valores gastos na apuração do crédito tributário, por meio do autolançamento, bem como para o cumprimento de obrigações acessórias, também denominadas de deveres instrumentais, sejam contabilizados como custos ou despesas e por isso dedutíveis do lucro ou da renda.

Ressalta-se que no Reino Unido, após a crise financeira de 2002, houve importante reforma tributária, que além de simplificações relacionadas ao cumprimento de obrigações acessórias tributárias ou deveres instrumentais, houve significativa redução da carga tributária (PAYING TAXES 2015, 2015, p. 16).

Ocorre que atualmente há uma tendência mundial de atribuir ao particular, de um modo geral (por ex.: retenção do imposto sobre a renda, IR-Fonte de pagamentos efetuados por pessoa jurídica, aquisição de computadores e certificações digitais etc.), e ao próprio contribuinte pessoa física, uma série de obrigações, além do pagamento do tributo em si, que estão representando elevados custos para os sujeitos passivos de obrigações tributárias, sejam contribuintes pessoas físicas, sejam instituições, sejam empresários.

Hoje, a constituição do crédito tributário por meio do lançamento tributário denominado lançamento por homologação tem se tornado, na esmagadora maioria das vezes, o mais comum.

A título de comparação, no Reino Unido também é crescente o movimento em direção à sistemática do chamado *self-assessment*, denominado no Brasil de autolançamento, o que acaba resultando na transferência e imposição ao sujeito passivo de uma série de obrigações tributárias acessórias, também conhecidas como deveres instrumentais tributários.

A imposição tributária no Reino Unido caracteriza-se pela ocorrência do *assessment* que equivale ao momento da incidência do tributo, sendo no caso do lançamento ou do momento da imposição direta pelo contribuinte, denominada de *self-assessment*.

Adrian Shipwright e Elizabeth Keeling comentam que a imposição no direito inglês passa por três estágios⁵: i) a declaração de sujeição passiva, de responsabilidade pelo pagamento do tributo, a qual independe do lançamento; ii) depois vem a imposição — *assessement*, que seria o lançamento propriamente dito, que apura exatamente o *quantum* devido pela pessoa responsável pelo pagamento do tributo; iii) e por último, vêm os métodos de cobrança (*recovery*), caso não ocorra o pagamento voluntário.

Sobre os elementos da hipótese de incidência, precisamente denominados por Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 154 156) de critérios lógicos da regra-matriz de incidência, o que os doutrinadores britânicos Geoffrey Morse e

⁵ Posto em decisão judicial: "As Lord Dunedi has Said (in *Whitney v IRC* (1925) 10 TC 88 at p.110):'...there are these stages in the imposition of a tax: there is the declaration of liability, that is the part of the statute which determines what persons in respect of what property are liable. Next there is the assessment. Liability does not depend on assessment. That, 'ex hypothesi', has already been fixed. But assessment particularizes the exact sum which a person liable has to pay. Lastly, come the methods of recovery, if the person taxed does not voluntarily pay.'

David Williams (2000, p. 12-13) preferem chamar de “anatomia do tributo” (*anatomy of a tax*)

Whichever form of tax we adopt, and whatever the fiscal or other reasons for its adoption, the lawyer’s task is to identify when it is payable and when not. Tax law, or revenue law as many also call it, is there to define when taxes shall be charged. In respect of each tax this definition will contain the same elements:

- the tax base;
- the incidence (including the rate) of the tax; and
- the taxpayer, or person liable to pay.

Não entraremos no mérito sobre as vantagens ou desvantagens desta transferência de responsabilidade da arrecadação tributária para o particular, mas chamamos atenção aqui para a mudança da atividade administrativa nos últimos anos, com ênfase na atualidade, onde há a prevalência da função de fiscalização sobre a função de arrecadação.⁶

No Reino Unido, apesar das peculiaridades de seu sistema fiscal, que além da observância a princípios jurídicos, os princípios econômicos, ou seja, também a racionalidade econômica, são de grande relevância, diferenciando-se de muitos sistemas tributários da chamada família do direito romano-germânico ou direito continental (europeu), onde basicamente ou principalmente são observados princípios jurídicos, onde prevalecem quase que exclusivamente aspectos formais, lá também há hoje a prevalência da imposição direta dos tributos, exigindo a participação efetiva do contribuinte, que se responsabiliza pelo cálculo do tributo a ser pago. Doutrinadores britânicos, como Adrian Shipwright e Elizabeth Keeling (1998, p. 34) comentam que esse movimento no Direito Tributário britânico foi anunciado em 1993 e começou a ser aplicado a partir de 1996.

However, in March 1993 the Chancellor of the Exchequer announced that the direct tax system would move to a system of ‘self-assessment’ with the aim of making the procedures for the assessment and collection of tax ‘more straightforward, clearer

⁶ John Tiley (2000, p. 66), na sua obra sobre o Direito Tributário no Reino Unido, ao comentar sobre a prevalência atual dos tributos arrecadados diretamente pelo contribuinte (*self-assessment*) critica está transferência de responsabilidades para o contribuinte, que além de pagar o tributo ainda tem que arcar com todo o ônus da apuração, correspondendo isto, conforme o autor, a *uma das mais perversas formas de privatização, verbis*: “*At first sight of costs from the Inland Revenue to the general taxpayer seems a rather perverse form of privatisation. There is, however, more to the problem than that. Clearly, a desire to reduce government expenditure is one of the aims of the change; another is a sincere wish to reduce some taxpayers’ compliance costs. Under the old system of assessment, the Revenue had to make assessments within a certain, and often quite unrealistic, time limit, not least because only when the assessment had been made could a liability to pay tax actually arise*”.

and fairer for taxpayers and practitioners'. The system applied from the 1996/97 tax year onwards.

Como observado⁷, o papel da administração tributária no Reino Unido tem mudado, onde um grande montante de tempo e dinheiro era gasto nas atividades de lançamento, por parte dos órgãos fazendários, para uma estrutura mais aberta, que acata, a princípio, as informações do contribuinte, melhor atendendo aos princípios da eficiência e economicidade, por parte da administração pública, mas por outro lado, sacrificando o sujeito passivo da obrigação tributária.

Assim, constata-se que não só no Brasil, mas também em países em estágio avançado de desenvolvimento socioeconômico ou mesmo onde os direitos e garantias fundamentais passaram por processo mais longo de sedimentação, como no Reino Unido, o papel da Administração Tributária tem mudado. Em situações onde um grande montante de tempo e dinheiro público era gasto nas atividades de lançamento, por parte dos agentes de órgãos fazendários, buscou-se uma estrutura mais aberta, que acata, a princípio, as informações do contribuinte, fundamentando-se nos princípios da eficiência e economicidade (*accountability*). Entretanto, não é aceitável que no Brasil créditos tributários sejam inscritos em dívida ativa sem que sejam os contribuintes comunicados, em total desrespeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Ainda tratando da necessidade dos tributos serem cobrados da forma mais conveniente, prática e simples, como posto por Adam Smith como um grande axioma ou princípio, observamos as contradições que ocorrem, no Brasil, quando das hipóteses de apuração do crédito tributário, por meio do denominado lançamento por homologação e respectivo cumprimento de obrigação acessória ou dever instrumental, consubstanciado na entrega de declaração pelo sujeito passivo tributário.

A controvérsia consiste em saber se no âmbito do lançamento por homologação, caso o contribuinte não faça o pagamento antecipado de que trata o art. 150 do Código Tributário Nacional — CTN, a autoridade pode negar-lhe o fornecimento de certidões negativas sem que antes tenha procedido ao lançamento de ofício das quantias correspondentes? Complementa-se a indagação no sentido perguntando se faz alguma diferença se o contribuinte houver apurado e declarado (*v.g.*, por meio de declaração de contribuições e tributos federais-DCTF ou GFIP) as quantias correspondentes ao tributo devido?

Tanto o STJ quanto o STF, nos chamados lançamentos por homologação, entendem ser possível a inscrição direta dos débitos em dívida ativa, sem

⁷ Luiz Dias Martins Filho discorrendo sobre aspectos do "self-assessment" no direito inglês.

que o contribuinte seja cientificado deste envio. É a chamada inscrição sumária, que ocorre quando o contribuinte apresenta declaração (DCTF ou GFIP) de que deve determinado tributo, especifica o valor, data de vencimento etc. Caso o sistema não localize o pagamento do respectivo crédito tributário declarado, se procede a imediata inscrição. Assim, o STF e o STJ já decidiram que:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL DECLARADO E NÃO PAGO. AUTOLANÇAMENTO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA COBRANÇA DO TRIBUTO.

Em se tratando de autolançamento de débito fiscal declarado e não pago, **desnecessária a instauração de procedimento administrativo para a inscrição da dívida** e posterior cobrança. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 1995)

TRIBUTÁRIO. IPI. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECLARADAS EM DCTF. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. AUTOLANÇAMENTO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA.

1. Tratando-se de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) cujo débito declarado não foi pago pelo contribuinte, **torna-se prescindível a homologação formal**, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal.

2. Considerando-se constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada, mediante a entrega da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), não há cogitar-se da incidência do instituto da decadência, que retrata o prazo destinado à 'constituição do crédito tributário', *in casu*, constituído pela DCTF aceita pelo Fisco.

3. Destarte, não sendo o caso de homologação tácita, não se opera a incidência do instituto da decadência (artigo 150, §4º, do CTN), incidindo a prescrição nos termos delineados no artigo 174, do CTN, vale dizer: no quinquênio subsequente à constituição do crédito tributário, que, *in casu*, tem seu termo inicial contado a partir do momento da declaração realizada mediante a entrega da DCTF.

4. Recurso improvido. (BRASIL, 2002)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O IAA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECLARADAS EM DCTF. DÉBITOS DECLARADOS E NÃO PAGOS. AUTOLANÇAMENTO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA.

I — Tratando-se de Declaração de Contribuição de Tributos Federais (DCTF) cujo débito declarado não foi pago pelo contribuinte, **torna-se prescindível a homologação formal**, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal.

II — Considerando-se constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada, mediante a entrega da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), não há cogitar-se da incidência do instituto da decadência, que retrata o prazo destinado à "constituição do crédito tributário", *in casu*, constituído pela DCTF aceita pelo Fisco.

III — Destarte, não sendo o caso de homologação tácita, não se opera a incidência do instituto da decadência (artigo 150, §4º, do CTN), incidindo a prescrição nos termos em que delineados no artigo 174, do CTN, vale dizer: no quinquênio subsequente à constituição do crédito tributário, que, *in casu*, tem seu termo inicial contado a partir do momento da declaração realizada mediante a entrega da DCTF (Resp nº 389.089/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 26/11/2002, p. 252).

IV — Recurso especial provido". (BRASIL, 2004).

Nos casos de autolançamento, ou seja, de lançamento por homologação, que resultam em posteriores inscrições sumárias, o controle da legalidade é perfundatório, sendo que as inscrições ocorrem, frequentemente, por meio eletrônico⁸.

Verificamos que a maior parte dos pedidos de revisão dos débitos, após sua inscrição em dívida ativa se dá nos casos de inscrição direta ou sumária, oriundas de autolançamento.

Importante frisar que nas declarações, como é o caso das Declarações de Contribuição e Tributos Federais — DCTF os contribuintes, além de terem de especificar os tributos a que estão obrigados, o valor e data de vencimento, ainda devem identificar corretamente a forma pelo qual efetuaram a liquidação do débito declarado ou se o débito está com a exigibilidade suspensa. Se efetuarem pagamento mediante DARF, especificar os dados do DARF, se o meio utilizado foi compensação, especificar o crédito que irá utilizar, se utilizar parte do pagamento feito em DARF, parte compensação, especificar os dois e outras possíveis formas etc. Qualquer erro no preenchimento de declaração

⁸ Sobre os procedimentos de inscrição em dívida ativa, controles, direitos do contribuinte, dentre outros aspectos relacionados à cobrança de créditos tributários ou não, mas inscritos em dívida ativa, são tratados exaustivamente na dissertação de mestrado intitulada "Procedimento Pré-Executivo Fiscal da Fazenda Pública" apresentada em 2005 no curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, pela procuradora da Fazenda Nacional, Marciane Zaro Dias Martins.

ou do registro dos pagamentos significará ausência de pagamento, sendo considerado ativo o débito e enviado à inscrição. Não são poucos os casos em que o contribuinte, involuntariamente, por erro, acaba sendo o responsável pela inscrição em dívida ativa, pois não prestou informações corretamente, ou pelo menos exatas sob o aspecto formal. Sabe-se, portanto, que é comum tanto o erro no preenchimento da declaração, quanto o erro no preenchimento do DARF de pagamento.

Além disso, ainda há os equívocos do fisco, pois parte dos débitos inconsistentes também são gerados por erros da administração, ao processar os autolançamentos.

Pensamos correto o exposto por Nagibe de Melo Jorge Neto (2006, p. 87) quanto ao lançamento por homologação e a inscrição em dívida:

O lançamento por homologação tem o escopo claro de proporcionar maior efetividade e celeridade à atividade fiscal-tributária privativa do Estado, atribuindo ao sujeito passivo da relação um papel de extrema relevância. Paulo de Barros Carvalho chega mesmo a afirmar que ‘em substância, nenhuma diferença existe, *como atividade*, entre o ato praticado por agente do Poder Público e aquele empreendido pelo particular’. Nessas circunstâncias, a supressão do processo administrativo fiscal e, com ele, do prazo para impugnar os valores cobrados não contraria o devido processo legal nos casos em que o fisco efetua o lançamento com base nos valores apurados e declarados pelo contribuinte através da DCTF ou instrumento equivalente, muito embora, como já dito, a notificação do lançamento, ainda que sem a abertura de prazo para defesa, seja imprescindível.

Nestes casos de autolançamentos com inscrição sumária, ao contrário do que já foi decidido pelo STF e pelo STJ, concordando e detalhando, por outro lado, com o que foi dito por Nagibe de Melo Jorge, entendemos que seria obrigatória a notificação ao contribuinte para informar da efetivação da homologação expressa, nos termos do *caput* do art. 150 do CTN, e não para dar início a um processo administrativo fiscal, nos moldes do Decreto nº 70.235, de 1972, mas somente em observância ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF/88).

Agora no que diz respeito ao lançamento por homologação e o não pagamento antecipado de que cuida o art. 150 do CTN e o eventual indeferimento de certidão negativa de regularidade fiscal, parece haver certa incoerência entre decisões judiciais, pois, como visto supra, é aceita pelos tribunais superiores a inscrição sumária em dívida ativa, sem quaisquer formalidades, nem mesmo uma notificação informando ao sujeito passivo da homologação (expressa), ao passo que outras decisões judiciais não admitem nestas hipóteses o indeferimento de certidão negativa, quanto a inexistência de débitos, pois dizem que o fisco deve proceder ao respectivo processo tributário, frisa-se,

conforme as decisões nestes casos, imperativa a emissão de certidão negativa. Exemplificamos:

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO DE DÉBITOS — CND. CRÉDITOS DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE (DL nº 2.124, de 13.06.84) E NÃO PAGOS NO VENCIMENTO. LEGITIMIDADE DO ATO QUE INDEFERIU A CERTIDÃO NEGATIVA.

[...]

2. Em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é **ilegítimo o indeferimento de certidão negativa** quando, não tendo havido autolançamento pelo contribuinte, o Fisco também não efetua o lançamento de ofício.

3. Todavia, é outra situação quando o próprio contribuinte, atendendo ao que determina a lei (Decreto-lei nº 2.124, de 13.06.84) declara a existência do débito, identificando-o e quantificando-o minudentemente perante o Fisco. Nesses casos, de típicas e genuínas hipóteses de autolançamento, o contribuinte, no dizer da lei, comunica ‘a existência de crédito tributário’, comunicação essa que ‘constituirá confissão de dívida e instrumento suficiente para a exigência do referido crédito’ (art. 5º, § 1º), e, em caso de não pagamento no prazo, ‘poderá ser imediatamente inscrito em dívida ativa, para efeito de cobrança executiva, (§2º). Feita a declaração (conhecida como DCTF- Declaração de Contribuições e Tributos Federais, cujas normas estão detalhadas nas Instruções Normativas nºs 129, de 19.11.86, e 073, de 19.09.94, ambas da Secretaria da Receita Federal) haverá um débito formalizado e, portanto, certificável. Não pago no vencimento, torna-se imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte, conforme iterativa jurisprudência do STF e do STJ. Assim, existindo débito fiscal exigível, é indevida a expedição de certidão ‘negativa’ de sua existência.’ (BRASIL, 1996). (Grifo nosso).

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO DE DÉBITO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO.

Mesmo que o tributo esteja sujeito a lançamento por homologação, o Fisco deve proceder ao lançamento, notificar o devedor e promover o respectivo processo administrativo-fiscal. E, não havendo crédito tributário regularmente constituído, a certidão negativa de débito não pode ser negada. (BRASIL, 1995).

Verifica-se, assim, a clara incompatibilidade entre os dois conjuntos de decisões e entendimentos. Ora, se a declaração/confissão de dívida, sem a efetivação do respectivo pagamento, resulta em crédito com imediata inscrição em dívida ativa e consequente cobrança judicial, deveriam, por coerência, nes-

tas situações, as decisões judiciais deduzirem que, caso não estivesse a exigibilidade do crédito suspensa ou garantida a dívida ou com executoriedade suspensa, não seria caso de emissão de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa (art. 203 do CTN).

Embora entenda-se que a inscrição sumária, com consequente cobrança judicial e demais ônus, sem notificação expressa da homologação do lançamento é ilegal, por não observar o art. 150, *caput*, do CTN, e inconstitucional, por não observar o princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 37, CF/88) e da segurança jurídica, mas, por outro lado, inferem-se incoerentes e não-isônômicas as decisões judiciais que obrigam a emissão de certidões negativas a contribuintes que não cumpriram suas obrigações tributárias, quer principais, quer acessórias, não entregando sequer as respectivas declarações. Essas decisões judiciais determinam a expedição de certidões negativas que não espelham uma realidade fática, pois, em última análise, está sendo exigindo para estes todo um procedimento fiscal que não foi assegurado àqueles que apuraram e apresentaram e, muito menos com aqueles outros que pagaram pontualmente seus tributos.

Portanto, nesse contexto, há três situações: (i) daquele contribuinte que procede o lançamento por homologação (autolançamento) pagando corretamente todo o tributo devido e que, então, tem todo direito à certidão negativa de débitos; (ii) daquele contribuinte que apura e declara o tributo devido, mas não o paga, por não ter recursos ou por outro motivo qualquer, e que, sem notificação prévia, terá o respectivo crédito tributário inscrito sumariamente em dívida ativa e cobrado, sendo que, enquanto não ocorrer nenhuma hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou de prestação de garantia, para suspensão da executoriedade, não terá direito à certidão positiva com efeito de negativa (art. 203, CTN), nem teve direito ao devido procedimento administrativo tributário para eventualmente acertar o crédito tributário devido; e (iii) daquele contribuinte que nem apura, nem declara, nem paga o tributo eventualmente devido, mas conforme o entendimento expresso em decisões judiciais tem direito à certidão negativa, enquanto não ocorrer o lançamento de ofício, este lançamento com todas as garantias legais e constitucionais do devido procedimento administrativo tributário, e ainda, a certidão negativa de débito que não espelharia uma realidade. Verifica-se, portanto, que há uma inversão proporcional, quanto maior a colaboração do contribuinte com a Fazenda Pública, menos favorável é o tratamento dispensado pela legislação e pelos entendimentos manifestos das decisões judiciais.

Portanto, parece não-isônômico tal tratamento, acabando o lançamento por homologação, por consistindo pesado ônus ao contribuinte, como observa Marciane Zaro Dias Martins (2005, p. 181):

O contribuinte é duplamente apenado no lançamento por homologação, pois, além de ter de indicar a matéria tributável, apurar

o tributo devido, efetuar o pagamento por conta e risco, ainda sofre com a possibilidade de ser inscrito em dívida ativa e ter ajuizada contra si execução fiscal, sem qualquer cientificação prévia.

Podemos dizer que estamos diante de uma situação perversa para com o contribuinte, pois lhe imprime obrigação e responsabilidade que não lhe é própria, a apuração de tributos por conta e risco, sujeita a erros de interpretação de normas, erros aritméticos, erros de transcrição de dados, erros de terceiras pessoas (erros na transcrição de dados pelo agente arrecadador, ou pelos servidores do fisco, erros nos sistemas de controle dos tributos do fisco), terá suprimida a possibilidade de correção do lançamento ainda na via administrativa.

Admitirmos que o erro do contribuinte (ou de terceiro) deve ser punido com a inscrição imediata em dívida ativa, já que a declaração apresentada por ele é confissão de dívida, é admitirmos que a tributação no Brasil é punição, sanção (contrariando o art. 3º do CTN), e não colaboração com a manutenção do Estado de Direito (art. 1º, CF/88).

Finalizando este tópico, referente à necessidade de os tributos serem cobrados da forma mais conveniente, prática e simples, conclui-se que, nos casos em foco, quanto ao direito à obtenção à certidão negativa de débitos ou positiva com efeitos de negativa, estar-se-ia ferindo o princípio da isonomia entre os contribuintes, pois aqueles que apresentam informações sobre a matéria tributável no lançamento por homologação (autolançamento), a princípio, não teriam direito a um devido procedimento administrativo tributário, nem à certidão negativa de débitos ou positiva com efeito de negativa (art. 203 do CTN), enquanto que, o sujeito passivo tributário que se quedou inerte, omitindo informações e dados, tem direito à certidão negativa de débitos e ao vir a ser eventualmente efetuado o lançamento de ofício, ainda gozará de todas as garantias inerentes ao procedimento fiscal.

Portanto, verifica-se uma situação que ocorre no Brasil em que se viola o sobreprincípio posto por Adam Smith referente à necessidade dos tributos serem cobrados da forma mais conveniente, prática e simples, sendo que o contribuinte é duplamente apenado no lançamento por homologação, pois, além de ter de indicar a matéria tributável, apurar o tributo devido, efetuar o pagamento por conta e risco, o que em tese seria atribuição da administração tributária, ainda sofre com a possibilidade de ser inscrito em dívida ativa e ter ajuizada contra si execução fiscal, sem qualquer cientificação prévia. Constatase uma situação perversa ao contribuinte, pois lhe imprime obrigação e responsabilidade que não lhe é própria, a apuração de tributos por conta e risco, sujeita a erros de interpretação de normas, erros aritméticos, erros de transcrição de dados, erros de terceiras pessoas (erros na transcrição de dados pelo

agente arrecadador, ou pelos servidores do fisco, erros nos sistemas de controle dos tributos do fisco), terá suprimida a possibilidade de correção do lançamento ainda na via administrativa, que seria mais prática, simples e conveniente ao contribuinte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 1446099 AgR/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ. Brasília, p. 27385.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP Nº 389.089/RS. Relator Min. Luiz Fux. DJ 16.12.2002, p. 252.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 551.015. Rel. Min. Francisco Falcão v.u. j. 14.09.2004. DJU de 04.10.2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AI 96.04.40278-1 / SC, Agravante: Hubtex Sulamericana Maquinas Ltda. Agravado: União Federal. Rel. Des. Federal Teori Albino Zavascki. DJ 11/12/1996, p. 96142.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AgRg no MS nº 95.04.08303-0/SC. Rel Des. Federal Dória Furquin, DJ de 12.07.95, p. 44113.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

IACIA, Carlos. **Brazil: Complex data provision requirements and frequent changes to tax laws result in a high compliance burden**, pp. 83 a 86 in PriceWatterhouse&Coopers: *Paying Taxes 2015*. Disponível em: <<http://www.pwc.com/gx/en/paying-taxes/about-the-report.jhtml>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Lançamento por Homologação e o Devido Processo Legal** in Revista Dialética de Direito Tributário nº 133, outubro de 2006.

MARTINS, Marciane Zaro Dias. Procedimento Pré-Executivo Fiscal da Fazenda Pública. 2005. 295 f. (Mestrado) — Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

PRICEWATERHOUSE & COOPERS.; co-authors: SYMONS, Susan.; HOWLETT, Neville.; and ALCANTARA, KATIA Ramirez. **The impact of VAT compliance on business**. London: PriceWatterhouse&Coopers International Limited-PwCIL, November 2010.

PRICEWATERHOUSE & COOPERS . **Paying Taxes 2015**. Disponível em: <<http://www.pwc.com/gx/en/paying-taxes/about-the-report.jhtml>>. Acesso em: 24 abr. 2015

SHIPWRIGHT, Adrian. and KEELING, Elizabeth Keeling. **Textbook on revenue law**. 2nd. ed. London: Blackstone Press Limited, 1998.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução: Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

TILEY, John. **Revenue law**. 4. ed. Oxford-England; Portland-Oregon: Hart Publishing, 2000.

WILLIAMS, David W.; MORSE, Geoffrey. *Davies: Principles of tax law*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.

* Recebido em 11 mar. 2015.



CAPITALISMO GLOBAL E PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: UMA RESISTÊNCIA POR MEIO DO CONSUMO

*Marcos Antônio Striquer Soares**

*Marcos Guilhen Esteves***

Resumo

Após a queda do socialismo real, alguns autores anunciam o desmantelamento do Estado de Bem Estar. A globalização trouxe as condições materiais para que o capitalismo se internacionalizasse e pudesse buscar a redução dos custos produtivos por meio da terceirização da cadeia produtiva e, por conseguinte, enxugamento das empresas. Tal contexto é facilmente perceptível na indústria de vestuário, nas quais grifes mantêm apenas o nome consagrado da marca, enquanto os produtos são comprados de fornecedores terceirizados. A imprensa vem noticiando constantes situações de abuso por parte dessas grifes, acusadas de comprar mercadorias produzidas em regime de exploração de mão de obra. Isso se dá seja em desrespeito às leis vigentes no país produtor, seja pela compra de produtos produzidos em países sem leis trabalhistas que garantam um mínimo de dignidade ao trabalhador. Para que esse sistema sobreviva, é preciso que haja mercado consumidor suficiente. Com base nas lições de Zygmunt Bauman sobre a sociedade de consumo e a função alentadora que o ato de consumir possui na contemporaneidade, pode-se afirmar que nunca antes houve tanta incitação ao consumo. O sistema é tanto mais bem sucedido quanto maior for o seu potencial de fabricar necessidades para o consumidor. Ele, ainda que de maneira inconsciente, é colocado nessa engrenagem de exploração, alimentando-a ao adquirir mercadorias produzidas em regimes de semiescravidão. Negligencia, portanto, o princípio ético de responsabilidade perante o Outro. No entanto, ainda são escassos os recursos de resistência à disposição do consumidor. Faz-se necessária uma atuação global em prol da informação do consumidor sobre o regime no qual foi produzida a mercadoria que ele consome, bem como do histórico da empresa em termos de responsabilidade social.

Palavras-chave

Precarização de Direitos Sociais. Globalização. Responsabilidade pelo Outro. Consumo.

* Doutor pela PUC São Paulo e docente do Programa de Pós-Graduação stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Coordenador do projeto de pesquisa: "Direito E Política: Análise Da Decisão Judicial A Partir Da Liberdade Dos Antigos E Da Liberdade Dos Modernos

** Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

GLOBAL CAPITALISM AND EXPLOITATION OF WORK FORCE: A RESISTING INSTRUMENT THROUGH THE CONSUMPTION

Abstract

After the fall of real socialism, some authors have announced the end of the Welfare State. The globalization has brought the material conditions for the capitalism internationalization, who could reach the reduction of costs and consequently of enterprises' structure. This context is easily verifiable in fashion industry in which griffes maintain only the renowned trade mark while the products are bought from outsourced furnishers. The media always informs abusive situations perpetrated by these griffes who are accused of buying goods that has been made under a regime of exploitation of the work force. It could happen in a situation of disrespect of the producer country's law and also by buying goods that has been made in countries without working rights that could guarantee a minimum dignity to worker people. The survival of this system is tied to the constitution of a satisfactory consumer market. Based in Zygmunt Bauman's lessons about the consumption society and the heart-warming function that the act of consume represents in contemporaneity, it's possible to affirm that people are now more stimulated to consumption than ever in human History. The system is more effective as much as it could create necessities to consumers. Even unconsciously, consumers are tossed in the exploitation gear when they buy products made under a "almost slavery" regime. They fail in their ethic responsibility for the Other. However, there aren't enough resisting instruments available for consumers. It is necessary a global union for the adequate information to consumers about the regime under which has been made the good that they consume, as well as about the social responsibility of enterprises.

Keywords

Exploitation of Work Force. Globalization. Responsibility for the Other. Consumption.

1. INTRODUÇÃO

Notícias recentes divulgadas pela imprensa nacional e internacional mostraram o lado obscuro da indústria do vestuário. A globalização criou mecanismos para o enxugamento das empresas, de modo que se lhes fosse possível a manutenção tão somente do nome da grife. Todo o resto seria terceirizado, isto é, produzido por fornecedores, os quais poderiam estar instalados em qualquer lugar do planeta, preferencialmente onde as leis trabalhistas, previdenciárias e ambientais fossem flexíveis ou inexistentes. Com isso, houve a redução ainda maior dos custos produtivos, o que ocasionou a necessidade de escoamento dessas mercadorias por meio do consumo. Para tanto, fez-se necessária a criação de uma cultura de consumo, que atrela a felicidade, o sucesso e a realização pessoal à compra de mercadorias.

Essa lógica, no entanto, gera externalidades graves. A sociedade global de consumidores acentua a precarização de direitos sociais, a partir de um movimento de "flexibilização" do Direito do Trabalho. Trata-se, em outras palavras, da redução de normas cogentes em matéria laboral, privilegiando-se a autonomia da vontade das partes. Essa flexibilização dos direitos trabalhistas vai contra a própria estrutura da matéria, surgida a partir de lutas sociais no período da Revolução Industrial inglesa (GODINHO, 2011, p. 96). As fábricas saem de países com leis sociais rigorosas para se instalarem em Estados com

desregulamentação da matéria, gerando, no primeiro caso, desemprego e no segundo, regimes de labor abaixo do patamar mínimo civilizatório.

O consumidor é colocado nessa engrenagem de exploração a partir do momento em que compra produtos fabricados nesse regime. Com isso, traz lucro consideravelmente alto para a empresa, na medida em que paga pela mercadoria um valor muito acima do custo. Além disso, o consumidor rompe o princípio ético de responsabilidade perante o Outro. A ética não se exerce de maneira unicamente individual. Ela existe porque existem relações interpessoais, de modo que é a presença do Outro que faz despertar o sentimento ético (BAUMAN, 2011). Cria-se, assim, um princípio de responsabilidade que nos une a todos. Esse princípio ganha mais relevância quanto mais globalizado se torna o mundo. Nunca antes o célebre poema de John Donne foi tão pertinente:

Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria; a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntas por quem os sinos dobraram; eles dobram por ti.

É bem verdade, porém, que o consumidor não dispõe de todos os meios para respeitar esse princípio ético e oferecer resistência à precarização de direitos sociais. O consumidor não é adequadamente informado da procedência do produto e do regime laboral em que foi produzido. Ademais, o consumidor não possui uma ampla liberdade de escolha: ele escolhe a partir de mercadorias que lhe são disponibilizadas de antemão (NUNES, 2010, p. 66). É importante ressaltar ainda que uma decisão de cunho apenas nacional ou setorial não produzirá efeitos consideráveis na sociedade global. É preciso que haja a união de Estados e organismos internacionais, de modo a criar condições para que os consumidores exerçam seu poder de resistência contra escravidão humana e a degradação ambiental.

2. CAPITALISMO GLOBAL E SOCIEDADE DE CONSUMO

Rouanet (2002), embasado em Weber, traça um diagnóstico da Modernidade, tanto em seu início quanto a partir da globalização. Afirma que ela se caracteriza por intensos processos de racionalização operados em várias esferas do conhecimento. Destaca as esferas política, econômica e cultural. Se antes elas estavam limitadas pelo poder da religião, a Modernidade fez com que esses saberes se autonomizassem, procedimento conhecido como secularização. No que concerne à esfera econômica, Roaunet explica que a Modernidade se

caracterizou pelo surgimento da mão de obra assalariada (relação de emprego), pela absorção de tecnologias pelos meios de produção e pela constituição de modelos de gestão altamente racionalizados.

É possível perceber, portanto, que a Modernidade possuía um projeto que combinava a implementação da eficácia com a emancipação humana. Também nas mencionadas três esferas havia um vetor emancipatório. No caso da economia (que interessa a este artigo), a emancipação consistiria na “liberdade” de busca pelo emprego e pelas mercadorias aptas a proporcionar uma vida “feliz” (ROUANET, 2002).

O autor prossegue afirmando que, com a queda do socialismo real, a modernidade pôde seguir sua vocação mais profunda: a de se internacionalizar. A esse fenômeno deu-se o nome de globalização. Para a economia, isso significa a planetarização do processo produtivo e o caráter mundial dos fluxos de comércio, capitais e tecnologias (ROUANET, 2002, p. 240-241).

A respeito desse fluxo mundial de comércio, capitais e tecnologias, a globalização proporcionou as condições materiais para que as empresas reduzissem ainda mais os seus custos de produção. De início, a redução de custos foi proporcionada pelo modelo fordista de produção em série. Com a globalização, esse modelo se mantém, mas as facilidades de transporte e comunicação tornam viável a implantação de filiais em países estrangeiros, cujas leis trabalhistas e ambientais sejam mais flexíveis ou cujos sindicatos sejam fracos e desprovidos de voz política. É possível ainda o enxugamento da estrutura empresarial, com a terceirização de quase todo o processo de produção. No caso das indústrias de vestuário, por exemplo, à empresa compete apenas atrelar o produto ao nome consagrado de sua marca.

Para que seja possível manter esse sistema de produção, é preciso que haja mercado consumidor. Faz-se necessária a incitação das pessoas para o consumo, de modo a sugerir-lhes que tal prática resultará em felicidade. Conforme será detalhado mais adiante, o capitalismo do consumo em massa será tão mais eficaz quanto maior for sua aptidão em *fabricar necessidades* para os consumidores. Ao observar as campanhas publicitárias, pode-se perceber que cada vez mais elas remetem a uma sensação que pode ser experimentada pelo consumidor. Ao invés de propagandearem o produto em si, elas incitam sensações. Nas palavras de Zygmunt Bauman (1999, p. 91), o consumidor experimentam:

[...] não tanto a avidez de adquirir, de possuir, não o acúmulo de riqueza no seu sentido material, palpável, mas a excitação de uma sensação nova, ainda não experimentada — este é o jogo do consumidor. Os consumidores são primeiro e acima de tudo acumuladores de *sensações*: são colecionadores de *coisas* apenas num sentido secundário e derivativo (grifos do autor).

O consumo não é apenas o instrumento de inserção do indivíduo no sistema de produção capitalista. É também mecanismo de interação, de experimentação de certo *status* social e de alento para as próprias frustrações. Todo o tempo, as pessoas são incitadas, encorajadas e promovidas a adotarem um estilo de vida e uma estratégia existencial que gravitam em torno do consumo. A par disso, rejeita-se qualquer opção cultural alternativa. A essa conjuntura social, dá-se o nome de *sociedade de consumo* (BAUMAN, 2008, p. 71).

É certo que essa fabricação de necessidades não é recente. Desde o surgimento do capitalismo industrial (produção em série), fez-se necessária a incitação ao consumo. O que mudou hoje, nesse aspecto, é o cenário. Utilizando o exemplo das indústrias de vestuário, uma mesma peça pode ter sido produzida no Vietnam, a partir de matéria prima chinesa, vendida para uma empresa americana, com consumo final no Brasil. Viabilizou-se para as empresas a busca planetária pela redução de custos: comprar-se a matéria prima de onde for mais barato e produz-se a peça onde as leis trabalhistas, ambientais e previdenciárias forem menos exigentes.

Essa lógica de produção vem dando margem a situações abusivas, conforme noticia a imprensa nacional e internacional. Os produtos são produzidos em condições precárias, em regime de trabalho de semiescravidão, vendidos às empresas por preços irrisórios, as quais repassam tais mercadorias ao consumidor com margens de lucro altíssimas. No próximo tópico, será trabalhado o contexto de surgimento dos direitos sociais, analisando seus motivos fundamentadores e por fim, comparando-se à tendência atual de flexibilização dos direitos trabalhistas.

3. DIREITOS TRABALHISTAS: DA GÊNESE À “FLEXIBILIZAÇÃO”

Como se sabe, o Direito do Trabalho é um ramo relativamente recente na ciência jurídica. Ao contrário do Direito Civil, cujas raízes remontam da Antiguidade Clássica, o Direito do Trabalho é fruto do modelo de produção industrial imperante na Inglaterra dos fins do século XVIII (GODINHO, 2011, p. 96). Com o declínio da doutrina mercantilista e invenção da máquina a vapor, a riqueza de um país passou a ser medida pela sua produção industrial. Para baratear os custos e, por conseguinte, aumentar as vendas, seguiu-se um método de produção em massa, cujo maior expoente é o fordismo. Esse método consistia na superespecialização do trabalhador em apenas uma parte da cadeia produtiva.

Com o fim do mercantilismo e do comércio maciço de produtos agrícolas, houve um processo de êxodo rural na maioria dos países europeus, destacando-se a Grã-Bretanha. A excessiva oferta de mão de obra e a ausência, até

então, de sindicatos ou organizações trabalhistas, conduziu ao alarmante quadro de exploração dos empregados, que incluía jornadas de trabalho exaustivas, utilização de trabalho infantil, ausência de normas de segurança e saúde no trabalho, dentre outros abusos. Nas palavras de Américo Plá Rodriguez (2000, p. 85):

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.

Nos últimos anos do século XVIII, começaram a surgir as *trade unions*, precursoras dos atuais sindicatos. No decorrer do século XIX e início do século XX, ocorreram movimentos em prol dos direitos dos trabalhadores. Em 1848, a Europa presenciou um levante maciço de trabalhadores contra a exploração que sofriam, acontecimento que atingiu vários países, como França, Áustria e Alemanha e ficou conhecido como Primavera dos Povos. Em 1891, a causa operária ganha apoio da Igreja com a Encíclica Papal *Rerum Novarum* (do latim, "coisas novas"). A mencionada carta objetivou fazer um diagnóstico socioeconômico da época, sendo possível encontrar em seu texto referências à luta de classes, corporações e, até mesmo, ao socialismo. Tal doutrina, aliás, teve fundamental relevância na gênese do Direito do Trabalho (GODINHO, 2011, p. 95-97).

Em 1917, eclode a Revolução Bolchevique na Rússia. Ao contrário do que acreditava Karl Marx, a revolução socialista não ocorreu em um país com alto índice de população operária. A partir de seu materialismo histórico, Marx pensava que o socialismo seria a resposta ao capitalismo industrial na relação dialética definida pela luta de classes. No entanto, a revolução ocorreu em um país quase que inteiramente rural e com uma população, em sua maioria, analfabeta.

Não se pode negar, porém, que a criação da União das Repúblicas Soviéticas teve enorme impacto na História Mundial, sobretudo considerando a tensão gerada pela Guerra Fria. O temor da expansão do socialismo fez com que muitos Estados intervissem nas relações de trabalho, para regulá-las e garantir um patamar mínimo civilizatório aos operários (COELHO, 2009, p. 6). Em 1919, é fundada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja primeira convenção limitava a jornada de trabalho diária em oito horas e semanal em quarenta e oito horas.

Durante a Guerra Fria, os países europeus, para evitarem revoluções operárias, criaram modelos de Estado conhecidos como *Welfare State* (Estado de Bem Estar Social). O ideal desse modelo é, *grosso modo*, a identificação, pelo Estado, das externalidades resultantes do sistema de produção, para que fosse possível estabelecer métodos de prevenção e recuperação. Um dos principais mecanismos para tanto é a tributação (COELHO, 2009, p. 35). Isto é, a indústria

que tem como externalidade a poluição ambiental, deve repassar parte de seu lucro ao Estado, para que ele implemente políticas pró-meio ambiente. Semelhante raciocínio se utiliza para as relações de emprego, com o deferimento aos trabalhadores de um regime jurídico protetivo, o que inclui o pagamento de vários tributos por parte das empresas, a fim de compensar a desigualdade socioeconômica entre patrão e empregado. É por isso, inclusive, que a tributação em países como Dinamarca, Suécia e Noruega é elevadíssima.

Com a falência do socialismo, representada pela queda do Muro de Berlim em 1989 e pelo desmantelamento da URSS em 1991, aumentou-se a defesa do fim do Estado de Bem Estar Social. Isso porque a estrutura do *Welfare State* é demasiado cara e pouco atende aos interesses do capitalismo (COELHO, 1999, p. 6). Só fazia sentido manter esse modelo enquanto havia a “ameaça” socialista. Isso ocasionou um movimento denominado “flexibilização” dos direitos trabalhistas. Quer dizer, houve uma simbiose entre a desregulamentação da matéria e a supervalorização da vontade privada contratual.

Ademais, conforme mencionado em tópicos anteriores, o capitalismo do século XXI se combinou com o fenômeno da globalização, gerando a saída de várias indústrias de países onde as leis trabalhistas são rigorosas e os sindicatos, fortes. Elas migraram para Estados subdesenvolvidos, com escassa regulamentação da matéria, jornadas de trabalho exaustivas, direitos trabalhistas mí nimos e idade laboral reduzida. Tais países se situam, especialmente, na Ásia e são conhecidos como Tigres Asiáticos.

A recente notícia do desabamento de um edifício do setor comercial têxtil de Dhaka, capital de Bangladesh¹, chamou a atenção do mundo para as consequências desse capitalismo globalizado. Em abril de 2013, mais de 350 pessoas morreram quando o prédio Rana Plaza desabou. O edifício abrigaria várias oficinas têxteis, em condições precárias e desumanas, que forneceriam roupas para o mercado internacional, inclusive grifes de luxo.

No Brasil, a exploração de mão de obra boliviana no setor têxtil também chamou atenção da imprensa². Os bolivianos saíam de seu país com a “garan-

¹ Notícias disponíveis, na íntegra, em: <http://foreignaffairsreview.co.uk/2013/11/labour-fashionhttp://www.mas.org.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=597:o-preco-do-lucro-em-bangladesh&catid=109:asia&Itemid=549>; <<http://reporterbrasil.org.br/2013/05/tragedia-em-bangladesh-simboliza-despotismo-do-lucro/>>; todos acessados em 10/01/2014, às 23h40min.

² Notícias disponíveis, na íntegra, em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/07/1317521-marca-de-luxo-e-ligada-a-trabalho-degradante.shtml>> <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/08/17/flagrantes-mostram-roupas-da-zara-sendo-fabricadas-por-escravos.htm>>; <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2013/04/esquema-de-exploracao-do-trabalho-de-bolivianos-no-brasil-e-revelado.html>>, todos acessados em 10/01/2014, às 23h40min.

tia" de emprego no Brasil, mas, ao chegarem em território nacional, precisavam trabalhar para pagar os custos do transporte, a alimentação, a moradia (que em geral era na própria oficina) e, em alguns casos, a própria utilização das máquinas de produção. O que mais chamou a atenção da imprensa, porém, foi o fato de os principais compradores dos produtos fabricados em tais oficinas serem grifes consagradas. Algumas notícias relatam que os bolivianos recebiam cerca de R\$ 2,50 pela produção de uma peça de roupa, que era vendida na loja *online* da grife por R\$ 379,00³.

Maria Cristina Cacciamali e Flávio Antonio Gomes de Azevedo (2006, p. 151-163) efetuaram interessante estudo no qual retratam toda cadeia de exploração de mão de obra boliviana na cidade de São Paulo (especialmente na indústria do vestuário), desde o aliciamento dos trabalhadores até as condições de labor que enfrentam no Brasil. Ao descreverem os ambientes de trabalho, afirmam que: as atividades se desenvolvem em galpões sem janelas ou porões, respirando-se o pó gerado pela imensa quantidade de tecido acumulado; os trabalhadores habitam no mesmo local em que trabalham, normalmente estendendo-se um colchonete ao lado da máquina de costura; a intensidade do trabalho, a má alimentação e a promiscuidade geram doenças como tuberculose, DST, bem como gravidez precoce.

Renato Bignani (2011), ao analisar o contexto atual da configuração da indústria de vestuário, diagnostica o retorno de um método de produção característico do início da Revolução Industrial: o *sweating system*. Esse modelo se contrapõe ao *factory system* característico do capitalismo industrial, que tem como matriz produtora a fábrica. Já no *sweating system*, a produção se fraciona em uma cadeia de micro e pequenas empresas que concorrem entre si, derrubando o valor do trabalho, o que se agrava ainda mais pelo fato de que a contratação de mão de obra se faz por peça produzida, transferindo-se para o empregador parte do risco empresarial. Dessa forma, o trabalhador também absorve toda a lógica de produção terceirizada e passa a competir com seus pares por mais trabalho. Uma última característica importante é que o *sweating system* é "realizado em uma célula produtiva que se assemelha a uma residência e o trabalho em domicílio é realizado em uma residência que se assemelha a uma célula produtiva (idem, p. 91)"

4. CONSUMO E ÉTICA DO OUTRO

As relações de poder costumam ser analisadas pela Filosofia e Sociologia de maneira unidirecional. Discute-se a legitimidade do poder instituído, como ele se exerce do Estado contra a população ou da classe burguesa contra a operária. Pouco se debate, porém, a respeito do caráter multidirecional do poder.

³ Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/07/roupas-da-le-lis-blanc-sao-fabricadas-com-escravidao/>>, acessado em 10/01/2014, às 23h50min.

Para Foucault, o poder não pode ser comparado a uma mercadoria da qual se é, ou não, possuidor, nem a uma força que opera apenas de cima para baixo. O poder é um exercício, que pode ser titularizado por qualquer pessoa. Nas palavras do autor, “o poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada (FOUCAULT, 2012, p.103)”.

Significa dizer, *grosso modo*, que todos possuem a aptidão para o exercício do poder. As relações de poder possuem vetores que apontam para variadas direções, inclusive umas contra as outras, de modo que a resistência ao poder não lhe é externa. Pelo contrário, ela integra a mecânica do poder, caminha com ele e influencia suas mutações. A resistência é um exercício de poder, cujo vetor está direcionado para a linha que lhe é oposta.

Aplicando tal raciocínio ao assunto de que trata este artigo, pode-se dizer que a mais eficaz resistência à mencionada precarização de direitos sociais deve integrar a própria mecânica do poder. É certo que, seguindo à risca a teoria foucaultiana, qualquer exercício de resistência integrará a estrutura microfísica do poder. No entanto, não há como negar que quanto mais próxima do vetor contra o qual se irá resistir, mais eficaz será a resistência.

Um modelo capitalista de produção em massa pressupõe o consumo em massa. Esse modelo não pode abrir mão de que as pessoas associem o consumo à felicidade. Na sociedade contemporânea, os laços humanos se tornam cada vez mais frágeis e as interações sociais são interpostas por mecanismos tecnológicos de comunicação (redes sociais, *e-mails*, celulares, entre outros). As campanhas publicitárias dos produtos oferecidos servem para alimentar no consumidor a expectativa de que a compra daquelas mercadorias o colocará em situação igual àquela representada na propaganda. O consumidor sente, ainda que de maneira inconsciente, que precisa adquirir tal produto, pois isso o colocará em um patamar diferente na sociedade ou lhe trará um sentimento de realização pessoal. Pode-se afirmar assim que tanto maior será o sucesso desse modelo quanto maior for sua aptidão em *fabricar necessidades* para os consumidores. Nas palavras de Zygmunt Bauman (2011, p. 67):

A busca de prazeres individuais articulada pelas mercadorias em oferta, uma busca guiada, sempre redirecionada e reformulada por sucessivas campanhas publicitárias provê o único substituto aceitável (na verdade, mal-necessitado e acolhido) para a enaltecida solidariedade de colegas de trabalho e para o calor radiante do cuidar e ser cuidado pelos chegados e queridos em casa e na vizinhança mais próxima.

Para que o consumo em massa funcione adequadamente, é preciso que haja o barateamento dos preços. Ocorre que, conforme visto, muitas empresas

se valem de meios inidôneos para tanto. Ainda que se possa argumentar que as empresas não possuem trabalho escravo ou semiescravo em seu corpo de empregados, não é razoável excluir sua responsabilidade se, de maneira consciente e deliberada, adquirem produtos de fornecedores que utilizam-no.

Em que pese a força que esse mecanismo de fabricação de necessidades possui, é preciso que haja uma conscientização ética do consumidor, de modo que ele entenda sua responsabilidade perante o Outro. A relação ética não se exerce apenas de maneira subjetiva, de si para consigo mesmo. A ética existe porque existem pessoas que devem conviver com um mínimo de harmonia. É a presença do Outro que desperta o sentimento ético (LÉVINAS, 1997).

Nesse sentido, existe um princípio de responsabilidade que nos une, o que desaprova a conduta do consumidor em adquirir produtos que sabidamente foi produzido com precarização de mão de obra. Por motivos mais ou menos egoísticos e individualistas, o consumidor se coloca dentro da engrenagem de exploração e degradação humana e ambiental, tornando-se tão, ou mais, responsável pelos efeitos gerados. Conforme explica Bauman (2011, p. 69), “a vítima colateral do salto para a versão consumista da liberdade é o Outro como objeto de responsabilidade ética e preocupação moral”.

A ideia do consumo consciente é mais trabalhada em matéria ambiental, a partir do princípio de responsabilidade pelas futuras gerações (ou pela vida, nas palavras de Hans Jonas, 1994). Canotilho (2009, p. 177/178), por exemplo, traz a ideia de “sujeito geração”. Diante da percepção de que os comportamentos ecológicos da atual geração comprometem as condições de vida e, até mesmo, a existência das futuras, o sujeito relevante da proteção ambiental deixa de ser uma pessoa determinada ou um grupo determinável.

Essa perspectiva ambiental, apesar de considerar a existência das futuras gerações (o que impõe a redução da mentalidade individualista), se torna mais palpável pelo consumidor na medida em que a degradação ambiental afeta a qualidade de vida de todos. No que tange à precarização de direitos sociais, essa tarefa se mostra ainda mais difícil, pois ela vai de encontro ao sentimento egoístico do ser humano e gera o questionamento sobre o porquê deve o consumidor “se preocupar” com isso. Os consumidores podem ser levados a crer que não possuem responsabilidade para com tal situação ou que a fiscalização de condutas ilegais é função do Estado.

Bauman (2011, p. 68), interpretando Lévinas, afirma que perguntas como “O que isso me dará?”, “Porque eu deveria ligar se outros não ligam?” ou “Outra pessoa não pode fazer isso em meu lugar?” não são o ponto de partida da conduta moral, mas sim um sinal de sua morte iminente.

Assim, sob o prisma da responsabilidade pelo Outro, o consumidor está inserido na estrutura dessa exploração, na qualidade de alimentador do modelo. Bauman (2011, p. 77) afirma que:

No interior da densa rede mundial de interdependência global, não podemos estar seguros de nossa inocência moral sempre que outros seres humanos sofram por falta de dignidade, miséria ou sofrimento. Não podemos declarar que não sabemos, nem ter certeza de que não haja nada que possamos mudar em nossa conduta para evitar, ou pelo menos aliviar a sorte dos sofredores (BAUMAN, 2011, p. 57).

É certo que não se pode afirmar categoricamente que o consumidor possua todos os mecanismos necessários para implementar tal conduta ética em relação ao Outro. Caso, por exemplo, ele adote uma diretriz de não comprar produtos fabricados no sudeste asiático, por serem fartas as notícias de exploração de mão de obra, estará exercendo uma conduta preconceituosa e excluente e que nada garante a moralidade de sua escolha, visto que tais explorações ocorrem no Brasil também. Se optar por não consumir produtos das empresas denunciadas, ninguém lhe poderá garantir que as mercadorias substitutas não tenham sido produzidas em igual regime de semiescravidão.

Nesse contexto, parece pouco razoável exigir que o consumidor assuma seu compromisso em relação ao Outro. Por isso, faz-se necessário que se lhe dê instrumentos adequados, de modo que não tenha mais motivos para se excusar de tal responsabilidade. O Estado e os organismos internacionais, na qualidade de garantidores do mínimo existencial digno a qualquer pessoa, devem atuar de modo a fornecer a correta informação para o consumidor. Se não podem obrigar-lhos a consumir dessa ou daquela maneira, podem auxiliá-los no seu dever perante o Outro.

5. DIREITO À INFORMAÇÃO

Ocorre, no entanto, que o consumidor não possui adequada informação sobre o modo como foi produzida a mercadoria. Pouco sabe a respeito do histórico da empresa em termos de responsabilidade social. As embalagens e etiquetas informam apenas as características e a composição dos produtos. No máximo, aludem ao país de procedência. Com essas escassas informações, não há meios suficientes para que o consumidor possa exercer resistência alguma a qualquer movimento global contra a exploração de mão de obra ou a degradação ambiental. Essa mínima informação não lhe dá os subsídios necessários para, por meio do consumo, implementar seu ideal de mundo e sociedade.

Conforme aludido em tópicos anteriores, o capitalismo global e a sociedade de consumo, juntas, produzem externalidades que comprometem a dignidade humana e a saúde do meio ambiente. Diante disso, o princípio da informação ao consumidor não pode limitar-se a apresentar o produto. O consumidor deve ser informado sobre as atitudes da empresa de quem ele compra

produtos ou serviços para avaliar a sua responsabilidade perante o mundo e a sociedade.

Por isso, defende-se que Estados ou organismos internacionais criem condições para que o consumidor possa exercer o consumo consciente. A liberdade de compra do consumidor, como visto, é limitada pelo princípio ético de responsabilidade pelo Outro (presente ou futuro), mas se mostra desarrazoado se lhe exigir tal comprometimento se não possui um mínimo de informação para tanto. Ademais, o consumidor pode ser enganado pela escusa da empresa em afirmar que em sua estrutura não há precarização de mão de obra, sendo que o há na de seus fornecedores. Juntos, os Estados e os organismos internacionais devem criar selos de identificação, tal qual, no Brasil, são os selos do INMETRO e de produtos orgânicos. Identificações de fácil entendimento mesmo para consumidores que possuem pouca instrução formal.

É certo que a internacionalização desses selos ou indicações exige que se elabore um *pacto semântico* entre os Estados adeptos sobre o significado do termo “subutilização de mão de obra”. Em virtude da divergência nas legislações, é preciso que se trabalhe com um conceito unificado do que seria o patamar mínimo de direitos sociais, de modo que o consumidor, ao adquirir o produto, tenha certeza de que toda a cadeia produtiva respeitou o referido patamar. A Organização Internacional do Trabalho pode servir como instrumento de diálogo entre os países, para que se chegue a uma noção de “patamar mínimo de direitos” em matéria trabalhista. Aliás, as próprias convenções e recomendações da OIT já dão uma ideia do que poderia consubstanciar essa noção.

Há outras soluções, não autoexcludentes, para resolver o problema da falta de informação, tais como: obrigatoriedade de se afixar algum informativo nos estabelecimentos comerciais a respeito do grau de responsabilidade social que aquela empresa implementa; a divulgação de listas que classifiquem as empresas segundo o seu comprometimento com a sociedade e o meio ambiente; a obrigatoriedade de as empresas possuírem uma atuação mais transparente, de modo a serem compelidas a divulgarem, em seus sítios eletrônicos, um mínimo de informação a respeito de seu processo produtivo, entre outras.

Não é difícil dar respostas a respeito de como se deve criar mecanismos de informação ao consumidor. O que se mostra difícil é transpor as inúmeras barreiras políticas, econômicas, mercadológicas e individualistas que entravam o caminho para essa resistência pelo consumo.

6. DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO CONSUMO CONSCIENTE

O consumo consciente é um método de resistência à precarização de direitos sociais e à degradação ambiental que se mostra, de certo modo, pouco contracultural. É bem verdade que, por um lado, a ideia da responsabilidade

pelo Outro vai de encontro com o sentimento egoístico difundido na sociedade de consumo. Por outro lado, porém, ao se argumentar pelo consumo consciente, não se defendem teorias radicais que propõem o retorno do ser humano a modelos sociais comunitários.

Contudo, existem inúmeros percalços para que alcance tudo o que foi falado no tópico anterior. Primeiramente, é preciso considerar que a maior parte das empresas que se valem da precarização de mão de obra se situam em países centrais e desenvolvidos. Essa é apenas mais uma demonstração do imperialismo desses países, agora potencializado pela globalização, que se vale da redução de pessoas à condição de escravo para gerar lucros que aumentarão o PIB das nações ricas. Aos países subdesenvolvidos, sobram poucas (ou nenhuma) alternativas, pois, caso não laborem nessas condições indignas, morrerão de fome e miséria. É difícil, portanto, imaginar que países ricos ou pobres se unirão em prol dessa causa. Nesse aspecto, a pressão por parte do consumidor é a mais efetiva das medidas. A partir do momento em que as empresas perceberem que consumidor não lhe será mais fiel caso ela se mantenha inserida nessa engrenagem de exploração, certamente vão rever suas condutas.

Poder-se-ia ainda argumentar que o consumidor não possui real liberdade de consumo. As “escolhas” do consumidor se limitam àquilo que é oferecido, ou seja, são restritas pela própria condição material do mercado, de modo que mesmo o consumidor mais esclarecido é vulnerável, pois não tem acesso nem determina o ciclo de produção (NUNES, 2010, p. 66). Não se questiona a veracidade de tal raciocínio. É verdade que, ainda que haja a adequada informação do consumidor, se ele necessita de algum produto e não encontra empresa que considere suficientemente responsável, terá de adquirir a mercadoria daquela que não o é, pois não possui os meios de produção. Todavia, soluciona-se o impasse pelo mesmo método do anterior: se as empresas verificarem a tomada de consciência do consumidor, vão reavaliar suas condutas e, ao perceberem que aquelas empresas que já as reavaliaram estão obtendo sucesso, haverá uma mudança de conduta em cadeia.

Um terceiro desafio, esse sim, bastante complicado de se solucionar, é a crise do Estado nacional frente ao fenômeno da globalização. O mundo globalizado é determinado pelo exercício de forças econômicas transnacionais, que desconhecem as barreiras geográficas e jurídicas, artificialmente criadas pelos Estados. Aquela nação que se opuser às deliberações dessas forças econômicas globais será excluída da rota que elas traçam, o que só lhe trará subdesenvolvimento, visto que, ainda hoje, o desenvolvimento é associado à produção de riquezas. Essa crise do Estado provoca um vazio de direito público internacional, o qual se vê preenchido por um direito privado, isto é, contratual, que

prima pela autonomia da vontade em detrimento do caráter cogente das normas estatais (FERRAJOLI, 2005, p. 117). Esse quadro, como se percebe, reduz (ou aniquila) a capacidade de autodeterminação de uma sociedade, a qual só pode escolher entre inserir-se no sistema ou ser excluído dele.

No entanto, essa análise peca por considerar o exercício de poder de modo unilateral, como se essas forças operassem de maneira opressora contra a qual nada se poderia fazer. Todo fenômeno de poder é acompanhado por sua potencial resistência. A resistência está inserida na mecânica do poder. O poder não é unidirecional, não é uma mercadoria do qual se é ou não possuidor. Na verdade, o poder considerado em si mesmo, não existe. Ele é um conglomerado de exercícios coexistentes que formam uma estrutura microfísica de poder. Assim, de um modo ou de outro, sempre haverá uma possibilidade de resistência. A que propomos, é aquela por meio do consumo, visto que é a que mais se aproxima da lógica do capitalismo de produção em série. É de se observar, contudo, que não é o único meio. Negar à sociedade sua capacidade de autodeterminação, fazendo-a cair em um determinismo cômodo, parece servir muito mais aos interesses das aludidas forças transnacionais do que configurar uma consequência lógica da globalização.

Como afirmou Bauman (2011, p. 77), “seja qual for o sentido de ‘globalização’, ela significa que somos todos dependentes uns dos outros”. Essa interdependência configura uma relação dialética de forças, uma mecânica de poder. Essa mecânica não age determinada pela prevalência de tal ou qual força, mas sim pelas interações (por vezes, imprevisíveis) que essas forças operam.

Poder-se-ia argumentar também que as empresas só adotariam uma conduta de responsabilidade social para angariar mercado consumidor e que esse raciocínio pouco tem de ético. É bastante difícil discordar dessa afirmação, mas entende-se oportuno ressaltar que, para os fins deste artigo, limitar-nos-emos a analisar respostas pragmáticas (solucionadoras em termos fáticos) do problema posto. Ademais, acreditamos que a reiteração de condutas éticas podem levar a criação de uma consciência a respeito. No entanto, os meandros motivacionais das empresas nesse aspecto merecem ser discutidos por outros estudiosos que não juristas.

Há, por fim, o forte argumento do individualismo imperante na sociedade de consumo, que levam o consumidor a primar pela sua satisfação pessoal em detrimento dos direitos do Outro. Nesse ponto, remetemos o leitor aos ensinamentos de Bauman espostados no item 3. Diz o autor que se fazemos nossa história num mundo global, não podemos ter certeza de nossa inocência moral quando alguém sofre por injustiça. Ademais, se é verdade que as condições nas quais os fenômenos ocorrem no mundo globalizado não são uma questão de escolha, é igualmente verdade que “muita coisa depende de nosso consentimento ou de nossa *resistência* à forma enviesada até agora assumida

pela globalização do compromisso humano (BAUMAN, 2011, p. 78, grifo nosso)".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A planetarização da economia, operacionalizada pela sociedade global, gerou externalidades graves, que afrontam a dignidade humana. A precarização de direitos sociais, facilmente verificável na indústria do vestuário pelas notícias divulgadas na imprensa e pelas investigações de órgãos públicos, é o exemplo patente dessas externalidades. O desenvolvimento das tecnologias de comunicação provocou a redução das distâncias geográficas, de modo que as empresas puderam buscar o barateamento dos custos produtivos em qualquer lugar do planeta, especialmente onde as leis trabalhistas, ambientais e previdenciárias são frágeis ou inexistentes.

O fim do socialismo real, segundo alguns autores, gerou o desmantelamento do Estado de Bem Estar, o qual possuiria um custo muito elevado para ser mantido. Esse quadro provocou um movimento de flexibilização de direitos sociais, operada por meio da desregulamentação da matéria e substituição de normas cogentes pela autonomia da vontade contratual. A globalização permitiu às empresas se retirarem dos países que não observarem esse imperativo econômico.

Esse barateamento dos custos necessita de mercado consumidor suficiente. Nunca antes houve tanta incitação ao consumo quanto na contemporaneidade. As relações humanas se fragilizaram e, geralmente, são exercidas por interpostos virtuais. O consumo se mostra um veículo incitador de sensações, sempre renovado e motivado por sucessivas campanhas publicitárias, que possuem a exemplar aptidão de *fabricar necessidades* para os consumidores. Todo esse contexto gera uma sociedade egoísta e individualista, que atrela o consumo à felicidade.

No entanto, há imperativos éticos para que o consumidor se responsabilize pela integridade do Outro. A ética só existe porque há coexistência de pessoas que interagem entre si. Por isso, pode-se dizer que a presença do Outro que faz despertar o sentimento ético, de modo que somos todos responsáveis uns pelos Outros. Ainda mais se considerarmos que a globalização provoca uma interdependência de todos para com todos. Nunca antes a célebre frase de John Donne, imortalizada por Hemingway, foi tão pertinente: "não pergunte por quem os sinos dobraram, eles dobraram por ti".

Para que o consumidor possa viabilizar o exercício dessa resistência contra a redução de pessoas à condição de escravos, é preciso que haja a adequada informação. Esse direito de informação não pode se restringir às características do produto, pois isso só atende aos interesses de uma sociedade individualista.

É preciso que o conteúdo desse direito de informação se amplie, de modo a abranger as condutas de responsabilidade ética das empresas. Existem várias maneiras de se implementar esse direito à informação para o consumidor.

O instrumento que se considera mais eficaz é a indicação por meio de selos afixados no produto (tal como ocorre com os orgânicos) e capazes de comprovar que toda a cadeia produtiva respeitou um dado patamar de direitos sociais. Desse modo, o consumidor de qualquer lugar do planeta, independentemente da legislação trabalhista do país em que a mercadoria foi produzida, poderá ter segurança de que o consumo daquele produto não se valeu de subutilização de mão de obra.

Existem inúmeras barreiras ao consumo consciente. Em que pese ele não ser absolutamente contracultural, ele vai de encontro com forças transnacionais fortes. No entanto, não se pode entender que a globalização coloca a sociedade em um determinismo, retirando-lhe a capacidade de autogerenciamento. Um tal raciocínio despreza a força da atuação social e cria um pensamento cômodo, pois acredita-se que nada pode ser feito. Se o consumo está inserido na estrutura de poder do capitalismo, alimentando-o, é evidente que configura instrumento altamente eficaz para conter seus excessos. Não se negligencia que existem inúmeros percalços de cunho político, econômico, mercadológico e social a serem vencidos para que seja possível ao consumidor concretizar seu ideal de mundo por meio do consumo. Negar-lhe essa capacidade, porém, é desprezar o poder da resistência, de modo a crer que ele será inexoravelmente jogado na engrenagem de produção capitalista, que guiará sua existência, sem que ele nada possa fazer.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- _____. **Globalização: As Consequências Humanas.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. **Vida para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BIGNAMI, Renato. Trabalho Escravo Contemporâneo: o *sweating system* no contexto brasileiro como expressão do trabalho forçado urbano. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação.** 2^a ed. São Paulo: LTr, 2011.
- CACCIAMALI, Maria Cristina; AZEVEDO, Flávio Antonio Gomes de. **Entre o Tráfico Humano e a Opção da Mobilidade Social: a Situação dos Imigrantes**

Bolivianos na Cidade de São Paulo. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, v. 31, p. 151-163, março/2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. I.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10^a ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en la Crisis del Estado Nacional. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

FONSECA, Márcio Alves da. **Foucault e o Direito.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade — A Vontade de Saber.** 22^a Reimpressão. São Paulo: Graal. 2012.

FURTADO, Celso. **O Capitalismo Global.** 6^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

JONAS, Hans. **O Princípio da Vida: Fundamentos para uma Biologia Filosófica.** Petrópolis: Vozes, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: Ensaios sobre a Alteridade.** Petrópolis: Vozes, 1997.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3^a ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROUANET, Sergio Paulo. Democracia Mundial. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O Avesso da Liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

* Recebido em 11 mar. 2015.



A EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA E A DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA

*Marcus Abraham**

*Marcus Lívio Gomes***

*Vítor Pimentel Pereira****

Resumo

O presente texto analisa a possibilidade de que a execução fiscal de dívida ativa não-tributária possa ser redirecionada ao sócio-administrador que deu causa à dissolução irregular da sociedade empresária. A violação às normas de direito privado presente na dissolução irregular configura causa jurídica suficiente para o redirecionamento, sem qualquer dependência da aplicação de normas tributárias. Embora os fundamentos normativos para a responsabilização do sócio-administrador sejam diversos caso se trate de dívida ativa tributária ou não-tributária, não poderia um mesmo fato (a dissolução irregular) ser considerado ilícito para um e não para o outro.

Palavras-chave

Execução fiscal. Dívida Ativa não-tributária. Direito Privado. Responsabilidade. Sócios. Cobrança Judicial.

FISCAL EXECUTORY PROCEDURE OF PUBLIC ACTIVE NON-TAX DEBT AND IRREGULAR DISSOLUTION OF LEGAL ENTITY

Abstract

This paper analyses the possibility of redirecting fiscal executory procedures of public active non-tax debt against the company's representative that caused the irregular dissolution of the company. The breach of private law regulation configures sufficient legal cause for the redirecting of the executory procedure against the legal representative, regardless of the application of tax laws. Although the normative basis on the liability of the managing partner may be divergent in the case of public active tax debt or non-tax debt, the same fact (the irregular dissolution) couldn't be considered illicit in one case and not for another.

* Doutor em Direito Públíco - UERJ. Desembargador Federal no TRF-2. Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ. Diretor da Escola da Magistratura Federal do RJ - EMARF.

** Doutor e Mestre em Direito Tributário (Universidad Complutense - Madrid). Juiz Federal. Professor Adjunto da UERJ. Professor da FGV Direito Rio (Pós-graduação lato sensu). Coordenador da Revista de Direito Tributário da ABDF. Coordenador da Comissão de Direito Tributário da EMARF (TRF-2). Membro do Conselho Executivo do Instituto Latino Americano de Derecho Tributario (ILADT).

*** Bacharel e Mestre em Direito - UERJ. Membro honorário do IAB. Assessor Jurídico no TRF-2.

Keywords

Fiscal Executory Procedure. Public Active Debt. Private Law. Liability. Partners. Judicial Debt Collection.

1. INTRODUÇÃO

A Fazenda Pública, para a cobrança judicial de seus créditos, necessita lançar mão, como regra, da demanda de execução fiscal regida pela Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais — doravante, LEF).¹ Assim, os créditos em favor da Fazenda Pública que não forem voluntariamente pagos deverão ser inscritos nos registros da dívida ativa, para posterior expedição da certidão de dívida ativa (CDA), título executivo extrajudicial apto a embasar a execução fiscal.

Na dívida ativa, podem ser inscritos tanto créditos de natureza tributária como não tributária, conforme definido no art. 39, § 2º da Lei nº 4.320/1964:

Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

¹ Contudo, existem exceções, como o acórdão do Tribunal de Contas da União que resulte em imputação de débito ou multa, o qual tem eficácia de título executivo extrajudicial, de acordo com o art. 71, §3º da Constituição; art. 1º da Lei nº 6.822/80; art. 24 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92) e 585, VIII, do CPC, podendo tramitar segundo o rito de execução previsto no Código de Processo Civil. Fica, porém, dentro do âmbito de discricionariedade do administrador inserir tais multas nos registros da dívida ativa, hipótese na qual será gerada uma certidão de dívida ativa a ser executada obrigatoriamente mediante o procedimento previsto na LEF. Neste sentido, veja-se: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA DO TCU. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 6.830/80. 1. Consoante a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, não se aplica a Lei n. 6.830/80 à execução de decisão condenatória do Tribunal de Contas da União quando não houver inscrição em dívida ativa. Tais decisões já são títulos executivos extrajudiciais, de modo que prescindem da emissão de Certidão de Dívida Ativa - CDA, o que determina a adoção do rito do CPC quando o administrador discricionariamente opta pela não inscrição. 2. Recurso especial provido para determinar que a execução prossiga nos moldes do Código de Processo Civil. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1390993/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 17/09/2013).

Uma situação comum para aqueles que lidam com execuções fiscais, seja de dívidas de natureza tributária ou não, é a de que a Fazenda Pública, ao não conseguir a satisfação de seu crédito junto à pessoa jurídica devedora, requeira o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-administradores da mesma. Dentre as várias razões para o pedido de redirecionamento em execução fiscal, uma das mais corriqueiras diz respeito à dissolução irregular da sociedade empresária, a qual autorizaria avançar sobre o patrimônio dos sócios-administradores para solver o débito.

Na execução da dívida ativa *tributária*, a possibilidade do redirecionamento por dissolução irregular da pessoa jurídica, com base no art. 135 do Código Tributário Nacional, encontra-se pacificada na jurisprudência, sobretudo em razão da edição da Súmula nº 435 do STJ: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.*" Por outro lado, com relação à execução fiscal de dívida ativa *não-tributária*, dada sua natureza originária distinta, a questão acerca do redirecionamento da execução fiscal por dissolução irregular da sociedade empresária ainda suscita maiores discussões, tendo sido apenas recentemente objeto de pacificação pelo Superior Tribunal de Justiça.

O presente artigo tem por objetivo investigar o tema, levando em consideração aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, de modo a concluir, ao final, que não há razão para distinguir o redirecionamento da execução fiscal de dívida ativa *tributária* e *não-tributária* por dissolução irregular da pessoa jurídica.

2. O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

De acordo com a jurisprudência do STJ hoje consolidada, o princípio da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e aquele das pessoas naturais que compõem seu quadro societário pode, na execução fiscal de dívida ativa, sofrer relativizações.

Em matéria de execução fiscal de dívida ativa *tributária*, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa (atualmente, sócio-administrador)

é cabível, com base no art. 135, III do Código Tributário Nacional², quando demonstrado que aquele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa.³

Neste particular, o STJ excepcionou o *inadimplemento de obrigação tributária*, que, em sua concepção, não dá ensejo ao redirecionamento, conforme sua Súmula de nº 430: "O *inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*." A *ratio decidendi* dos precedentes que geraram tal Súmula foi a de que o mero *inadimplemento de obrigação tributária não configura infração à lei*, não sendo possível aplicar-se o art. 135, III do CTN para fixar a responsabilidade do sócio-administrador por uma dívida tributária da pessoa jurídica.⁴

Por sua vez, ao analisar a hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária, o STJ decidiu de forma diametralmente oposta: a irregular dissolução, presumida sobretudo no fato de a sociedade não ser mais encontrada no endereço constante como domicílio fiscal declarado (presunção *iuris tantum*), consubstancia sim uma infração à lei, razão pela qual se admite o redirecionamento, segundo o art. 135, III do CTN.⁵ A posição foi cristalizada mediante a Súmula nº 435 do STJ: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que*

² Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

³ STJ. AgRg no AREsp 516.220/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2^a TURMA, j. 18/06/2014, DJe 27/06/2014; STJ. AgRg no AREsp 504.349/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 13/06/2014; AgRg no AREsp 498.308/SE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 21/05/2014;

⁴ Para uma crítica fundamentada desta posição do STJ, com base nos novos princípios reitores do Direito Privado, especialmente após a vigência do Código Civil de 2002, ver ABRAHAM, 2011.

⁵ TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. ADMINISTRADOR QUE EXERCIA CARGO DE GERÊNCIA AO TEMPO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA ATESTANDO QUE A EMPRESA NÃO FUNCIONA NOS ENDEREÇOS CONSTANTES NA JUNTA COMERCIAL. SÚMULA 435/STJ.

1. A Corte a quo, após análise dos documentos acostados aos autos, chegou à conclusão de que a parte agravante exercia poderes de gerência ao tempo da constituição do crédito tributário que ensejou a execução fiscal, e a alteração destas conclusões demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

2. "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente." (Súmula 435/STJ).

3. A existência de certidão emitida por oficial de justiça à fl. 62, atestando que a empresa deve-dora não funciona mais no endereço constante dos seus assentamentos na junta comercial, constitui indício suficiente de dissolução irregular e autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes. Precedente da Primeira Seção: REsp 1.374.744/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 17/12/2013.

deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."

Mas a questão não é tão simples com relação à execução fiscal de dívida ativa não-tributária. É que o STJ, ao fixar a tese de que a dissolução irregular constituiria *infração legal* capaz de ensejar o redirecionamento da execução fiscal de origem tributária, tradicionalmente invoca um dispositivo do CTN (art. 135). Ocorre que o próprio STJ, ao julgar outras demandas envolvendo dívida ativa não-tributária, é peremptório em afirmar que o *Código Tributário Nacional não pode ser aplicado à dívida ativa que não ostenta natureza tributária*, mas tão somente as disposições da Lei de Execuções Fiscais (e de leis não-tributárias em geral).⁶

Dante deste quadro, seria possível também redirecionar a execução fiscal de dívida ativa *não-tributária* contra sócios-administradores por dissolução irregular da empresa?

Uma primeira resposta afirmativa recorreria ao texto da LEF, em seu art. 4º, § 2º: "À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na *legislação tributária, civil e comercial*". Portanto, para fins de responsabilização, a LEF não realiza qualquer distinção entre a dívida ativa tributária ou não-tributária, sendo expressa neste desiderato. Ao consultarmos a localização do art. 135 no CTN, verifica-se que se encontra inserido, topograficamente, no Livro Segundo, Título II, Capítulo V, o qual trata precisamente da responsabilidade tributária (na modalidade responsabilidade de terceiros). Assim, através da interpretação combinada do art. 4º, § 2º da LEF com o art. 135 do CTN, não haveria qualquer óbice a que uma norma de responsabilidade tributária fosse aplicada à execução fiscal de dívida ativa não-tributária para redirecionamento da mesma.

A solução acima proposta, embora pareça decorrer da legislação de regrência, não foi aceita pelo STJ, que inseriu uma subdivisão na interpretação do

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 506.531/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 11/06/2014).

⁶ ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA AMBIENTAL. ART. 174/CTN. INAPLICABILIDADE. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF. INSCRIÇÃO DA DÍVIDA. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. 180 DIAS. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 1. Na execução fiscal decorrente de crédito não tributário, incide as disposições da LEF atinentes à suspensão e à interrupção da prescrição. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 497.580/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 27/05/2014, DJe 02/06/2014); ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 185-A DO CTN. INAPLICABILIDADE. 1. Em se tratando de execução fiscal para a cobrança de dívida fiscal de natureza não tributária, não se aplica o art. 185-A do CTN. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 466.751/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 08/05/2014, DJe 19/05/2014).

art. 4º, § 2º da LEF não expressa na literalidade do texto. Segundo a Corte Superior, o art. 135 do CTN não pode ser aplicado na execução de dívida ativa não-tributária em razão de que a interpretação do art. 4º, § 2º da LEF deve ser feita segundo a natureza própria da dívida executada (tributária, civil ou comercial).⁷

Portanto, no entendimento do STJ, as normas de responsabilidade tributária somente podem ser aplicadas quando se está a executar dívida ativa tributária. No caso de se executar dívida ativa não-tributária, as normas de responsabilização devem ser buscadas na legislação civil e comercial. Apesar de o STJ afirmar que a sua interpretação origina-se do que está "expresso no texto legal", a leitura que fazemos é precisamente oposta: o texto legal da LEF não faz qualquer distinção entre as espécies de dívida ativa, ao estatuir expressamente que à Dívida Ativa, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na *legislação tributária, civil e comercial*.

Apesar disso, o STJ, em sua interpretação do art. 4º, § 2º da LEF, admite, *contrario sensu*, que a execução de dívida ativa não-tributária siga as regras de responsabilização típicas do direito civil e comercial. Deve-se, portanto, verificar se o Direito Privado vislumbra a dissolução irregular da sociedade empresária, mormente quando não pode ser encontrada em seu domicílio declarado, como hipótese de infração à lei apta a ensejar o redirecionamento de execução fiscal de dívida ativa não tributária.

⁷ ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE OCUPAÇÃO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO ADQUIRENTE. SÚMULA 353/STJ. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. AUSÊNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à inaplicabilidade do disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional - CTN às execuções de créditos do FGTS, sob o argumento de que se trata de dívida ativa não tributária (Súmula 353/STJ). [...]

3. Não há falar em violação do princípio de reserva de plenário, porquanto não houve qualquer emissão de juízo de constitucionalidade do art. 4º, § 2º, da LEF, mas, tão somente, a interpretação do referido normativo segundo a natureza própria da dívida (tributária, civil ou comercial), conforme expresso no texto legal: "§ 2º À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial".

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1401721/PE, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, j. 21/11/2013, DJe 02/12/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO NÃO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. As regras previstas no CTN aplicam-se tão-somente aos créditos decorrentes de obrigações tributárias, por isso que multas administrativas não ensejam o pedido de redirecionamento fulcrado no art. 135 do CTN. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1198952/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 26/10/2010, DJe 16/11/2010).

3. A DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Para apreciar o tema, em primeiro lugar, temos que considerar apenas duas formas societárias: a Sociedade Limitada (artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil de 2002) e a Sociedade Anônima (Lei n. 6.404/76). Isto porque as demais formas de sociedades já contêm, segundo a própria legislação civil-empresarial, imputação de responsabilidade solidária e ilimitada a um ou mais sócios, sendo, portanto, desnecessária qualquer apreciação das mudanças normativas. Ademais, são raras, hoje, as sociedades que não sejam constituídas numas daquelas duas formas mais comuns, acima citadas.

Devemos, ainda, ressaltar que, da mesma maneira, serão excluídos do escopo desta análise os sócios meramente investidores ou de participação pecuniária (cotistas ou acionistas)⁸, considerando que estes, independente da forma societária, não participam das deliberações sociais, afastando a aplicação, portanto, da teoria da responsabilidade, que impõe na sua composição os seguintes elementos: a) conduta; b) dolo ou culpa; c) nexo de causalidade; e d) dano. Desta feita, ausente o primeiro elemento "conduta", que se revelaria pela sua manifestação de vontade, o que ocorre somente com os sócios administradores ou controladores.

Finalmente, esclarecemos que utilizaremos, também, como fundamento legal, as normas das Sociedades Simples (estabelecidas para as sociedades não empresárias), pois estas se aplicam subsidiariamente às demais espécies societárias, na grande maioria dos casos. Primeiro, por determinação do artigo 1.053 do próprio Código Civil de 2002, ao afirmar que a Sociedade Limitada rege-se, nas omissões do respectivo capítulo, pelas normas das Sociedades Simples (artigos 997 a 1.038), cujas regras, aliás, foram concebidas para serem "normas gerais do direito de empresa"⁹, o que influenciaria, também, as demais formas societárias, inclusive as acionárias. Segundo, porque à égide do Decreto 3.708/1919 (que regia as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada), o seu artigo 18 já estabelecia como fonte supletiva a Lei das Sociedades Anônimas, independente de cláusula expressa e, por isso, raros são hoje os contratos

⁸ TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. MERO QUOTISTA, SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. A PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS A LEI OU COM EXCESSO DE MANDATO SÓ INDUZ A RESPONSABILIDADE DE QUEM TENHA ADMINISTRADO A SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, ISTO É, SEUS SÓCIOS-GERENTES; ESSA SOLIDARIEDADE NÃO SE EXPANDE AOS MEROS QUOTISTAS, SEM PODERES DE GESTÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 40435/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2^a Turma, j. 07/11/1996, DJ 25/11/1996)

⁹ Segundo Borba (2004, p. 92), "A sociedade simples assume na legislação brasileira um papel relevante, posto que as disposições que a regem funcionam, com delação aos demais tipos societários, como legislação subsidiária".

sociais que dispõem um dispositivo proclamando tal regência, como faz, atualmente, a ressalva do parágrafo único do artigo 1053. E, em terceiro lugar, é muito comum encontrarmos dispositivos no capítulo próprio das Sociedades Limitadas, fazendo remissões expressas a artigos específicos das Sociedades Simples, como, por exemplo, o citado artigo 1.072¹⁰, que trata das deliberações dos sócios, o qual, em seu texto, nos remete ao artigo 1.010, versando sobre a administração da sociedade e, especificamente, em seu §3º determina que "responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto."

A análise das normas aplicáveis a estes tipos societários revela que a dissolução irregular da sociedade empresarial configura uma infração à lei levada a cabo por seus administradores, por estar em desacordo com as *normas de Direito Privado* aplicáveis, as quais não permitem uma dissolução em que a sociedade deixe de funcionar em qualquer lugar conhecido.

Frequentemente, nos casos de execução fiscal de dívida ativa (tributária ou não), a dissolução irregular não se dá apenas por ausência de baixa do registro perante os órgãos públicos competentes. Ao revés, vários casos tratam de pessoas jurídicas que simplesmente deixam de funcionar no endereço registrado perante a Junta Comercial ou a Receita Federal, sem comunicar qualquer outro endereço em que possam receber citação, intimações e notificações.

A irregularidade ocorre, portanto, não só no cumprimento de obrigações legais de registro do distrato social (baixa) na Junta Comercial e comunicação aos órgãos públicos pertinentes, mas principalmente no mundo fático — simplesmente a sociedade "desaparece" de qualquer endereço conhecido. A este respeito, Borba (2008, p. 103 e 125-126):

A prática às vezes encontrada de, em lugar de liquidar a sociedade, abandoná-la, vem despertando, da parte da jurisprudência, uma reação bastante forte, no sentido da responsabilização, de forma ilimitada, dos sócios e administradores, principalmente daqueles mais diretamente ligados ao comando da empresa.

Tem-se entendido que a falta de liquidação ordinária significa relegar a sociedade à condição de sociedade irregular, com a consequente responsabilização dos administradores e sócios. Essa implicação, todavia, não deve alcançar aqueles que, para tanto, não contribuíram, tais como os sócios minoritários não envolvidos na administração social. [...]

O administrador não responde pessoalmente pelas obrigações assumidas em nome da sociedade. No entanto, sempre que agir

¹⁰ Art. 1.072 do Código Civil de 2002. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

de forma culposa (art. 1.016 do Código Civil), estará pessoalmente comprometido, e responderá com todos os seus bens particulares, tanto perante a sociedade como perante terceiros. [...]

Anote-se, pois, que os administradores que agirem regularmente, com plena observância das regras legais e do contrato social, e sem ocorrência de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), não têm qualquer responsabilidade pessoal, devendo os seus bens particulares ficarem a salvo de execuções ou penhoras por dívidas da sociedade.

Tal ato de dissolução irregular da pessoa jurídica não apresenta natureza tipicamente tributária — antes, trata-se de uma irregularidade *no plano do Direito Privado*, que torna irregular a própria sociedade, como visto no trecho acima, podendo trazer consequências de responsabilização de sócios-administradores também no campo tributário, *mas não só neste*.

Considerando que o objeto de tributação para o direito fiscal é um ato ou fato de natureza e expressão econômica, porém com efeitos jurídicos, relativos a uma atividade, renda ou ao patrimônio do contribuinte, independente da forma com que se realize, mister se faz considerar que tal obrigação surge, primariamente, no campo do Direito Privado, plano jurígeno dos fatos jurídicos.¹¹ Até porque, é comum afirmar que o Direito Tributário é um "direito de sobreposição", já que toma por base os fatos ou atos e seus efeitos do Direito Privado para, e somente após, determinar as respectivas consequências fiscais, ou seja, declarando a realização ou não do fato gerador e suas características.

Nas palavras de Falcão (1994, p. 27-29), "É o fato gerador um fato jurídico em sentido estrito [...] um fato econômico, ao qual o Direito empresta relevo jurídico". No mesmo sentido, ensina Torres (1996, p. 205): "Fato gerador é a circunstância da vida — representada por um fato, ato ou situação jurídica — que, definida em lei, dá nascimento à obrigação tributária."

Portanto, trata-se, de um fato humano, cujo efeito jurídico é a realização da disposição de sua vontade, dotada de conteúdo econômico. E a vontade humana é o elemento chave na condução de sua via patrimonial, capaz de

¹¹ Segundo Villela (1982, p. 256-265), a juridicidade dos fatos jurídicos não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Ao lado de fatos que podem ser jurídicos ou não, há os necessariamente portadores dessa propriedade, como o nascimento ou a morte, que sempre produzem consequências jurídicas. Entre os fatos essencialmente jurídicos, cabe distinguir os voluntários dos involuntários. Nos primeiros, exclusivamente humanos, temos o ato, que pode ser lícito ou ilícito. Nos segundos, temos os fatos naturais. Assim, o ato jurídico é entendido como manifestação lícita da vontade, apta a criar, conservar, modificar, transferir ou extinguir direitos. Na categoria de atos jurídicos, temos a distinção entre negócios e os atos stricto sensu. Se produzidos em consideração à vontade do agente, ter-se-ia o ato negocial. Se independentemente dela e por força da atuação objetiva que se desenvolve, ter-se-ia o não-negocial ou fato jurídico em sentido estrito.

produzir efeitos jurídicos no plano material. Corroborando este entendimento — de ser o Direito Tributário uma "norma de sobreposição" — afirmam categoricamente Coêlho e Moreira (2004, p. 197):

O Direito Tributário é um direito de superposição, que atua sobre as relações que se formam sob a égide das demais normas do ordenamento jurídico. Ocorrido no mundo fenomênico o fato gerador previsto na lei tributária, surge o vínculo que obriga o contribuinte a pagar tributo ao Estado.

O vasto ramo do direito privado abriga a maior parte das regras que regem relações potencialmente tributáveis. É a apreensão de um dado da realidade fática, ocorrido sob o pátio de normas oriundas de outros ramos do direito (mormente do direito privado, consoante referido), que possibilitará a cobrança de tributos por parte do Estado-Administração.

Neste mesmo sentido, afirma Bianco (2004, p. 124) que "o direito tributário, como todo mundo sabe, é aquele direito de sobreposição, é um direito que se sobrepõe ao Direito Privado para dele extrair o conceito e regular os efeitos tributários decorrentes".

Ressalte-se, ademais, que se o próprio artigo 110¹² do Código Tributário Nacional determina a observância pelo Direito Tributário do alcance dos institutos do Direito Privado, não há como fugir da conclusão de que o ordenamento privado estabelece as premissas, condições e resultados das relações jurídicas para a posterior incidência do ordenamento fiscal. Assim, nos apoiamos, novamente, nas lições de Coêlho e Moreira (2004, p. 198), que confirmam o raciocínio, ao afirmarem:

Afinal, se a lei tributária não pode sequer modificar os institutos e conceitos de direito privado, consoante dispõe expressamente o art. 110 do Código Tributário Nacional, as mudanças operadas nesses mesmos institutos pela própria lei civil irão, consequentemente, alterar a estrutura das relações jurídico-tributárias, avultando como importante a análise do efetivo alcance dessas transformações no Direito Tributário.

Portanto, se o objeto de estudo é a responsabilidade que é atribuída aos sócios-administradores, não podemos deixar de considerar que as situações jurídicas são criadas, em um primeiro momento, *na esfera do Direito Privado*, para, após, serem capturadas pelo Direito Tributário e, somente então, permitindo-se aplicar suas normas. Assim, primeiro a irregularidade nasce no Di-

¹² Art. 110 do Código Tributário Nacional. "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

reito Privado para somente depois irradiar os seus efeitos sobre o Direito Tributário. Mas esta irradiação não muda o fato de que a irregularidade se deu por desobediência a uma norma de Direito Privado antes de tudo.

O fato de uma sociedade não poder ser encontrada em qualquer lugar conhecido ou no endereço registrado perante a Junta Comercial ou a Receita Federal indica muitas vezes um desejo de ocultar-se à possibilidade de ser demandada em juízo por obrigações de qualquer natureza (sejam elas cíveis, tributárias, trabalhistas, ambientais, etc).

Se, para a constituição da sociedade empresarial, exige-se um procedimento legal de registro, que lhe atribui personalidade jurídica e opera a distinção entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios ("*societas distat singularis*"), sem o que restarão os sócios com responsabilidade ilimitada (a hipótese de sociedades irregulares), tampouco a dissolução da sociedade, que redundará depois em sua extinção, pode ser feita de forma irregular, sem que nem mesmo se saiba em que lugar pode se encontrar a pessoa jurídica para efeitos de cumprimento de suas obrigações, sob pena de também haver responsabilização dos sócios que deram causa à tal dissolução em contrariedade à lei.

O "desaparecimento fático" da sociedade empresarial, por não ser possível encontrá-la no endereço registrado, configura violação à lei, seja por conduta dolosa dos administradores (que não desejam adimplir as obrigações da sociedade), seja por conduta culposa (negligência no cumprimento dos deveres legais de baixa no registro e de comunicação de endereço em que possa ser encontrada), *independentemente da natureza do crédito fiscal que está sendo executado*. Em ambos os casos, a irregularidade autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra o administrador que deu causa à dissolução irregular, seja com base na norma tributária (para a dívida ativa tributária), seja com base na norma civil (para a dívida ativa não-tributária).

Observe-se que as normas de Direito Privado exigem dos administradores de sociedades empresárias que atuem *com cuidado e diligência que todo homem ativo e probo* costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (art. 1.011 do Código Civil), bem como que *exerçam suas atribuições de acordo com a lei e com os atos constitutivos da sociedade*.

Em primeiro lugar, temos o disposto no art. 47 do Código Civil de 2002, estabelecendo que "obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo". Ora, nenhum Contrato ou Estatuto Social poderia conter um dispositivo autorizando os sócios a deixarem de cumprir o dever de comunicar mudanças de endereço ou de dissolver regularmente a sociedade.

Ao se interpretar o citado dispositivo legal, concluímos que todos os atos dos administradores exercidos em função diversa dos poderes que lhes foram

conferidos pelos atos constitutivos imputarão aos sócios administradores a responsabilidade pela respectiva deliberação de natureza irregular, de forma subsidiária ou solidária com a empresa. É possível, ademais, entender que os sócios-administradores não responderiam de forma individual ou exclusiva, mas sim de forma subsidiária com a empresa ou ainda solidária com esta, já que a referida norma supracitada não utilizou a expressão "*somente*" ao afirmar que "obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo".

Nesta linha, não se poderia excluir a responsabilidade da empresa, como se poderia pensar, já que o ato foi realizado em nome dela, porém, por estar eivado de vício de regularidade, responderá em conjunto com esta aquele que o manifestou. Em outras palavras, não haveria uma responsabilidade exclusiva do administrador da pessoa jurídica em caso de irregularidade, mas sim uma responsabilidade, no mínimo, subsidiária em relação à empresa, se não for possível aplicá-la de forma solidária. Afinal, afirmava Miranda (1972, p. 113-114) que os sócios não "*representam*" a sociedade, mas verdadeiramente a "*presentam*".

Em consonância com a ideia acima exposta, usando uma norma da Sociedade Simples como fonte subsidiária, temos a previsão do art. 1.016 do Código Civil de 2002, dizendo que "os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções". Este artigo imputa a responsabilidade solidária dos administradores perante a empresa e perante terceiros pelos atos irregulares de gestão cometidos culposamente (agiu ou se omitiu assumindo o risco da irregularidade). Ora, os sócios-administradores respondem solidariamente perante a empresa e perante terceiros (inclusive a Administração Pública), e, por sua vez, responde a empresa perante a Administração, fechando-se o ciclo.

Ao comentar o referido dispositivo legal, o Relator-Geral do Novo Código Civil Brasileiro na Câmara dos Deputados, Ricardo Fiúza (FIUZA, 2004, p. 937), afirma categoricamente que "Todo administrador de sociedade é responsável pelos atos que praticar, podendo ser responsabilizado pessoalmente por atos que, por culpa sua, possam vir a causar danos à sociedade".

Na mesma esteira, comentando o tema da responsabilidade civil empresarial, Mamede (2004, p. 145) discorre:

É dever do administrador exercer suas funções com probidade, isto é, honestamente, atuando de forma ativa, com cuidado e diligência, tratando os negócios da sociedade como se fossem seus. A previsão, disposta no artigo 1.011 não constitui mera norma programática, remetendo a um comportamento moralmente desejável, mas sem consequências jurídicas diretas. Pelo contrário, afirma um dever geral cujo descumprimento, doloso, culposo ou caracterizador de abuso e direito, constituirá ato ilícito, devendo

haver indenização das perdas e danos que determine, aplicados os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. [...] Também o artigo 1016 do Código Civil fundamenta o reconhecimento da responsabilidade civil do administrador pelos atos culposos — negligentes ou imprudentes — afirmada tanto em face da própria sociedade, quanto em face de terceiros que venham a ser prejudicados por aqueles atos.

No capítulo próprio das Sociedades Limitadas, temos, no artigo 1.080 do Código Civil, a expressa determinação de que "as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram". Ora, aqui há mais um dispositivo trazendo a responsabilidade ilimitada (que permite adentrar no patrimônio pessoal) para aqueles sócios que decidirem agir contra a lei ou contra o contrato. Não obstante esta norma ter uma redação similar ao artigo 135 do Código Tributário Nacional, devemos entender que a sua aplicabilidade é anterior à aplicação do Direito Tributário, ou seja, o próprio Direito Civil já faz com que os sócios passem a responder ilimitadamente pelas obrigações que deliberarem inadimplir.

E, para aqueles que se apegarem ao Princípio do Ato Jurídico Perfeito¹³, deve-se lembrar que, no mesmo sentido, o Código Civil de 1916 já dispunha de uma norma, no seu artigo 1.380¹⁴ que determinava a obrigação de o sócio ressarcir a sociedade dos prejuízos causados por atos praticados por culpa. Igualmente, no seu artigo 1398¹⁵, trazia um dispositivo que estabelecia a solidariedade dos sócios quando o ato fosse praticado em proveito da sociedade. Finalmente, o artigo 10 do aludido Decreto 3.708/19 já ressalvava, no princípio da separação de responsabilidades, que haveria responsabilidade solidária e ilimitada em caso de excesso de mandato e atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Não podemos deixar de citar que o Código Civil de 2002 recepcionou o conceito da desconsideração da personalidade jurídica de forma expressa no seu artigo 50, nos casos em que se configurar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Reconhecemos que, embora a aplicabilidade deste dispositivo não seja imediata e suficiente em relação às dívidas fiscais, podemos utilizá-lo de forma complementar e subsidiária, já que a parte final do seu texto determina expressamente que "os efeitos de certas e determinadas relações de

¹³ Previsto no inciso XXXVI do artigo 50 da Constituição Federal, entende-se por ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não à execução ou aos seus efeitos materiais.

¹⁴ Art. 1.380 do Código Civil de 1916. Cada sócio indenizará a sociedade dos prejuízos, que esta sofrer por culpa dele, e não poderá compensá-los com os proveitos, que lhe houver granjeado. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

¹⁵ Art. 1.398 do Código Civil de 1916. Os sócios não são solidariamente obrigados pelas dívidas sociais, nem os atos de um, não autorizado, obrigam os outros, salvo redundando em proveito da sociedade.

obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Por sua vez, na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), encontramos o art. 158, segundo o qual o "administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I — dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II — com violação da lei ou do estatuto". Deste artigo podemos extrair que o administrador responderá pelas obrigações contraídas em nome da companhia quando seus atos gerarem prejuízos que se originarem de uma irregularidade na gestão, com culpa ou dolo, pela violação da lei ou do estatuto social.

Evidentemente, dissolver irregularmente uma sociedade, em desatenção às normas de Direito Privado, configura violação à lei e ao dever por ela instituído de cuidado e diligência dos administradores. Valiosa neste ponto a lição de Wald (2010, p. 115-116; 175-176; 389):

352. O endereço onde a sociedade tem o seu domicílio é denominado sede social e deve ser informado por completo no contrato. Ademais, eventual modificação da sede posteriormente à constituição da sociedade deve ser objeto de alteração contratual e arquivamento no registro competente, para que terceiros, que travem relações com a sociedade, tomem conhecimento da modificação. Ressalta-se ainda que a declaração da sede é relevante para o fim de serem propostas as ações judiciais contra a sociedade e, ainda, na hipótese de insolvência, para orientar a definição do juízo universal. [...]

566. O legislador estabeleceu a solidariedade entre os administradores, em relação à sociedade e a terceiros, quando agirem com culpa ou dolo no desempenho de suas funções gestoras dentro da sociedade.

567. Deve ficar clara a relação entre a responsabilidade solidária e a culpa na prática do ato prejudicial, pois, pelo contrário, poder-se-ia concluir pela responsabilidade objetiva de administradores que não participaram da operação danosa ou nem mesmo tinham conhecimento da referida prática. Aliás, a solidariedade deve ser analisada conjuntamente com o tipo de administração — disjuntiva ou conjunta — e com a distribuição de competências conforme o contrato social.

568. Conforme a lição de GIUSEPPE FERRI, a responsabilidade solidária somente se justifica na administração colegiada ou conjunta, mas não no sistema de administração isolada, salvo se pretender punir o administrador que não manifestar a sua oposição à atuação dos demais e exigir que ele tenha uma constante fiscalização dos atos praticados pelos outros gestores. Ocorre que esta

última conclusão deve ser examinada com cautela, para não agravar demasiadamente a responsabilidade dos administradores. Assim, a regra deve ser interpretada conjuntamente com o dever de cuidado e diligência, do qual trata o artigo 1.011 do Código Civil. Portanto, quando o gestor teve a cautela que dele normalmente se esperava, não deve ser responsabilizado pelo ato do outro administrador, que pode, até mesmo, estar atuando de forma escusa e não explicitamente, de maneira imperceptível.

569. Outra hipótese se dá quando há omissão nos deveres que cabem a todos os administradores, tais como o dever de elaboração das contas, nas quais a omissão é imputável a todos os administradores e, em última análise, quando há culpa de todos pela omissão de cumprimento de obrigação legal ou contratual. [...]

1.274. O administrador não responde pelos atos praticados dentro do objeto social e no interesse da sociedade.

1.275. Entretanto, agindo o administrador com excesso de poderes, isto é, extrapolando o objeto social ou contrariando as disposições do contrato, ele será pessoalmente responsável por seus atos. Neste sentido é a redação do artigo 1.015, que determina poder o administrador praticar os atos concernentes à gestão social. Nos termos da lei acionária, especificamente no seu artigo 158, os administradores não são responsáveis pessoalmente quando praticarem atos regulares de gestão, respondendo, todavia, pelos prejuízos que causarem à sociedade em virtude de atos praticados com culpa ou dolo mesmo dentro das suas atribuições e poderes ou com violação da lei ou do estatuto." (grifos nossos)

4. A FIXAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recentemente, em setembro de 2014, o Superior Tribunal de Justiça, enfrentando a questão da dissolução irregular da empresa em execução de dívida ativa não-tributária, teve a oportunidade de sedimentar sua orientação sobre o tema, valendo-se de argumentos que se assemelham àqueles indicados na seção anterior deste artigo.

No *Recurso Especial 1.371.128¹⁶* (julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos em 10/09/2014), a Primeira Seção do STJ, por unanimidade, definiu:

É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.371.128, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 10/09/2014, DJe 17/09/2014.

-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 — onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência — ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. *"Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio"*. O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 — LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

Portanto, vê-se que a Primeira Seção daquela Corte Superior aceitou a premissa de que a dissolução irregular da empresa é sim uma infração às normas de Direito Privado reitoras da matéria. E, por esse motivo (infração à lei), está autorizado o redirecionamento contra o sócio-administrador também nas hipóteses de execução de dívida ativa *não-tributária*¹⁷.

Observe-se que o STJ não chegou a relativizar sua tradicional jurisprudência de que não se deve aplicar artigos do CTN a execuções fiscais de dívida ativa não-tributária. Simplesmente estabeleceu dois fundamentos diversos para o redirecionamento: quando se tratar de execução de dívida ativa *tributária*, o redirecionamento terá por base o art. 135, III do CTN; tratando-se de execução de dívida ativa *não-tributária*, o fundamento deve ser encontrado nos dispositivos civis e comerciais referentes à dissolução das sociedades.

Assim, a Corte, invocando uma parêmia latina ("*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*" — "onde a razão é igual, ali deve ser igual a disposição da lei"), chegou a uma conclusão inarredável: embora os fundamentos normativos sejam diversos, não poderia um mesmo fato (a dissolução irregular) ser "considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o ser para a execução fiscal de débito não-tributário."

Como a matéria foi resolvida em sede de recurso repetitivo (art. 543-C, Código de Processo Civil), a orientação deste precedente passará a guiar o próprio Superior Tribunal de Justiça¹⁸ e os tribunais locais no redirecionamento de execuções fiscais de dívida ativa não-tributária.

¹⁷ Para um resumo sobre a tese com relação à dívida ativa tributária, ver Gomes (2015).

¹⁸ De fato, o STJ já vem aplicando esta orientação: STJ. AgRg no REsp 1506652 (j. 05/03/2015, DJe 11/03/2015); STJ. AgRg no AREsp 620158 (j. 12/02/2015, DJe 19/02/2015); STJ. REsp 1281724 (j. 18/12/2014, DJe 19/12/2014); STJ. AgRg no AREsp 604753 (j. 04/12/2014, DJe 12/12/2014); STJ. AgRg

5. O ÔNUS DA PROVA NA EXECUÇÃO FISCAL NÃO-TRIBUTÁRIA

Não podemos deixar de encerrar a nossa análise esclarecendo que não há qualquer razão jurídica para que não se aplique também à dívida ativa não-tributária a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal sobre o ônus da prova na execução fiscal.

Segundo o STJ, em julgamento de recurso repetitivo¹⁹, se a execução fiscal foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da certidão de dívida ativa (CDA), a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". Caso não desconstitua tal presunção, terá de suportar a execução fiscal também contra si.

Ocorre que o ato de infração da lei se dá antes no plano do Direito Privado, que recolhe este dado também para efeitos no Direito Tributário, mas sem desnaturalá-lo como fundamentalmente uma violação às normas que regem as sociedades empresárias. A menção ao art. 135 do CTN não é necessária para o redirecionamento de dívida ativa não-tributária, uma vez que, por exemplo, o art. 1.080 do Código Civil e o art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas também responsabilizam o administrador que atuar em violação da lei,

no AREsp 594990 (j. 18/11/2014, DJe 03/12/2014); STJ. AgRg no AREsp 522008 (j. 07/10/2014, DJe 14/10/2014).

¹⁹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIALIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos".

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1104900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, 1^a Seção, j. 25/03/2009, DJe 01/04/2009).

como visto à exaustão acima. É nestes artigos que o redirecionamento da execução fiscal não-tributária vai haurir seu fundamento.

Por sua vez, a certidão de dívida ativa goza de presunção relativa de legitimidade e veracidade, presunção esta que lhe é conferida não pelo Direito Tributário, mas sim pelo Direito Administrativo, em razão de nela estar certificado um ato da Administração (o registro na dívida ativa) que confere liquidez e certeza ao crédito a ser cobrado. Nesse sentido, a lição de Di Pietro (2012, p. 204-205):

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A presunção de veracidade diz respeito aos *fatos*; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

O Código Tributário Nacional, ao prever em seu art. 204²⁰ que "a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída" em favor do Fisco, bem como ressalvando que esta somente poderá ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo, não está a fazer nada além do que explicitar atributos de *todos* os atos administrativos (não se deve olvidar que os atos da Administração Tributária também configuram atos administrativos). Portanto, nada traz de novo que não seja aplicável a todos os atos administrativos, mesmo os de natureza não-tributária.

A *ratio* que informa a jurisprudência do STJ ao lançar o ônus da prova sobre o sócio-administrador cujo nome consta da CDA não é exclusiva do Direito Tributário, mas de todo e qualquer ato administrativo, presumidamente veraz e legítimo. A legitimidade e veracidade são antes *atributos da CDA enquanto ato da Administração*, ateste ela um crédito tributário ou não-tributário.

6. CONCLUSÃO

As conclusões a que chegamos, a modo de resumo, são as seguintes:

²⁰ Art. 204 do Código Tributário Nacional. "A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite."

1) em regra, não se deve aplicar normas do Código Tributário Nacional à dívida ativa não-tributária, salvo quando houver previsão expressa na Lei de Execuções Fiscais em sentido contrário;

2) embora haja disposição expressa da LEF (art. 4º, § 2º) que autorizaria a aplicação do art. 135, III do CTN à dívida ativa não-tributária, o STJ consolidou sua jurisprudência em sentido diverso, afirmando que à dívida ativa não-tributária aplicam-se somente as normas de responsabilidade previstas na legislação civil e comercial;

3) não é necessária a invocação de qualquer norma do CTN para que haja redirecionamento da execução fiscal de dívida ativa não-tributária ao sócio-administrador, uma vez que este redirecionamento se dá com base na violação das normas de Direito Privado;

4) as normas de Direito Privado aplicáveis às sociedades empresárias autorizam a responsabilização dos administradores que atuarem fora dos poderes recebidos pelos atos constitutivos ou em infração à lei;

5) a dissolução irregular de pessoa jurídica configura violação às normas de Direito Privado (REsp 1.371.128 — recurso repetitivo), não podendo ser realizada tal dissolução de modo que não se saiba em que lugar pode se encontrar a pessoa jurídica para efeitos de cumprimento de suas obrigações.

6) embora os fundamentos normativos para a responsabilização do sócio-administrador sejam diversos caso se trate de dívida ativa tributária ou não-tributária, não poderia um mesmo fato (a dissolução irregular) ser “considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o ser para a execução fiscal de débito não-tributário”.

7) o ônus da prova de que não agiu com infração à lei recai sobre o sócio-administrador, quando este tiver seu nome incluído na CDA não-tributária, em razão de que a legitimidade e veracidade são *atributos da CDA enquanto ato da Administração*, (ateste ela um crédito tributário ou não), e não enquanto ato exclusivo da Administração Tributária.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. A responsabilidade tributária dos sócios em face do novo direito privado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito tributário. Vol. VI. São Paulo: RT, 2011.

BIANCO, João Francisco. O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). **Impacto Tributário do Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito societário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; MOREIRA, André Mendes. Direito Tributário e o Novo Código Civil. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Org.). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigaçāo Tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Marcus Lívio. Solidariedade entre o sócio-gerente e a sociedade dissolvida irregularmente. O que há de novo na jurisprudência do STJ? In: ABRAHAM, Marcus; QUEIROZ, Luís César de Souza; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (Org.). **Estado fiscal e tributação**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

MAMEDE, Gladstone. **Direito Empresarial Brasileiro**: Direito Societário — Sociedades Simples e Empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

VILLELA, João Baptista. Do Fato ao Negócio: em Busca da Precisão Conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. **Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. XIV. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

* Recebido em 12 nov. 2014.



ESTUDO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS

*Paulo Caliendo**

Resumo

O presente artigo pretende demonstrar que o estudo do Direito Tributário exige superar a centralidade do estudo das normas jurídicas-tributárias. Torna-se premente retomar o caráter prudencial do Direito Tributário, como ponto de encontro entre a facticidade, a normatividade e a axiologia. A deontologia deve incorporar elementos valorativos e fáticos. Nesse sentido, o estudo da relação jurídico tributária assume uma verdadeira centralidade científica.

Palavras-chave

Norma Tributária. Relação Jurídica Tributária. Doutrina.

STUDY OF TAX LAW RULES

Abstract

This article argues that the study of Tax Law requires overcome the centrality of the study of the legal-tax rules. It becomes urgent to resume the prudential character of the Tax Law, as a meeting point between the factuality, the normativity and axiology. The ethics should incorporate evaluative and factual elements. In this sense, the study of tax legal relationship takes on a true scientific centrality.

Keywords

Tax norm. Tax Legal Relationship. Doctrine.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina em Direito Tributário no Brasil dedica um importante espaço para o estudo da norma jurídica. Talvez inexista no mundo tamanho destaque a um estudo teórico tão profundo por parte de uma disciplina tão prática. Afinal, em alguns manuais estrangeiros da matéria ela aparece com brutal objetividade. Encontramos a indicação das hipóteses de incidência, as alíquotas, os contribuintes e as alíquotas mencionadas. Muitas vezes nem um pouco do vivo debate que se estabeleceu no Brasil é vislumbrado. Não há como em nosso país o entusiástico recurso da nossa doutrina as elevadas fontes da filosofia do Direito Tributário, muito menos à Linguística. O bom estudo da dogmática

* Doutor pela PUCSP Mestre pela UFRGS Advogado Conselheiro do CARF.

jurídica é privilegiado em relação ao aprofundamento filosófico. Historicamente o Direito nacional se afastou da experiência estrangeira e merece atenção por este feito.

O que gerou essa profunda sofisticação da produção teórica nacional ainda é um mistério para os historiadores do Direito. Apesar desse gigantesco esforço o nosso sistema não se tornou nem mais simples e nem mais seguro. Não apenas a legislação é impenetrável, inclusive para os entendidos, como a jurisprudência pouco fez para que o sistema fosse mais harmônico.

Em nosso entender o motivo desse afastamento da doutrina de seu verdadeiro sentido está no esquecimento da verdade básica do Direito. Este é a *ciência prática da solução de conflitos*. O afastamento dessa razão essencial conduziu o Direito a estudos cada vez mais sofisticados, porém distantes de sua razão pragmática. O Direito foi instituído como um poderoso mecanismo de solução de conflitos sociais, sempre com referência ao problema da justiça.

Se olharmos o modelo jurídico mais exitoso em nossa história veremos inquestionavelmente o Direito Romano. Este será a base do que existia de mais civilizado na antiguidade, surge como a base para a ordem jurídica medieval, permite o surgimento da Renascença e da maior parte dos sistemas jurídicos modernos. Qual o motivo desse sucesso? Cremos que tenha sido esta visão inovadora de entender o Direito como estrutura e função. O Direito trata do poder, mas também objetiva um fim: a justiça.

O Direito Romano se desenvolveu sob constante tensão. De um lado a força da autoridade (*autorictas*) e de outro o poder (*potestas*) advindo das assembleias e pretores. Soberania (*imperium*) e *jus* (direito) estavam em permanente conflito. O Direito Romano clássico reflete este confronto.

Para Celso “o Direito é a ciência do bom e do justo” (“*ius est ars boni et aequi*”). Sêneca irá ressaltar o papel coercitivo do Direito ao afirmar que “a força é a medida do direito”, Hercules Furens 253). Nem a idéia de justiça transparece de modo consensual. Para Cícero “a justiça é a obediência às leis escritas e instituições dos povos” (“*iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum*”, De Legibus 1.42). Apesar desta tensão o Direito ainda é considerado como a obra socialmente admitida dos que sabem sobre o justo: os *iuris prudentes*. Estes serão os juristas de seu tempo. Irão desenvolver um método de interpretação jurídica (*interpretatio juris*) capaz de distinguir o Direito do não-Direito; o justo, do injusto. Esta “arte de diferenciar” estaria na base da sua forma de interpretação (“*interpretatio prudentium*”). Um ponto importante desse desenvolvimento estava na tensão entre o Direito e a Poder (*iura et imperium*).

A doutrina contemporânea desconfiada da científicidade da idéia de justiça, simplesmente a descartou. Esse não seria um problema jurídico. Igualmente o problema das consequências das normas jurídicas foi afastado. Esse não seria um problema jurídico. O Direito passa a ser um estudo exclusivo

sobre o problema do dever (*deontologia*). O afastamento do problema mundano dos efeitos e etéreo da justiça provoca o afastamento definitivo do Direito do problema original: solução de conflitos. O estudo do Direito passa a ser um estudo teórico.

Em nosso entender esse é o *grande erro*. A ciência do Direito deve retornar aos seus desígnios originais como ciência pragmática e não apenas intelectiva. O Direito é por excelência o campo do conflito, da decisão e da formação de consenso.

Vejamos brevemente como a nossa evolução doutrinária nos conduziu a este resultado atual de confundir o estudo do Direito Tributário com o estudo da norma tributária.

2. DA TEORIA DA NORMA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO

O entendimento do estudo do Direito Tributário como estudo das normas jurídico-tributárias é resultado da reflexão, no Brasil, de *Alfredo Augusto Becker, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho* e representa o esforço de toda uma geração de juristas em excluir considerações políticas e ideológicas do fenômeno da tributação.

O Direito Tributário era entendido no pensamento conceitualista como mero fenômeno de soberania, ou seja, como manifestação do poder e, por sua vez, o normativismo retirava toda esta carga ideológica e reorganizava o debate jurídico-tributário em uma reafirmação da legitimidade do fenômeno de tributar sobre novos paradigmas.

Os dispositivos legais não deveriam ser uma pluralidade de normas jurídicas desorganizadas e mesmo caóticas, sem conexão nenhuma e nem tampouco deveriam ter a pretensão de legitimidade, meramente em razão de estarem positivadas. O normativismo procede a um *ataque geral ao dogmatismo legalista*, ao raciocínio lógico-dedutivo amparado em concepções políticas e ideológicas que representavam o governo dominante e não o processo de criação do Direito. Destaca-se neste momento o manifesto de *Alfredo Augusto Becker contra o caos tributário*.

É na obra “*Carnaval Jurídico-Tributário*”, de *Alfredo Augusto Becker*, que será lançado todo o vigor de embate contra o caos legislativo e conceitual que imperava no Direito nacional¹. A linguagem ácida e tragicômica revelava um desconcerto e uma decepção com o modelo de pensamento tributário vigente e com a apatia das autoridades e dos pensadores com os sucessivos desmandos

¹ Cf. BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

e desatinos do poder. Vejamos uma passagem ilustrativa deste manifesto-de-sabafo²:

Em 1963 (três meses depois de ter lançado o meu livro Teoria Geral do Direito Tributário), o Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, julgou, pela primeira vez, o problema da natureza dos empréstimos compulsórios: se eram ‘empréstimos’ ou tributos (neste último caso, inconstitucionais). O único ministro que votou entendendo ser o ‘empréstimo compulsório’ mera máscara para fraudar o contribuinte e considerando-o autêntico tributo, foi o Luiz Gallotti. Seu voto (vencido por 10 x 1) fundamentou-se no meu livro. A partir daquele julgamento, o tributo mascarado de empréstimo compulsório entrou para a Súmula do STF e nós todos ‘entramos pelo cano’.

Nos últimos anos, a quantidade e variedade de tributos mascarados de ‘empréstimos’ é tão grande que formam um bloco carnavalesco: ‘Unidos da Vila Federal’. O Presidente da República e o seu Ministro da Fazenda são os ‘abre-alas’. O ritmo é dado pelo fêmur dos contribuintes, que também fornecem a pele para as cúcicas. O Presidente e seus Ministros lançam ao público os confetes de nossos bolsos vazios e as serpentinas de nossas tripas. No Sambódromo conquistaram, por unanimidade, o prêmio: ‘Fraude contra o Contribuinte’.

Sobre a contínua violação da segurança jurídica e da confiança dos administrados, *Alfredo Augusto Becker* ressalta toda a sua indignação:

As leis do imposto de renda são alteradas – contínua e mensalmente – por outras leis, decretos-leis, portarias ministeriais, pareceres normativos e outros atos de órgãos governamentais. A proliferação dessas alterações é tão rápida e contínua que o Governo não se dá mais ao trabalho de consolidar tudo em novo Regulamento do Imposto de Renda, cuja sigla, hoje, é uma ironia: RIR.³

O mais preparado dos representantes do normativismo detinha um profundo desprezo pela manipulação de conceitos e pelo entendimento do sistema tributário como um sistema de poder, e das limitações ao poder de tributar como o resultado das poucas vitórias contra a soberania inexorável do arbítrio das classes dominantes. É com base neste entendimento que o autor irá preparar um *ataque geral ao sentido do Direito Tributário como mero exercício do poder*.

Demonstra-se de modo expresso que a defesa do normativismo não era exatamente uma defesa da ordem estabelecida, do governo de ocasião ou da automática legitimidade da norma positivada, tal como no positivismo lega-

² Cf. BECKER, Alfredo Augusto. Carnaval Tributário. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 14.

³ Cf. BECKER, Alfredo Augusto. Carnaval Tributário. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 17.

lista ou dogmático. Normalmente ocorria o inverso, os defensores do positivismo assumiam tal posição ou por uma defesa radical da democracia ou por uma defesa do Direito contra a corrupção pelo poder e pela política. Aqueles que defendiam o normativismo viam no processo democrático a cura para recomposição da legitimidade de uma sociedade cindida em valores e ideologias e a norma jurídica seria o resultado desse processo histórico, que deveria ser protegida como um valor em si.

De outro lado, a defesa da norma jurídica representava uma defesa contra as investidas do poder e do arbítrio do soberano contra o Direito. Novamente encontramos aqui uma defesa da legitimidade da norma jurídica contra a perversão das escolhas democráticas por manipulações políticas.

*Geraldo Ataliba irá ressaltar este entendimento ao expressar a necessária autonomia do Direito perante a economia e o poder: "O direito constrói suas próprias realidades, com especificidade, característica e natureza próprias. 2.2. Balladore Pallieri recorda que a engenharia não confunde coisas heterogêneas como as regras técnicas da arte de construir e o material de construção. Não se pode pretender deixar de lado o discernimento lógico e impostergável entre o objeto do tributo, o comportamento humano, e o objeto deste, inserido no mundo fático, o dinheiro"*⁴.

O estudo do Direito Tributário será, portanto, o estudo da norma jurídico-tributária e de seu fenômeno de incidência, que manterá uma autonomia de outros ramos do conhecimento, tal como a economia, a política ou a ciência das finanças.

O objeto da ciência do Direito estará claramente delimitado no estudo da norma jurídica e o método de análise será igualmente específico. O Direito Tributário será, portanto, o ramo mais entusiasmado das inovações teóricas do positivismo metodológico no âmbito da filosofia e das incontáveis aplicações práticas no campo da tributação.

Afinal, que arma sofisticada, eficaz e elegante é o pensamento normativista no combate à corrupção dos princípios jurídicos da confiança, segurança jurídica ou Estado de Direito pelos desmandos do poder e do governo de ocasião. Que mensagem mais forte poderia ser enviada do que a afirmação que o Direito possui um valor em si, uma autonomia perante outros ramos, uma legitimidade própria a ser defendida e uma defesa de que se trata de um conceito a ser defendido independentemente do ingresso em uma discussão ideológica.

Tal mudança de enfoque permitia uma alteração no discurso jurídico, de um mero discurso oposicionista passava-se para um discurso científico, visto que ao cabo não se tratava de se ser oposição aos desejos de maiores recursos financeiros ao governo de ocasião, mas que a estabilidade do sistema

⁴ Cf. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

jurídico e de sua coerência normativa são os desejos de qualquer governo ou oposição, independentemente das escolhas pré-jurídicas formuladas no campo da sociedade e da política.

Devemos lembrar que muitos destes escritos foram realizados nos períodos mais duros do regime militar brasileiro, onde uma determinada expressão poderia ser o suficiente para a repressão implacável, mesmo Geraldo Ataliba irá manifestar esta preocupação ao dizer: *"em geral, concordamos com as leis, ou por causa da autoridade do estado, que a impõe, ou por causa da justiça do seu conteúdo. De qualquer forma – concordemos ou não devemos obedecê-la, sob pena de arcarmos com a respectiva sanção"*⁵. Este professor foi Reitor da PUC/SP, que durante o período militar era uma cidadela de resistência ao regime, e sabia exatamente a importância de uma oposição eficaz ao poder.

Como preleciona Geraldo Ataliba, a estrutura da norma jurídico-tributária é idêntica à estrutura de todas as demais normas jurídicas, há, neste sentido, uma *homogeneidade sintática* na sua composição normativa, conforme *Paulo de Barros Carvalho*. O estabelecimento de novo modo de análise do fenômeno jurídico tributário irá implicar em uma nova estruturação de categorias de pensamento, com a superação do conceito de fato gerador. Assim, afirma Geraldo Ataliba que: *"preferimos designar o fato gerador in abstracto por 'hipótese de incidência' e in concreto por 'fato imponível' (...)"*⁶. A hipótese de incidência representaria o conceito legal, ou seja, a classe de fatos previstos na norma jurídica capaz de desencadear determinada consequência jurídica, enquanto que o fato imponível representaria o fato jurídico ocorrido e que desencadearia a consequência concreta e determinada para aquele caso.

O conceito de hipótese de incidência possui, portanto, as seguintes características: *autonomia, abstração e referencialidade a um sistema jurídico*. Trata-se de um conceito autônomo à classe de fatos que pretende representar, visto que é um conceito eminentemente jurídico e é preciso distinguir claramente o conceito do objeto representado⁷.

Trata-se de um conceito *abstrato* porque se propõe a regular uma multiplicidade de fatos sem perder-se na reprodução dos detalhes e das diferenças particulares, realizando o objetivo de generalização do Direito por meio de uma *abstração generalizadora*. Por outro lado, trata-se de um conceito referenciado a cada modelo constitucional, e o seu conteúdo e regime devem observar estas características.

⁵ Cf. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

⁶ Cf. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

⁷ Cf. Vilanova: "(...) é preciso distinguir claramente o conceito e o seu objeto. As propriedades análogas, os caracteres comuns a um grupo de coisas ou fenômenos não entram na constituição do conceito. São elementos que pertencem ao objeto, que participam do tipo de cada esfera de objetividade, enquanto o conceito é, em todos os casos, um ente ideal"; ver In: VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de Direito. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 16.

Misabel Derzi irá identificar no movimento conflituoso das sociedades em responder as suas tensões internas sobre os valores a serem estabelecidos em uma escolha entre tipos ou conceitos jurídicos a serem aplicados no sistema tributário. Não se trata de definir por exclusão qual se aplicaria e qual seria afastado, mas qual teria predominância no ordenamento jurídico-tributário⁸. Assim, por exemplo, no Brasil não cabe identificar a hipótese de incidência (*h.i.*), com o conceito legal, com o conceito de *tipo*, nem tampouco a *abstração generalizadora* da *h.i.* com o *pensamento tipificante*. A *h.i.* no sistema constitucional brasileiro é um conceito fechado e determinado, de tal modo que “(...) *aquilo que não está na lei, inexiste juridicamente*”⁹, conforme entendimento de *Misabel Derzi*.

Os *tipos* são uma espécie normativa caracterizada por serem estruturas flexíveis, graduáveis e de características renunciáveis, enquanto que no sistema brasileiro as *h.i.* se identificam mais adequadamente com os conceitos fechados e determinados. A exigência de sua caracterização como conceitos fechados decorre da repartição rígida de competências constitucionais tributárias, do respeito ao princípio da segurança jurídica, da defesa do Estado de Direito, da uniformidade, da praticabilidade e da legalidade estrita.

O conceito fechado representa uma valorização e um reforço da lei, do princípio da segurança jurídica e de todos os valores conexos a esta ideia e, portanto, surge como uma forma de resposta ao conflito básico entre o “*poder e a liberdade, Estado e indivíduo*”¹⁰, de tal modo que conhecer os diferentes pontos de equilíbrio desta tensão dialética é a própria forma de se conhecer a história do Direito Público (separação de poderes, federalismo, ideia republicana, ideal democrático e participativo).

Será, contudo, na obra de doutoramento de *Paulo de Barros Carvalho*, publicada em 1973, que irá surgir a evolução mais marcante do estudo da norma jurídico-tributária, de tal modo que o próprio *Geraldo Ataliba*, como Reitor da PUC/SP, teve o mérito de aprovar e confirmar a presença do surgimento de uma nova etapa do estudo do Direito Tributário no Brasil. Segundo *Ataliba*, o trabalho de doutoramento de *Paulo de Barros Carvalho*: “*propõe uma revisão completa dos próprios pontos de partida dos raciocínios que a doutrina se habituou a desenvolver de modo convencional. E nesse sentido é um eco da conclamação formulada por*

⁸ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 1988, p. 83.

⁹ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 1988, p. 248.

¹⁰ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 1988, p. 84.

Alfredo Augusto Becker, em 1963, com o seu magnífico Teoria Geral do Direito Tributário”¹¹.

A principal crítica e contribuição de *Paulo de Barros Carvalho* está na centralidade que a melhor doutrina tributária venha legando ao estudo do antecedente da norma tributária em detrimento ao estudo da *integralidade* do fenômeno normativo. Assim, autores de renome, como *A. D. Giannini*¹², *Perez de Ayala*¹³ e *Hector B. Villegas*¹⁴, no direito estrangeiro e *A. A. Becker*¹⁵, *Amílcar de Araujo Falcão*¹⁶ e *Geraldo Ataliba*¹⁷, no Direito nacional, entre tantos outros, centraram seus estudos no suposto da norma jurídica, prosseguindo uma tradição questionável de continuidade à chamada “*escola de glorificação do fato gerador*”.

Será com *Paulo de Barros Carvalho* que a teoria da norma tributária alcançará um patamar de sofisticação e estudos jamais comparado, inclusive no Direito estrangeiro¹⁸.

De modo sintético podemos dizer que a norma jurídico-tributária possui uma estrutura bipartida, onde de um lado encontramos o antecedente e de outro o consequente, ou seja, a conduta descrita e a sua consequência jurídica. A hipótese de incidência é constituída por três critérios que determinam as coordenadas espaço-temporais da ação do sujeito (critério material, espacial e territorial), enquanto que a consequência jurídica da conduta realizada é o surgimento da relação jurídico-tributária de cunho patrimonial (obrigação tributária), a ser determinada mediante a aplicação dos critérios quantitativos e pessoais.

A ocorrência do antecedente, ou seja, a conduta prevista na norma tributária implica automaticamente na realização do consequente. Como se pode notar, a concepção analítica do Prof. *Paulo de Barros Carvalho* avança enormemente em relação a toda a teoria da norma tributária existente até o momento, dotando o Direito nacional de uma concepção sofisticada e útil de análise do fenômeno jurídico-tributário. A ocorrência do antecedente implica necessari-

¹¹ Cf. ATALIBA, Geraldo. *In: Prefácio da obra de Carvalho, Paulo de Barros. Teoria da Norma Tributária*. São Paulo: RT, 1981, p. 11.

¹² Cf. GIANNINI, A.D. *I concetti fondamentali del Diritto Tributario*. Turim: Utet, 1956.

¹³ Cf. AYALA, Miguel Perez de. *Fundamentos de Derecho Tributario*. Madrid: Edersa, 1999.

¹⁴ Cf. VILLEGRAS, Hector. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. 2. ed. Depalma: Buenos Aires, 1975.

¹⁵ Cf. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

¹⁶ Cf. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

¹⁷ Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁸ Veja-se, neste sentido, a aceitação internacional das ideias do autor, por meio de suas publicações internacionais: CARVALHO, P. B. *Curso de Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2007; CARVALHO, P. B. *Derecho Tributario - Fundamentos Jurídicos de la incidencia*. 2. ed. Buenos Aires: Rodolfo Depalma, 2004 e CARVALHO, P. B. *Diritto Tributario*. 1. ed. Bolonha: CEDAM, 2004.

amente na ocorrência do dever-ser neutro, ou seja, o surgimento da consequência jurídica. No consequente ocorrerá a implicação do dever-ser modalizado, ou seja, a incidência dos comandos deônticos de obrigatório, proibido ou permitido.

Segundo o autor, uma norma jurídica é o resultado de uma operação em que enunciados particulares possuem os seus sentidos organizados de forma a construir uma proposição com sentido completo. Não se trata, contudo, de um normativismo puro, mas, pelo contrário, incorporando os estudos de *Lourival Vilanova* e *Miguel Reali* o direito passa a ser entendido como um fenômeno cultural, composto por fatos, valores e normas.

Dessa forma, já encontramos na obra de *Paulo de Barros Carvalho* as indicações de que o estudo da norma não pode esgotar-se em si mesmo e que os estudos sobre a argumentação jurídica, a coerência e os valores sistêmicos, tais como a Justiça Fiscal, tornam-se fundamentais para se entender o fenômeno do jurídico.

Assim, pode-se claramente verificar que existe a possibilidade real de uma visão analítica dos fundamentos materiais da interpretação (aplicação), destituída de traços metafísicos. Segundo o autor:

[A]o mencionar ser esse o apogeu da missão hermenêutica, penso em não haver incorrido em qualquer excesso, pois é nesse clímax, momento de maior graduação do processo gerativo, que aparece a norma jurídica em sua pujança significativa, como microsistema, penetrada, harmonicamente, pela conjunção dos mais prestigia-dos valores que o ordenamento consagra. Enquanto tal, representa o cruzamento, a força resultante de um sistema em que o plano dos significantes se integra ao plano de conteúdo, numa síntese que dá a autêntica profundidade do texto examinado. A regra jurídica assim representada terá o condão de exprimir, na sua singeleza estrutural, a orientação jurídica da conduta, preci-samente do modo como determinada pela totalidade sistêmica (...)¹⁹.

Cremos que o estudo da norma tributária possui seus méritos, mas não deve se tornar o objeto único e nem mesmo central da Ciência do Direito Tributário. A doutrina clama por um retorno aos seus fundamentos pragmáticos, enxergando a norma como uma estrutura funcional. O estudo da estrutura normativa é tão importante quanto o estudo da função normativa. A norma serve para resolver conflitos e buscar a justiça.

Diversos pensadores iniciaram este caminho árduo de estudar cientificamente a conexão entre a deontologia (teoria dos deveres) e a axiologia (teo-

¹⁹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. 1998, São Paulo: Saraiva, p. 73.

ria dos valores). Como exemplos dessa tentativa, encontramos, entre tanto outros, nos estudos sobre Direito Tributário: *Klaus Tipke* (Alemanha) e *Ricardo Lôbo Tôrres* (Brasil).

A essa tentativa difusa e diversa será denominada por nós de pensamento sistemático, como expressão atual do pensamento crítico. Seu objetivo é fundamentar o discurso jurídico em uma ética material, através de um método analítico, ou seja, um método fundado em requisitos de clareza, transparência e rigor nas demonstrações.

3. DA TEORIA GERAL DAS NORMAS À NORMA TRIBUTÁRIA

A teoria da norma jurídica recebeu amplo destaque nos estudos do Direito no século XX. Diversas contribuições destacadas se detiveram sobre o problema da norma. Essas contribuições foram adotadas pelos estudiosos em Direito Tributário e merecem a sua devida atenção.

A obra de *Hans Kelsen* provoca uma verdadeira revolução no pensamento jurídico. Sua obra foi louvada por muitos doutrinadores nacionais que ressaltaram a pureza de seu pensamento, o rigor lógico de seu método e a clareza de seus objetivos.

A doutrina nacional se mostrou maravilhada pela obra *Teoria Pura do Direito*, em sua edição de 1960. A polêmica obra deste autor possui no mínimo três fases muito distintas: inicialmente com a publicação da *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)* em 1934; depois com a segunda edição da mesma obra em 1960 e a finalmente com a publicação da *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)* em 1979. A edição de 1960 tornou-se a edição canônica e universalmente citada, como se a *Teoria Geral das Normas* nunca houvesse existido²⁰.

O apego lógico a distinção entre *ser* e *dever-ser* mereceria um estudo profundo, infelizmente foge aos objetivos do presente curso²¹. A busca da pureza do Direito é tão utópica como querer matematizar o estudo da conduta humana. Excluir as crenças e valores do Direito é tão ingênuo que chega a ser fascinante pela audácia.

A tradição analítica irá encontrar em *Herbert Hart* o expoente no estudo das regras jurídicas. A obra “*O Conceito de Direito*” (*The Concept of Law*) será um

²⁰ Sobre maiores informações sobre o assunto ver CALIENDO, Paulo. Kelsen e o direito internacional. Revista de direito constitucional e internacional São Paulo: Revista dos Tribunais v.12,n.47, abr/jun.2004,p.297-342.

²¹ Sobre o assunto ver CALIENDO, Paulo. Direito tributário: três modos de pensar a tributação elementos para uma Teoria Sistemática do Direito Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

marco doutrinário do normativismo. A proposição de uma regra de reconhecimento e a inclusão de um mínimo ético no seu esquema conceitual irão o diferenciar tremendamente da teoria pura *kelseniana*.

O modelo normativo fundado na idéia de autoridade e coação demonstrou-se absolutamente inapropriado para se entender uma sociedade democrática e plural. Novos esquemas conceituais eram necessários para se entender a complexidade do sistema legal. Um dos primeiros a entender com perspicácia esse novo momento foi *Norberto Bobbio*. Dois conceitos foram fundamentais em seu modelo conceitual: ordenamento e função. O estudo do Direito exigia necessariamente a compreensão do conceito de Ordenamento Jurídico. Não bastava o estudo da norma isolada. Esta intuição inovadora seria bem depois trabalhada por *Canaris* na idéia de Sistema Jurídico. Este autor seria o primeiro a compreender de modo amplo a função promocional das normas jurídicas, denominadas por este como sendo “*premiais*”. O autor irá sugerir, corretamente, a superação do modelo estruturalista do estudo das normas e a sua superação por um *modelo estruturalista-funcional*. O estudo da função do Direito seria tão importante quanto o estudo de sua estrutura normativa.

Dworkin dará um golpe de misericórdia no modelo normativista purista. Os princípios seriam uma espécie privilegiada de normas jurídicas. Os valores não poderiam simplesmente serem descartados. Estas inovações conceituais abririam caminho para o estudo posterior das normas sob o enfoque de uma teoria da argumentação.

No Brasil cabe ressaltar os importantes estudos pragmáticos de *Miguel Reale*. O *culturalismo* deste autor ao unir o fato, valor e norma irá produzir uma das mais importantes inovações jusfilosóficas. A importância dos resultados alcançados por este autor ainda serão objeto de análise séria. O purismo do estudo da norma apenas pela norma havia sido definitivamente enterrado. O Direito é um fenômeno cultural. Não apenas comunicacional ou linguístico. É cultural. Envolve crenças e valores. A teoria tridimensional supera a dicotomia radical entre o fato e a norma. O fato já está contido no modelo funcional da norma. Não é algo distinto, mas parte deste. Igualmente são os valores, ou seja, o sentido prospectivo. A ligação entre o sentido da realidade, o prospectivo e o modelo funcional da norma está na idéia de “*experiência*”. A “*experiência*” passa a ser o centro de sua filosofia.

Miguel Reale irá refutar o reducionismo *kelseniano*. O positivismo pregou toda uma sorte de reduções epistemológicas, restringindo ao máximo o objeto de estudo da Ciência do Direito. Direito seria norma, norma seria um ato de força. Esse reducionismo era anticientífico. Escolhia um aspecto da realidade jurídica para estudar e generalizava para toda a experiência jurídica. Nenhum ramo da ciência procedia dessa forma.

O Direito não é apenas norma jurídica e o objeto de estudo da Ciência do Direito não é apenas a incidência normativa. O Direito não se identifica apenas com a norma, com os textos normativos, os enunciados e proposições. Igualmente não é identificado apenas pela presença comando do soberano, ato de vontade, de império ou coação.

Miguel Reale foi genial ao compreender esta limitação fundamental do objeto e método da Ciência Jurídica de matriz positivista. O normativismo abstrato deveria ser substituído por um normativismo concreto. A experiência jurídica deveria estar no centro do estudo do Direito. Os fatos, os valores e as normas compunham o quadro completo da realidade normativa. Estes estudos iniciais são um caminho promissor para avançar rumo a uma nova metodologia jurídica.

Tércio Sampaio irá defender um modelo pragmático da norma jurídica. A norma seria um modelo de decisão. O sentido da norma deveria ser buscada no plano da eficácia.

A *doutrina tributária* irá assumir cegamente o normativismo mais puro. Esse fenômeno singular na experiência internacional decorre da profunda desconfiança com os modelos legais no país, mas também pela uma ausência de uma verdadeira teoria jurídica sobre o Direito Tributário. A necessidade de afirmação do Direito Tributário perante a Ciência das Finanças Públicas e da Economia Política tiveram como efeito a radicalização da especificidade desta disciplina jurídica nascente. O contexto original foi superado. O Direito Tributário garantiu a dignidade de disciplina autônoma.

Cabe agora o seu estudo despido de radicalismos pseudo-científicos. O estudo do problema da justiça, a questão dos valores, das consequências, da eficácia, da função do Direito estão no centro do debate doutrinário. Os casos levados a juízo exigem argumentação, ponderação, determinação da eficácia dos princípios, entre tantos outros problemas a serem resolvidos. Somente uma teoria jurídica sistemática poderá auxiliar na resolução destes dilemas.

A teoria normativista colocou a norma no centro da Ciência do Direito. Excluiu os fatos, valores e consequências das normas. Pregou a pureza e o primado formalismo. O resultado foi uma Ciência vazia e incapaz de resolver os grande dilemas de seu tempo. Talvez a maior inovação da Ciência Jurídica esteja na redescoberta da grande lição romana. O Direito é o estudo prático. Da solução de problemas. Uma teoria da decisão prática, orientada por uma dogmática sólida. Os fatos e valores são tão relevantes para uma metodologia científica quanto o estudo da norma jurídica.

4. RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA

O estudo da norma jurídica eclipsou os reais fundamentos de uma dogmática tributária consistente. Dentre todos encontramos o tema da relação jurídico-tributária como sendo o mais nobre em Direito Tributário. Ao redor dele gravitam as questões relativas às obrigações tributárias, crédito tributário, lançamento e causas de extinção, exclusão e suspensão do crédito tributário.

O tema é objeto de disposição no Código Tributário Nacional. Este inicia o Título II do Livro II, que versa sobre as Normas Gerais Tributárias, normatizando as obrigações tributárias. Segue o modelo da Lei Geral Tributária Portuguesa, onde o exame da constituição da obrigação tributária é antecedido pelo exame das espécies de obrigações. Em nosso entender, o correto seria inicialmente estudar o fenômeno da constituição da obrigação tributária, para em seguida se perquirir sobre a definição, espécies e eficácia da norma jurídico-obrigacional.

O CTN diverge da Ley General Espanhola, que estabelece um estudo mais sistemático da hipótese de incidência. O nosso Código peca em relação aos modelos citados pela ausência, no texto, de um tratamento mais sistemático da matéria, que deveria ter incluído a matéria em um capítulo sobre a Relação Jurídica Tributária. A ausência de um tratamento sistemático da relação jurídica tributária impeliu a doutrina nacional para um rico debate sobre a natureza desta, seus elementos fundamentais e eficácia, sendo que o exemplo mais notório de avanço teórico dá-se com a formulação genial de Paulo de Barros Carvalho sobre a estrutura da Regra-Matriz de Incidência Tributária. Trata-se sem dúvida da mais refinada elaboração teórica, que superou diversas formulações divergentes e se firmou pelo seu caráter analítico e profundo. A doutrina nacional até o presente momento simplesmente não sentia a ausência de dispositivos jurídicos mais detalhados, talvez por julgá-los desnecessários, principalmente por substituir o uso da noção de relação jurídica pela noção de norma jurídica tributária. O conceito de norma jurídico-tributária é tido como cientificamente mais preciso do que relação jurídico-tributária, tendo sido gradativamente afastado em prol daquele.

A busca incessante da verdadeira estrutura do Direito, de seus elementos elementares ou atômicos tinha por objetivo livrar o Direito do domínio da subjetividade e da falta de clareza. A comparação entre o subjetivismo jurídico e a exatidão da física e lógica causavam constrangimentos a quem se arvorasse da condição de cientista do Direito. A busca por um conceito científico do Direito era tido como uma elemento libertador, de superação da opressão do Direito pelo poder político, o nascimento do império da coerência e da racionabilidade e a superação do brutal poder do mais forte. Talvez assim o Direito se aproximasse mais da justiça, contraditoriamente ao retirá-la do discurso jurí-

dico. Vários autores proclamavam em bom som que uma teoria pura do Direito era uma libertação da política e da economia, com o estabelecimento de relações claras, racionais e coerentes.

Esse programa se assemelhava em muito aos objetivos do iluminismo francês e como tal foi saudado como uma nova revolução jurídica. Dentre os mais radicais defensores dessa teoria encontrava-se a predileção por um dos livros de um autor austríaco que foi adotado com muito entusiasmo pela doutrina latino-americana, italiana e brasileira: Hans Kelsen. Não houve o mesmo entusiasmo pela última obra deste autor, frequentemente esquecida e praticamente não estudada. A Teoria Pura do Direito momentaneamente inebriou diversos autores, dentre os quais se destaca Norberto Bobbio.

O normativismo impunha um estudo da norma jurídica como conceito fundamental, relegando ao conceito de relação jurídica a uma condição subordinada. A doutrina jurídica desde os romanos estudava a distinção entre dispositivo jurídico (precept do latim *præcipere*) e Direito (*jus*), contudo, não existia uma análise puramente formal do fenômeno jurídico. O projeto kelseniano de formulação puramente formal do Direito, de sua estrutura, gerou todo um campo de análises que registraram o seu momento mais rico especialmente na doutrina latino-americana com os estudos de Cossio, Buligyn e Vilanova, que expandiram em muito o refinamento da intuição de Kelsen.

Novamente o idealismo alemão e a sua defesa intransigente de uma deontologia analítica conduziram a uma separação brutal da essência do que havia sido o Direito desde os romanos: *o seu caráter prudencial*.

Cremos que o estudo do Direito Tributário não se esgota no estudo de suas normas, como elementos básicos do sistema jurídico, de tal modo que a medicina não esgota o seu estudo na célula, nem mesmo a biologia. Igualmente não é da análise sintática do Direito que decorre toda a riqueza do Direito, tal como não seria possível compreender Luís de Camões puramente pela análise sintática de seus textos, por mais que eles estejam bem formados gramaticalmente.

O pensamento kelseniano não cumpriu seu desiderato de revolucionar a dogmática jurídica e ao contrário implicou em um cisma entre uma metodologia científica estéril e pura e uma prática dogmática viva, conflituosa e prudencial. Talvez seja a época de resgatar a dogmática com o sentido prudencial, ou seja, o Direito como “*jus est ars boni et aequi*”. Nesse sentido, igualmente relevante é o resgate do conceito de relação jurídica tributária como categoria dogmática.

A relação jurídica tributária para ser válida e eficaz deverá estar bem formada em nosso sistema. Deverá ser constituída sob a forma de uma norma jurídica completa, sendo que a ausência de qualquer elemento implicará em vício na sua validade, existência ou eficácia. Ela deverá prever os seguintes

elementos fundamentais: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto e vínculo jurídico (atributividade). A relação jurídico-tributária em função de sua natureza pública, cogente e restritiva de direitos fundamentais (liberdade, propriedade, isonomia, etc.) segue as características nacionais de cada país e sistema constitucional, sendo que nosso modelo deve-se respeitar as exigências de separação rígida de competências, da cobrança plenamente vinculada e da tipicidade cerrada.

O modelo brasileiro assentou-se dogmaticamente sobre a noção de que a relação jurídica-tributária somente pode surgir fundada em regras claras de competência impositiva. Esse é o melhor modelo para reger as relações jurídico tributárias instituidoras de obrigações de índole legal. Não se trata de um modelo único ou mesmo metafísico como poderia parecer. A breve leitura da história e do direito comparado demonstram a singularidade de nosso sistema, bem como as suas virtudes, mas de longe podemos afirmar que exista algoritmo de formação de normas jurídicas perfeito, onde bastaria inserir os dados em uma tabela de inputs e sairia uma norma bem formada. Isso seria uma doce e agradável ilusão, nada mais.

O modelo de análise mais sofisticado de uma norma jurídica completa em nosso sistema foi apresentado por Paulo de Barros Carvalho, que superou em muito os modelos de análise anteriores que se assentavam no estudo do antecedente da norma (fato gerador, suporte fático ou hipótese de incidência) ou no consequente da norma (base de cálculo). Este propôs o estudo completo da norma jurídica, denominando-a de Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT). Este modelo é perfeitamente adequado ao nosso modelo constitucional, que prevê a incidência sob um regime de severas limitações à constituição de obrigações tributárias.

Por outro lado, necessitamos de um modelo completo para análise não apenas do momento de incidência, mas das normas relativas às obrigações acessórias, sancionatórias e processuais em matéria tributária adequados aos direitos fundamentais do contribuinte.

O CTN diferentemente das Lei Geral Portuguesa e da Ley General da España inicia o estudo da relação jurídica tributária pela análise das obrigações tributárias. Em nossa opinião isso seria mais acertado, ou seja, iniciar pelo objeto da norma jurídica. O ideal seria principiar o estudo pelo surgimento da relação jurídica-tributária e posteriormente adentrar na análise do objeto de uma relação jurídica. Em linguagem normativa estariamos a afirmar que se procedeu inicialmente o estudo do consequente da norma jurídica e não de seu antecedente, alterando a ordem de realização da incidência jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito deve retomar o seu sentido como *ciência prática da solução de conflitos*. O afastamento dessa razão essencial conduziu o Direito a estudos cada vez mais sofisticados, porém distantes de sua razão pragmática. O Direito foi instituído como um poderoso mecanismo de solução de conflitos sociais, sempre com referência ao problema da justiça.

O grande erro do formalismo normativista está no afastamento do Direito de seu problema original: a solução de conflitos. O estudo do Direito passa a ser um estudo teorético.

A superação desse modelo formalista exige uma análise não apenas do momento de incidência, mas das normas relativas às obrigações acessórias, sancionatórias e processuais em matéria tributária adequados aos direitos fundamentais do contribuinte. Nesse ponto, o estudo das relações jurídico-tributárias assume a centralidade da Ciência do Direito Tributário.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- AYALA, Miguel Perez de. **Fundamentos de Derecho Tributario**. Madrid: Edersa, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.
- _____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Lejus, 1998.
- CALIENDO, Paulo. **Direito tributário: três modos de pensar a tributação** elementos para uma Teoria Sistemática do Direito Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: RT, 1988.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- GIANNINI, A.D. **I concetti fondamentali del Diritto Tributário**. Turim: Utet, 1956.
- VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de Direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947.
- VILLEGRAS, Hector. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 2. ed. Depalma: Buenos Aires, 1975.

* Recebido em 05 dez. 2014.



TRIBUTAÇÃO, SEGURANÇA E RISCO

*Ricardo Lodi Ribeiro**

Resumo

O artigo analisa os reflexos da imprevisibilidade, da ambivaléncia e do pluralismo político, que marcam a *sociedade de risco*, sobre o valor da *segurança jurídica do contribuinte*, com base na construção da ideia de *segurança plural*, baseada na existência não mais de um monolítico *Direito do Contribuinte*, mas de diversos e contrapostos *Direitos dos Contribuintes*, estabelecidos por meio de uma relação horizontal marcada pela razão comunicativa. Essa mudança de paradigma enseja profundas modificações nos contornos dos institutos do Direito Tributário. Por outro lado, procura-se demonstrar ao longo do estudo que o pluralismo político da *sociedade de risco* exige que o consenso sobre os critérios de divisão de custos e benefícios sociais seja estabelecido por aqueles que irão suportá-los, uma noção que não se harmoniza com compromissos que alterem as relações passadas ou vinculem demasiadamente as gerações futuras.

Palavras-chave

Segurança Jurídica. Sociedade de Risco. Legalidade. Direitos do Contribuinte.

TAXATION, SECURITY AND RISK

Abstract

This article analyzes the consequences of three features of the risk society — the lack of foresightedness, the ambivalence and the political pluralism — on the importance of the juridical security of the taxpayer, based on the idea of plural security, which is not supported by the existence of one single monolithic Right of the Taxpayer, but by the existence of several Rights of the Taxpayers that are both opposed to each other and established by means of a horizontal relationship distinguished by the communicative reason. This paradigm breakthrough allows the proposal of deep changes in the outline of the jurisprudence of the tax law. On the other hand, this thesis demonstrates that the political pluralism of the risk society demands the establishment of the consensus on the criteria of division of social costs and benefits by those who will support them, an idea that do not agree with commitment that modify past relationships or that entail the future generations too much.

Keywords

Juridical Security. Risk Society. Legality. Taxpayer rights

* Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Tributário (SBDT). Advogado.

1. A SEGURANÇA NO ESTADO ABSOLUTISTA, NO ESTADO LIBERAL NO ESTADO SOCIAL

A idéia de segurança jurídica vem permeando o pensamento jurídico desde a formação dos Estado Nacional, sendo associada à proteção do direito do contribuinte contra o exercício do poder de tributar por parte da Fazenda Pública.¹

O momento histórico em que surge a moderna tributação,² na passagem do Estado Feudal para o Estado-Nação com as naturais tensões entre a nobreza e o rei, contribuiu para a formulação do maniqueísmo fisco-contribuinte. Documento ilustrativo desse momento histórico é a *Magna Charta*, de 1.215, em que os barões ingleses obrigam o Rei João Sem Terra a aceitar a prévia autorização do *Commune Consilium Regis*, gérmen do parlamento inglês, para a imposição de tributos. A despeito de se traduzir numa afirmação oligarca da nobreza sobre o rei, no doloroso processo de transição descentralizadora do regime feudal para a formação do Estado Nacional, a declaração coroou historicamente a luta dos contribuintes contra o arbítrio do poder de tributar estatal, muito antes, historicamente, da consolidação do princípio da legalidade como decorrência da soberania popular, o que só ocorreu após a Revolução Francesa.

Com a crise do feudalismo e a consequente consolidação do poder absoluto do rei, por ocasião da formação do Estado-Nação, a segurança irá deitar raízes na proteção que o soberano oferece aos cidadãos, que abandonam a liberdade encontrada no estado natural, onde estariam em permanente guerra, para encontrar a paz sob a proteção estatal.³

É na obra de Thomas Hobbes que iremos encontrar a primeira teoria do Estado moderno, advinda da superação do pluralismo jurídico peculiar à Idade Média⁴ e servindo como alicerce do positivismo jurídico, revelado na concentração do poder normativo no Estado Nacional.⁵

¹ Entre a escassa bibliografia que examina especificamente a segurança jurídica no direito tributário destacamos: GARCIA NOVOA, César. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, CASÁS, José Osvaldo. *Derechos y Garantías Constitucionales Del Contribuyente – A Partir del Principio de Reserva de Ley Tributaria*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002 e NOVELLI, Flávio Bauer. "Segurança dos Direitos Individuais e Tributação", *Revista de Direito Tributário* 25-26, p. 159-175., 1983.

² TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 1. De acordo com o referido autor, não há que se falar em tributo antes do Estado Moderno.

³ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou A Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Regina D'Angina. 2.ed., São Paulo: Ícone, 2003, p.123.

⁴ PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 245-247.

⁵ De acordo com HOBBES: "A LEI CIVIL é, para todo súdito, constituída por aquelas Regras que o Estado lhe impõe, Oralmente ou por Escrito, ou qualquer outro suficiente Sinal de sua Vontade, usando-as para Distinguir o que é Certo do que é Errado. Isto é, do que é contrário ou não

Se, num primeiro momento, o absolutismo serviu aos interesses da burguesia em ascendência, uma vez que atendia sua necessidade de segurança e previsibilidade conferida pelo Estado, aos poucos, essa aliança estratégica com a realeza, na luta contra os privilégios da nobreza, vai se esmaecendo pela busca da construção do seu próprio modelo de mundo, encontrando nas idéias de Locke a consagração da propriedade e da liberdade individual, arca-bouços do Estado Liberal.⁶

A luta pela liberdade dos modernos, como consagração dos ideais do individualismo burguês, coloca em primeiro plano o jusnaturalismo, com a tese de limitação do poder do estatal, a partir dos direitos naturais como um referencial externo ao exercício do poder político, desaguando na gênese do constitucionalismo moderno.⁷

É nesse ambiente histórico, de lutas da burguesia revolucionária contra o poder real e os privilégios da nobreza e do clero, que as idéias iluministas de Rousseau, Montesquieu e Voltaire incendeiam as nações européias e as colônias inglesas na América do Norte, com a ruptura da tradição e da visão teocrática do mundo.

A obra de Rousseau⁸ se de um lado resgata a visão de segurança de Hobbes, a partir da proteção do indivíduo pelo Estado, superando o individualismo de Locke, de outro apresenta um viés bem mais democrático, com o princípio da legalidade se vinculando à autonomia do cidadão e à soberania popular, com prevalência da vontade da maioria sobre os direitos naturais tão caros aos liberais.⁹

Assim, abre-se o grande debate político-constitucional que caracterizou a discussão sobre segurança na Era Moderna. De um lado o liberalismo de Locke, fundado no individualismo e nos direitos naturais que antecedem ao próprio Estado, cujo poder deve ser limitado para preservar a liberdade do cidadão. De outro, a soberania popular de Rousseau, com o fortalecimento da vontade da maioria, representada pelo Estado, e enaltecimento das virtudes

é contrário à Regra.” (HOBBES, Thomas. *Leviatã ou A Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Regina D’Angina. 2.ed. São Paulo: Ícone, 2003, p. 193).

⁶ LOCKE, John. “Segundo Tratado Sobre o Governo”, *Os Pensadores*, Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 263: “O Objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade.”

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22.

⁸ “Do Contrato Social”. *Os Pensadores*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26.

cívicas do homem.¹⁰ Dessa idéia de soberania popular, é que surge o princípio da legalidade em sua feição moderna, como consagração dos ideais liberais e em reação à concepção monárquica de Estado.¹¹

Os marcos de passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal são as revoluções burguesas do final do século XVIII e da primeira metade do século XIX, com destaque para a Independência Norte-Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789), que, passada a agitação revolucionária, acabaram por consagrar modelos políticos que privilegiaram a visão iluminista Montesquieu¹² mais ligada ao ideário liberal, do que a soberania popular de Rousseau.

O triunfo das idéias liberais sobre a soberania popular na primeira metade do século XX na França, se dá como resultado de um refluxo conservador no ideário revolucionário francês, como contraponto ao Terror, de 1792-1793, de que a obra de Benjamim Constant é exemplo paradigmático. Nesta, destaca-se a concepção individualista de liberdade dos modernos, a superar a idéia publicista de liberdade dos antigos.¹³

¹⁰ Note-se que com todas as transformações pelas quais o mundo passou nesses últimos dois séculos, a dicotomia entre liberalismo e republicanismo ainda está presentes nos debates políticos, especialmente após a derrocada do socialismo real e o resgate, no final do século XX, dos idéias republicanos de Rousseau. Sobre as distinções entre o Republicanismo e o Liberalismo, cf. MELO, Marcus André. "Republicanismo, Liberalismo e Racionalidade". In: *Lua Nova* nº 55-56, 2002, p. 57-83, onde o autor ressalta o enaltecimento das virtudes cívicas no primeiro como alternativa à lógica de mercado que prepondera no último.

¹¹ AUER, Andréas. "O Princípio da Legalidade Como Norma, Como Ficção e Como Ideologia", In: HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, , 1993, p. 125: "Em direito positivo, o princípio da legalidade é uma criação do século XIX. Apareceu na esteira das revoluções burguesas, como prolongamento, a uma vez, da teoria da soberania popular e da representação parlamentar, como reação à concepção monárquica do Estado. A constituição deixa de fundamentar a soberania do monarca, passando a restringi-la. A burguesia em ascensão, que entendia defender assim os seus interesses econômicos – a livre circulação de bens, das pessoas, a liberdade de comércio e de indústria, a propriedade - , impunha ao monarca o princípio da legalidade que então significava que as ofensas a estas liberdades econômicas apenas eram possíveis na base de uma lei, ou seja, com o acordo dos representantes da burguesia."

¹² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1982.

¹³ CONSTANT, Benjamim. "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos". In: *Filosofia Política 2*. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 11.

Com a vitória dessas revoluções burguesas, os ideais liberais, que antecediam ao próprio Estado, foram positivados,¹⁴ acarretando o esgotamento do jusnaturalismo¹⁵ e dando lugar ao triunfo do juspositivismo.¹⁶

De fato, há uma nítida vinculação da teoria da separação de poderes com o liberalismo e o positivismo,¹⁷ na medida em que, estando os ideais individualistas burgueses consagrados pelo direito positivo, a sua aplicação por um poder judiciário não eleito, se limitaria ao mero esclarecimento da vontade inequívoca contida na obra do legislador.

Esse culto ao texto da lei e a limitação da interpretação à compreensão da sua literalidade se manifestaram ao longo de todo o século XIX, seja pela Escola da Exegese na França, pela Escola Histórica e pela jurisprudência dos conceitos, na Alemanha, ou pelo originalismo norte-americano.¹⁸

No século XX, o normativismo de Kelsen e de Hart, descobre na decisão judicial a criação do direito, num ato de vontade,¹⁹ dentro da moldura estabelecida pela textura aberta da norma,²⁰ superando o positivismo tradicional do século XIX, que via na atividade do julgador uma mera aplicação do direito.²¹

Nesse ideário liberal, a segurança jurídica do contribuinte se consolida a partir da consagração do princípio da legalidade tributária. No âmbito desse

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, p. 32: "Como es sabido, y tras varios intentos previos en la fase propiamente revolucionaria, ésta será la gran obra de Napoleón, con la que intentó, en cierto modo, redimir con ella su despotismo y sus guerras y mostrar su fidelidad al ideario revolucionario: los Códigos civil, penal, do comercio, do procedimiento civil y de procedimiento penal, producidos en menos de diez años, y con una notable perfección, fenómeno del que no había precedentes históricos, causaron la justa admiración de los juristas y de la sociedad de todo el siglo XIX. Todos los Estados europeos, incluso los que siguieron fieles, en mayor o menor medida, a los principios del Antiguo Régimen, acogerán, esa técnica legislativa nueva. Los Códigos dominarán el siglo."

¹⁵ LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A Saga do Zangão – Uma Visão Sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 29.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87.

¹⁸ Sobre o estudo do positivismo nos Estados Unidos, vide SEBOK, Anthony J., *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge Univertisy Press, 1998.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 392.

²⁰ HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 137

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

contexto, a liberdade do cidadão deve ser protegida contra o poder real, sobretudo na fixação das imposições fiscais.²² Deste modo, a legalidade iluminista se funda no autoconsentimento, por meio dos representantes do povo no parlamento.²³

De um modo ou de outro, essa visão marcou boa parte da doutrina tributarista do início do século XX, com Kruse na Alemanha, e A. D. Giannini, na Itália. No Brasil, Rubens Gomes de Sousa, Alfredo Augusto Becker, Gilberto de Ulhôa Canto, Alberto Xavier, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho, foram muito influenciados por este positivismo formalista, iluminando, até os dias atuais, a maior parte de nossa doutrina. Exemplo mais representativo do formalismo positivista na doutrina tributária do Brasil é a teoria da tipicidade fechada, desenvolvida por Alberto Xavier.²⁴ Note-se que o positivismo desenvolvido pela doutrina formalista brasileira, com a tese da tipicidade fechada, e a redução do fenômeno jurídico à mera subsunção do fato à norma se aproxima muito mais do positivismo tradicional do século XIX, do que do normativismo de Kelsen e de Hart, do século XX, uma vez que este nega o caráter unívoco do texto legal, admitindo a escolha de uma das opções por ele oferecidas como um ato de vontade do aplicador. Já a teoria da tipicidade fechada nega qualquer espaço de decisão ou valoração ao aplicador.²⁵

No entanto, o éden liberal é abando pelo próprio desenvolvimento do capitalismo industrial, na segunda metade do século XIX, fazendo surgir uma classe operária que, em pouco tempo, é submetida a condições de trabalho desumanas, o que leva à organização do proletariado como agente da história. Assim, os trabalhadores que faziam o papel de meras “buchas de canhão” das revoluções burguesas, passam a idealizar um projeto de classe, por meio dos sindicatos e partidos inspirados nas idéias de Marx.²⁶

O início do século XX representa o crepúsculo das últimas monarquias absolutas enterradas pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e pela Revolução Soviética (1917).

Como resposta à ascensão do governo comunista na Rússia e à possibilidade de revoluções análogas no restante da Europa, os governos liberais concedem direitos sociais aos trabalhadores, como saúde, educação e previdência

²² GARCIA NOVOA, César. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 27.

²³ CASAS, José Osvaldo. *Derechos y Garantías Constitucionales Del Contribuyente – A Partir del Principio de Reserva de Ley Tributaria*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 319.

²⁴ Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

²⁵ Ibidem, p. 92.

²⁶ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Moscou: Edições Progresso, 1987.

social. Os partidos de origem operária se organizam para participar do jogo eleitoral das democracias ocidentais, ganhando cada vez mais adeptos.

Dá-se então um momento de grande paradoxo do Estado capitalista, que para se manter precisa flexibilizar suas maiores crenças na mão invisível do mercado e no papel secundário do Estado na economia. Emblemas dessa fase são o *New Deal* do presidente Roosevelt, nos Estados Unidos, e a Social-Democracia, na Europa.

Essa fase, que se convencionou denominar de Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social, é marcada pela busca da Justiça Social e da igualdade material, a partir de prestações estatais para os cidadãos. Substitui-se então a idéia de segurança jurídica por seguridade social.²⁷

Assim, assistimos, ao longo do século XX, o aumento da participação do Estado da vida social, com o intervencionismo e a burocratização como pressupostos considerados indispensáveis à garantia das prestações sociais positivas que, em alguns países mais do que em outros, foram asseguradas aos trabalhadores.

Tendo como pano de fundo o Estado Social, surge a jurisprudência dos interesses, como uma reação ao positivismo formalista do século XIX. Tal escola teve em Philipp Heck seu principal defensor, tendo despontado a partir da virada de Jhering para uma jurisprudência mais pragmática, abandonando suas posições anteriores, vinculadas às idéias de Puchta.²⁸ Para os juristas que integraram a escola da jurisprudência dos interesses, o legislador, como pessoa, vem a ser substituído pelas forças sociais, que são por eles denominadas de *interesses*, extraídos pela lei do contexto social. Assim, o centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador para os interesses que motivaram a produção legislativa. Nessa visão — e a posição de Heck é emblemática nesse sentido — a interpretação deve remontar aos interesses que foram causais para a lei, figurando o legislador como mero transformador destes.²⁹

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. "Legalidade Tributária e Riscos Sociais". **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro** 53: 178-198, 2000, p. 185.

²⁸ LARENZ. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997, p. 63: "A Jurisprudência dos interesses – e esta é a sua afirmação justorética fundamental – considera o Direito como "tutela de interesses". Significa isto que os preceitos legislativos – que também para HECK constituem essencialmente o Direito – "não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses" (GA, pág. 17). As leis são "as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento". Na tomada de consciência disto, garante-nos HECK, reside "o cerne da Jurisprudência dos interesses", sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de "conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão em cada caso, esses interesses" (GA, pág. 60) (Metodologia ..., cit., pp. 65 e 66).

²⁹ Ibidem, p. 65.

A escola da jurisprudência dos interesses, rompendo com a lógica formalista até então dominante, adotou um positivismo científico, que com Eugen Ehrlich, a partir das idéias de Max Weber, se constituiu num viés de índole sociológica, a buscar o nexo causal da conduta humana. Já com Stuart Mill, a jurisprudência dos interesses ganhou cores de um positivismo econômico, com o Utilitarismo,³⁰ que enfatizava a preponderância dos aspectos econômicos sobre a norma jurídica.

Dentro desse prisma, a jurisprudência dos interesses deslocou o centro da problemática jurídica da norma, como anteriormente sustentava o positivismo formalista, para o fato, seja ele histórico, social ou econômico.

Com o triunfo das idéias de justiça sobre as de segurança jurídica, ainda que a primeira se apresentasse sob uma concepção muito mais sociológica do que axiológica, o princípio da legalidade foi relegado ao segundo plano com a entronização da idéia de realização da justiça material, a partir de prestações estatais.

A aplicação da jurisprudência dos interesses no direito tributário, deu origem, na Alemanha, à teoria da interpretação econômica do fato gerador, a partir da obra de Enno Becker, autor do anteprojeto do Código Tributário Alemão de 1919.³¹

O início dos anos 20 na Alemanha são marcados, no entanto, pela profunda crise econômica que assolou o país após a Primeira Guerra Mundial, colocando em xeque a jovem República de Weimar,³² num país sem grande tradição liberal marcado pelos conflitos do forte movimento comunista em franca ascensão de um lado, em contraposição ao conservadorismo militar-burocrático, herdeiro do II Reich bismarckiano. No plano constitucional a crítica à democracia liberal é voz corrente, onde se destaca a obra de Carl Schmitt.³³

³⁰ MILL, Stuart. **A Liberdade do Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 187.

³¹ O referido diploma, bastante influenciado por essas idéias, assim dispunha em seu art. 4º: “Na interpretação das leis tributárias, devem ser observadas sua finalidade, seu significado econômico e o desenvolvimento das relações.” Apud LEHNER, Moris. “Considerações Econômicas e Tributação conforme a Capacidade Contributiva. Sobre a possibilidade de Uma Interpretação Teleológica de Normas com Finalidades Arrecadatórias”. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurélio (Coordenadores). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 147.

³² ELIAS, Norbert. **Os Alemães – A Luta pelo Poder e a Evolução do Habitus nos Séculos XIX e XX**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 21: “Para entender a ascensão de Hitler ao poder, é importante ter em mente que os grupos que apoiam a República de Weimar eram, desde o começo, muito restritos.”

³³ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 3. reimpressão da 1. ed, 2001, p. 62: “La tendencia del Estado burgués de Derecho va en sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del Estado y transformar toda la actividad del Estado en competencias, limitadas en principio, rigorosamente circunscritas.”

Nesse ambiente de crítica à democracia burguesa, surge espaço para a flexibilização da legalidade. No direito tributário o movimento influencia as doutrinas economicistas de Enno Becker e Hensel, que sobrepõem a realidade econômica sobre o fato gerador previsto na lei. É a teoria da interpretação econômica do fato gerador.³⁴ Na Itália, a flexibilização da legalidade empolga os causalistas, como Griziotti, Jarach e Vanoni, que, de uma forma ou de outra, vêm entronizar a capacidade contributiva como causa do tributo. O fenômeno chega ao Brasil, embora em menor intensidade, nas obras de Aliomar Baleeiro e Amílcar de Araújo Falcão, que embora seguidores das teses causalistas, não chegam a romper com a legalidade.³⁵

Contudo, esse positivismo economicista, ao flexibilizar a legalidade em nome da idéia de justiça social, acabou por ser presa fácil para o totalitarismo hitlerista, que estabeleceu a tributação de acordo com os ideais no nacional-socialismo, com a taxação dos judeus em razão dessa condição.

Com a queda do nazi-fascismo, a teoria da interpretação econômica, apesar de ainda sobreviver por alguns anos, mais em função do marasmo ideológico do pensamento alemão diante da perplexidade com as descobertas do Holocausto, dá lugar a uma retomada formalista a que o direito tributário não se mostrou insensível.³⁶

Porém, os anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, talvez os mais emblemáticos do século XX, são caracterizados pela polarização e guerra fria entre os dois principais vitoriosos do conflito: os Estados Unidos e a União Soviética. Era o auge do Estado Social.

No campo do Direito é uma época marcada pela crise da justiça enquanto valor, espremida entre os positivismos de índole formalista e sociológica, e substituída pela busca da materialização das prestações estatais exigidas pela justiça social.

Na seara tributária, o esforço arrecadatório para financiar o agigantamento das despesas públicas levava o pêndulo hermenêutico a confundir justiça fiscal com o interesse da arrecadação tributária. Afinada com a melodia fiscalista, soavam os acordes da progressividade em nome da distribuição de rendas e dos incentivos fiscais setoriais como trampolim para o desenvolvimento econômico em uma visão keynesiana.

³⁴ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

³⁵ Ibidem, p. 58.

³⁶ A discussão e a promulgação do nosso Código Tributário Nacional num período de transição entre a influência, no Brasil, da teoria da interpretação econômica e a retomada formalista explica, em parte, suas insuperáveis contradições no que tange à interpretação da lei tributária.

Todavia, a crise do petróleo do início dos anos 70 deflagra o início da desestruturação do Estado Social, que elevou, além dos limites do previsto, as expectativas do cidadão em relação ao Estado,³⁷ gerando a dificuldade, cada vez mais crescente, dos governos adimplirem com seus compromissos sociais.

Na década de 80, os governos neoliberais de Reagan, nos Estados Unidos, e de Thatcher, na Inglaterra iniciam um processo de sepultamento do *Welfare State*, restringindo as prestações sociais e reduzindo impostos.

Ao mesmo tempo, o avanço tecnológico promove a revolução da tecnologia da informação, que explode nos anos 90, a partir das sementes plantadas nos anos 70, dando origem a uma nova economia.³⁸

O final da década de 80 e o início dos anos 90 são sacudidos pelo desmoronamento do socialismo real. Em 1989, os ventos da liberdade advindos da *Glasnost* e da *Perestroika* de Gorbatchov põem abaixo o Muro de Berlim, símbolo maior da divisão bipolar entre os mundos capitalista e o comunista, levando, pouco tempo depois, e com inacreditável velocidade, ao fim da própria União Soviética, em 1991. Se até o início dos anos 70 os países do socialismo real, cuja economia centralizada e baseada na indústria pesada, conseguiram acompanhar os níveis de crescimento do ocidente, com o advento da economia eletrônica global, perderam competitividade e seus governos não mais conseguiram impor o controle ideológico e cultural diante de uma mídia global.³⁹

A partir do esgotamento do *Welfare State*, num mundo unipolar, o avanço científico e tecnológico traz os fenômenos da globalização e da sociedade de risco, marcados pelo pluralismo jurídico, onde o Estado Nacional não detém mais o monopólio do Direito. Com isso, as empresas multinacionais, organismos internacionais, as organizações não-governamentais, a sociedade civil organizada, as comunidades de países, passam a emitir regras que, muitas

³⁷ MASI, Domenico de. **A Sociedade Pós-Industrial**. Vários Tradutores. 4. ed., São Paulo: Senac, 2003, p. 84. De acordo com o sociólogo italiano, nos anos 50 e 60 o aumento dos gastos sociais foi de 1/3 a 2/3 superior ao aumento do PIB (Ob. Cit., p. 83).

³⁸ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra. 7. ed., 2003, p. 189.

³⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole – O que a Globalização Está Fazendo de Nós**. Trad. Maria Luiza Borges. 4. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 24. Imagem ilustrativa dessa situação, é lembrada por Ulrich Beck: nos estertores do império soviético, Boris Yeltsin, então presidente da República Russa, em cima de um tanque, faz um discurso contra os líderes da URSS que golpearam Gorbatchov. Enquanto as rádios do regime comunista censuravam o discurso, a CNN transmitia ao vivo para todo o mundo. Era o triunfo da mídia global sobre o controle nacional dos meios de comunicação. (BECK, Ulrich. *O que é Globalização? - Equívocos do Globalismo*, Reposta à Globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 41). No mesmo sentido CASTELLS, Manuel. **Fim de Milênio**. Trad. Klauss Gerhardt e Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 26: "Sustento a idéia de que a turbulenta crise que abalou os alicerces da economia e sociedade soviéticas de meados dos anos 70 em diante constituiu a expressão da incapacidade estrutural do estatismo e da versão soviética do industrialismo de assegurar a transição para a sociedade da informação."

vezes, escapam à percepção dos que se acostumaram com a dinâmica binária até então verificada na Era Moderna. É o que alguns denominam de Estado Subsidiário, que intervêm apenas onde a sociedade não pode atuar.

A perplexidade com que os pensadores no fim do século XX assistiram ao fim do socialismo real intensificou as discussões a respeito de modernidade e pós-modernidade ao longo dos anos 90, tempos que já fazem lembrar a *Belle Époque* a anteceder os horrores no início do século XXI, com a negação dos direitos fundamentais em nome do combate ao terrorismo após o 11 de setembro de 2001, com o ataque da *Al Qaeda* de Bin Laden às torres gêmeas do *World Trade Center* em Nova York e ao Pentágono, em Washington.

Como fruto do mesmo oportunismo político que se aproveita dos novos riscos sociais para a consolidação do poder, a autonomia dos povos é colocada em cheque, com a criação do conceito de guerra preventiva, a justificar a invasão norte-americana no Afeganistão e no Iraque. Nesse contexto, os direitos fundamentais são questionados por aqueles que buscam em medidas de exceção, como as previstas no Ato Patriótico de George W. Bush, resposta ao terrorismo.

A reação da doutrina norte-americana às tentativas de concessão de poderes especiais ao presidente dos Estados Unidos, em função do 11 de setembro, não tem sido uníssona. De um lado, encontram-se aqueles, como Ackerman⁴⁰, que admitem restrições aos direitos civis com a criação de uma espécie de *emergency constitution*, sem prejuízo da preservação dos mecanismos de deliberação da sociedade que sejam capazes de controlar a necessidade do estado de exceção. Em contraponto, Tribe⁴¹ rechaça o afastamento da ordem constitucional e a supressão dos direitos humanos no combate ao terrorismo.

Vale aqui destacar o alerta de Agambem contra as medidas destinadas a conferir poderes de legislar ao poder executivo, a fim de restabelecer a segurança em períodos de grande instabilidade, que tendem sempre a evoluir para um estado de exceção permanente.⁴²

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution". In: **The Yale Law Journal**, vol. 113, nº 5, 05/03/04, p. 1029-1079, acessado em www.yalelawjournal.org, em 09/07/05.

⁴¹ TRIBE, Laurence H. e GUDRIDGE, Patrick O. "The Anti-Emergency Constitution" In: **The Yale Law Journal**, vol. 113, nº 8, 30/04/04, p. 1801-1870, acessado em www.yalelawjournal.org, em 09/07/05.

⁴² AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 19: "Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo." Entre nós, traçando um paralelo entre a situação da Alemanha da República de Weimar e a dos países em desenvolvimento como o Brasil, Gilberto Bercovici fala em estado de exceção econômico: "Com a globalização, a instabilidade econômica aumentou e o recurso aos poderes de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser

No entanto, embora não se possa negar o fracasso do socialismo real, a falência do Estado do Bem-Estar Social, o terrorismo e os desafios da sociedade de risco, por outro lado, também é preciso reconhecer que nem a *pax americana* de Clinton, e muito menos o Estado de Exceção Permanente de George W. Bush, são respostas aos problemas do homem, num mundo que confere liberdade para o capital volátil e apátrida, mas a nega para a maioria das pessoas do planeta, excluída do acesso aos bens mais elementares para a digna sobrevivência.⁴³

Por isso, é preciso construir novos paradigmas para a época atual, que, pela proximidade, ainda não pode ser denominada, senão provisoriamente. São usadas expressões como pós-modernidade, modernidade reflexiva, modernidade ambivalente, modernidade tardia, Estado de Risco, Estado Subsidiário, Estado Pós-Social, entre tantas outras, para designar os tempos atuais, captando várias características dos nossos tempos. No entanto, só o distanciamento histórico será capaz que identificar que facetas prevalecerão, a fim de caracterizar esses dias.⁴⁴

Contudo, aos estudiosos do Direito não é dado procurar as soluções para os complexos fenômenos atuais, a partir de categorias jurídicas que foram forjadas no início da Era Moderna, vez que estas não são mais capazes de dar respostas aos problemas com que nos defrontamos hoje.

No campo das idéias jurídicas, esse período de crise do Estado Social é marcado pela superação das idéias positivistas, seja as de índole formalista, seja as de cunho sociológico ou economicista, a partir do resgate da justiça enquanto valor. Destacam-se entre as teorias pós-positivistas da segunda metade do século XX, a *tópica*, de Viehweg,⁴⁵ a *nova retórica*, de Perelman,⁴⁶ a *jurisprudência dos valores*, de Larenz,⁴⁷ e a *justiça como equidade*, de Rawls⁴⁸. O debate

mais utilizado, com a permanência do estado de emergência econômico." (BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente – A Atualidade de Weimar. São Paulo: Azougue Editorial, 2004, p. 179).

⁴³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Motta. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2000, p. 18: "A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria."

⁴⁴ MASI, Domenico de. **A Sociedade Pós-Industrial**. Vários Tradutores. 4. ed , São Paulo: Senac, 2003, p.33.

⁴⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía Del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 189.

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupe. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

⁴⁷ LARENZ. **Metodología da Ciéncia do Direito**. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997.

⁴⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

sobre a justiça mobiliza comunitaristas, como Walzer,⁴⁹ e Taylor,⁵⁰ e proceduralistas como Dworkin⁵¹ e Alexy.⁵²

A teoria da argumentação de Alexy⁵³ e da razão comunicativa de Habermas⁵⁴, resgatam a racionalidade prática, de cunho dialógico e procedural. É, porém, na obra de Habermas que vamos encontrar uma maior aproximação entre a razão prática e a teoria democrática, com os direitos fundamentais constituindo pressuposto para o processo democrático.⁵⁵

O resgate do valor da justiça e dos direitos fundamentais vai causar profundas consequências na doutrina tributária alemã, especialmente em autores como Klaus Tipke, Klaus Vogel e Moris Lehner. Aos poucos as idéias tedescas vão influenciando a doutrina de outros países. Na Espanha, a justiça tributária é resgatada com Pedro Herrera Molina, Falcón y Tella e Túlio Rosembuj. Na Itália, Fantozzi e Moschetti também se abrem às novas discussões. No Brasil, a superação do positivismo normativista encontra em Ricardo Lobo Torres e Marco Aurélio Greco dois grandes resistentes à maioria formalista.

Com a abertura do direito tributário à idéia de justiça, o equilíbrio entre os princípios da legalidade e da capacidade contributiva foi resgatado,⁵⁶ estabelecendo, assim, uma visão que, longe de apresentar peculiaridades em relação aos outros ramos (como ocorre com as teorias da tipicidade fechada ou da interpretação econômica do fato gerador), prestigia a igualdade, com a adoção de fórmulas para coibir as práticas abusivas tendentes a burlar a obrigação de pagar tributos e de mecanismos que vão além das normas com intenção meramente arrecadatórias.

Nesse sentido, o estudo da segurança jurídica do contribuinte é um dos exemplos em que os parâmetros iluministas, até hoje praticados pela maior parte dos estudiosos, são totalmente inadequados à solução dos riscos atuais.

⁴⁹ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça – Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Somões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁰ TAYLOR, Charles. “La Política de Reconocimiento”. In: *El Multiculturalismo y la Política de Reconocimiento*. Trad. Mónica Utrills de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica - A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003.

⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 335. 336.

⁵⁶ GARCIA NOVOA, César. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 89.

É que procuramos uma tutela do direito individual do contribuinte, como se este fosse uma figura mitológica, desligada da realidade fática, e como se o Estado fosse ainda aquele monstro orgânico de Hobbes, a ameaçar a liberdade do cidadão de Locke, em completo descompasso com um tempo onde a figura do Estado-Nação vai cedendo terreno e que a soberania é flexibilizada.

Um novo mundo, merece novas explicações. Se as que existem ainda não nos confortam, ao menos diagnosticam o caráter obsoleto das velhas fórmulas liberais, e a necessidade do debate sobre os novos rumos.

2. A CRISE DO ESTADO SOCIAL E A SOCIEDADE DE RISCO

Sem adentrar na polêmica sobre modernidade e pós-modernidade, que não é objeto desse estudo, é forçoso reconhecer que vivemos dias que colocam em xeque todo o ideal iluminista, com a sua certeza de que a humanidade caminha para frente e de que o desenvolvimento tecnológico torna o mundo mais estável e ordenado.⁵⁷ Se por um lado, não há uma ultrapassagem da modernidade aberta pela Revolução Francesa com a superação das explicações religiosas para o mundo e a adoção do racionalismo, por outro, é imperioso reconhecer que o advento da sociedade pós-industrial e da globalização aponta para um esgotamento dos instrumentos para a solução dos problemas da primeira modernidade.

Nesse contexto, a Nova Era do misticismo e do fundamentalismo religioso dos dias atuais, mais que representar uma volta ao passado pré-moderno, ou o advento de uma etapa posterior à modernidade, se revela como uma reação irracional à ausência de respostas do paradigma iluminista, baseado na certeza binária da realidade.

É inevitável constatar que com a Globalização se mostra rompida uma das principais premissas da Era Moderna: a de que vivemos em espaços delimitados pelos Estados Nacionais.⁵⁸ Porém, o que pode ser considerado como a decadência da modernidade, pode também marcar o início de uma *segunda modernidade*, desde que sejam superadas as ortodoxias que levaram ao esgotamento da primeira.⁵⁹

Em conseqüência, é preciso reinventar a política, a partir de dados extraídos desses novos tempos. Se por um lado a globalização econômica leva o comércio à escala internacional, gerando crescimento do poder das empresas transnacionais em detrimento dos Estados Nacionais e dos trabalhadores, de

⁵⁷ GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole – O que a Globalização Está Fazendo de Nós.** Trad. Maria Luiza Borges. 4. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 14.

⁵⁸ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? - Equívocos do Globalismo, Reposta à Globalização.** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46.

⁵⁹ Ibidem, p. 26.

outro o avanço tecnológico e a revolução nos meios de informação e comunicação universalizam os direitos humanos e a democracia, despertando a atenção global sobre as questões ambientais, os direitos das minorias, a pobreza mundial.⁶⁰

Nesse contexto dialético, onde o mercado globalizado difunde informação e idéias para tudo o mundo, a cultura local encontra espaços ampliados, sobrevivendo além do seu ambiente original. Assim, a globalização cultural não é necessariamente uma via de mão única, uma vez que a “sociedade mundial não é, portanto, uma megassociedade nacional que reúne e dissolve todas as sociedades nacionais; representa um horizonte que se caracteriza pela multiplicidade e pela não-integração.”⁶¹

Com a globalização não há o fim da política, mas seu recomeço. A reinvenção da política não se caracteriza pelo triunfo do neoliberalismo, mas, ao contrário, pela crítica ao domínio do plano econômico sobre todos os demais, e ao autoritarismo político a serviço da lógica do mercado.⁶²

Se o desenvolvimento econômico escapa do controle do Estado Nacional, as suas consequências como o desemprego, a pobreza a imigração, têm o seu equacionamento exigido do Estado Social,⁶³ cada vez mais frágil para atender a essa crescente demanda, o que gera crises políticas que colocam em risco o futuro da democracia.

Nesse panorama, as medidas tomadas pelo Estado acabam por originar outros problemas sociais e econômicos. Para se proteger da livre atuação das empresas transnacionais, garantindo os direitos de seus cidadãos, os Estados Nacionais adotam medidas que acabam por afugentar o fluxo de capitais, gerando mais desemprego e miséria. Por outro lado, o desenvolvimento econômico gerando pelos investimentos dos agentes transnacionais não se apresenta como solução ao crescimento da exclusão social e da concentração de renda.

Como se vê, não estamos diante de uma pós-modernidade, mas das consequências da imposição do modelo de modernidade ocidental para todo o mundo, gerando efeitos colaterais advindos da ambivalência e imprevisibilidade.

⁶⁰ Ibidem, p. 31.

⁶¹ Ibidem, p. 32.

⁶² Ibidem, p. 225.

⁶³ Ibidem, p. 36.

lidade, caracterizadoras da sociedade de risco. Podemos denominá-la de modernidade reflexiva, como Ulrich Beck,⁶⁴ de modernidade ambivalente, como Zygmunt Bauman⁶⁵ ou modernidade tardia, como Anthony Giddens.⁶⁶

É que com o extraordinário avanço tecnológico experimentado no século XX, o homem, que nos primórdios da Era Moderna tentava dominar a natureza, a fim de conter os riscos externos, passa a sofrer os efeitos de sua ação, com a reação do planeta à intervenção humana. É o que Anthony Giddens⁶⁷ chama de risco fabricado, que, como bem salienta Raffaele de Giorgi,⁶⁸ não se confunde com o perigo, sempre exteriores à ação do homem. São exemplos ilustrativos dos riscos naturais causados pela ação desordenada da humanidade o aquecimento global, a diminuição da camada de ozônio, o vazamento da usina nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, o mau da vaca louca, na Inglaterra, as vicissitudes nas experiências genéticas e a devastação humana provocada pelos *tsunames* na Ásia e na África.

Os riscos não são uma novidade de nossos tempos. A expressão risco, surge nos idiomas espanhol e português nos séculos XVI e XVII para designar os perigos representados pelo desconhecido a ser encontrado nas grandes navegações por mares nunca dantes navegados. A precaução do risco das navegações marítimas pela introdução dos seguros levou a expressão ao mundo dos negócios, onde foi utilizada para designar a álea dos contratos bancários e de investimentos, até ser generalizada para outras situações de incerteza.⁶⁹

Da origem da palavra risco, é extraída uma característica fundamental que, até hoje, é válida para a compreensão do fenômeno: a incerteza diante da novidade desconhecida e imprevisível.

Mas se o risco diante da novidade desconhecida não é uma exclusividade de nossos dias, devemos observar que hoje os riscos causados pelo pró-

⁶⁴ BECK, Ulrich. "Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?" IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 208.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

⁶⁶ GIDDENS, Anthony. "Risco, Confiança, Reflexidade". IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 233.

⁶⁷ GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole – O que a Globalização Está Fazendo de Nós**. Trad. Maria Luiza Borges. 4. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 24.

⁶⁸ GIORGIO, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco – Vínculos com o Futuro**. Trad. Lucia Silva, Sandra Vial e Luiz Antônio Vial. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 233.

⁶⁹ Ibidem, p. 32.

prio homem são tão ou mais importantes do que aqueles gerados pela natureza.⁷⁰ Então, o que há de novo não é a incerteza ou o risco. Mas a origem deles. Muitas incertezas que vivemos hoje foram criadas pelo próprio homem.⁷¹

Outra característica peculiar aos nossos tempos reside na imprevisibilidade desses riscos, o que se explica pelo incomparável avanço científico e tecnológico, que, embora deixe desconcertadas as pessoas comuns, são planejados pelos especialistas. Mas ao mesmo tempo, geram efeitos colaterais que não poderiam ser imaginados sequer pelos idealizadores de tais conquistas.

Essa imprevisibilidade é mais óbvia quando consideramos que os riscos criados pelo homem nem sempre são fruto de uma ação consciente como os efeitos devastadores da bomba atômica lançada sobre Hiroshima e Nagasaki. Quase sempre os riscos são frutos de medidas concebidas de acordo com fins que são caros à Era Moderna, como o desenvolvimento da ciência, o crescimento econômico e a busca do pleno emprego. No entanto, as medidas adotadas, mesmo quando atingem os seus esperados objetivos, acabam gerando efeitos colaterais imprevistos.⁷²

Com a expansão da industrialização, os riscos se multiplicaram de forma nunca antes vista. O desaguadouro desse processo é a conjugação de crescimento econômico com a necessidade de isolamento dos riscos que ele produz.⁷³

Nesse contexto, diagnostica-se o fenômeno da ambivalência, com a resolução de determinados problemas gerando outros problemas.⁷⁴ A apuração

⁷⁰ Ibidem, p. 43.

⁷¹ GIDDENS, "Risco, Confiança e Reflexidade", IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 220.

⁷² Ulrich Beck chega a falar em era dos efeitos colaterais. (BECK, Ulrich. "Autodissolução e Auto-risco na Sociedade Industrial: O que significa isso?" IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 208).

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 229.

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 227: "Cada resolução de problema gera novos problemas. (Somos quase tentados a dizer: o que passa por solução do problema A é a formulação dos problemas B, C, ... n que precisam ser resolvidos; o conhecimento aumenta durante a resolução de problemas, mas igualmente a quantidade de problemas.) De fato, é a ação voltada para um propósito que tem a maior responsabilidade pela geração dos aspectos da condição humana sentidos como desconfortáveis, preocupantes e que precisam ser retificados. Perseguindo um remédio específico para uma inconveniência específica, a ação induzida pelo especialista está fadada a desequilibrar tanto o ambiente sistêmico da ação quanto as relações entre os próprios atores. É o desequilíbrio artificialmente criado que se sente mais tarde como um "problema" e é visto assim como garantia para a formulação de novos propósitos."

da técnica na sociedade industrial disponibilizou a especialização para a resolução dos problemas. E quanto mais específico e concentrado se apresenta, o saber do especialista vai gerando a necessidade de novas especialidades para uma problemática que, até então, não era conhecida. Tamanha especialização, além de originar a crescente dependência de especialistas, acaba por gerar efeitos colaterais em outros campos da realidade, que não são dominados pela referida especialidade, gerando novos problemas, a exigir novas especialidades.⁷⁵

Nessa lógica ambivalente, cada medida adotada para a solução de problemas de determinado grupo de pessoas traz em si mesma a criação de problemas para outro grupo de pessoas.⁷⁶ Em consequência, a liberdade crescente de uns pode representar, ou até mesmo ser a causa, de uma maior opressão para outros.⁷⁷

Como corolários do racionalismo característico da modernidade, a insegurança e o desconforto causados pela ambivalência tinham como resposta as classificações binárias, tão caras aos juristas seguidores da jurisprudência dos conceitos, e mais tarde, no século XX, aos positivistas normativistas. As classificações binárias ou duais pareciam conferir segurança em relação à ambigüidade, num verdadeiro culto à racionalidade.⁷⁸

No entanto essa incessante busca pela ausência de incerteza mais corresponde a um suporte emocional⁷⁹ utilizado para aplacar a ansiedade gerada

⁷⁵ Ibidem, p. 229.

⁷⁶ A própria dinâmica do processo judicial revela essa ambivalência como observado por Ulrich Beck: "A ordem judicial não estimula mais a paz social, pois sanciona e legitima as desvantagens juntamente com as ameaças e assim por diante." (BECK, Ulrich. "A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernidade Reflexiva." IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 29).

⁷⁷ GIDDENS, "Risco, Confiança e Reflexidade", IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 223.

⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 236: "O culto da racionalidade da escolha e da conduta é em si mesmo uma escolha, uma decisão de dar preferência à ordem sobre a surpresa, à constância de resultados sobre a sucessão aleatória de perdas e ganhos. Ela repudia a contingência e glorifica a ausência de ambigüidade. Além disso, apresenta a clareza plena do mundo da vida e uma chance de ganhos sem o risco de perdas como possibilidade real e um propósito sensato pelo qual lutar. Promete um mundo livre de incerteza, de tormentos espirituais, de hesitações intelectuais."

⁷⁹ GIDDENS compara essa necessidade de proteção contra a ansiedade gerada pela ambigüidade dos tempos modernos ao casulo protetor que os pais oferecem a seus filhos pequenos: "A confiança que a criança, em circunstâncias normais, investe nos que cuidam dela – argumento – pode ser vista como espécie de inoculação emocional contra ansiedades existenciais – uma proteção contra ameaças e perigos futuros que permite que o indivíduo mantenha a esperança e a coragem diante de quaisquer circunstâncias debilitantes que venham a encontrar mais tarde. A confiança básica é um dispositivo de triagem em relação a riscos e perigos que cercam a ação e a interação. É o principal suporte emocional de uma carapaça defensiva ou casulo protetor que

pela ambivalência do que uma verdadeira representação da realidade,⁸⁰ irre-dutível a essa lógica dual, mesmo no campo das ciências exatas onde há algumas décadas prepondera a lógica *fuzzy*.⁸¹

Diante da insuficiência dos modelos binários,⁸² tão caros à primeira modernidade, o desafio na sociedade de risco é conviver com a ambivalência, a partir de uma atitude calculista em relação às possibilidades de ação,⁸³ e do controle dos riscos pela probabilidade.⁸⁴ Assim, pelo conhecimento da realidade passada, os agentes sociais assumem os riscos e procuram se precaver em relação à possibilidade de ocorrência dos perigos previstos por meio do seguro.

Se no Estado Liberal o seguro era limitado à segurança dos negócios privados, no Estado Social evolui para a idéia de seguridade social, a prevenir os riscos advindos da doença, da velhice, do desemprego etc.

Em qualquer desses cenários, o papel do segurador, seja a empresa seguradora a proteger os negócios privados, seja o *Welfare State* a tutelar os cidadãos em relação às misérias sociais, é o de redistribuir os riscos entre os integrantes do sistema. Assim, enquanto a empresa seguradora vai, a partir do cálculo de probabilidade de sinistro, distribuir o custo das indenizações pelos

todos os indivíduos normais carregam como meio de prosseguir com os assuntos cotidianos," (GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p.43).

⁸⁰ Nesse sentido BAUMAN: "Nenhuma classificação binária pode se sobrepor inteiramente a experiência contínua e essencialmente não discreta da realidade. A oposição, nascida do horror a ambigüidade, torna-se a principal fonte de ambivalência. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 70).

⁸¹ A Lógica Fuzzy foi criada em 1965 por Lofti Asker Zadeh e se baseia na teoria dos Conjuntos Fuzzy. De acordo com a lógica formal aristotélica, uma proposição lógica tem dois extremos: ou "completamente verdadeiro" ou "completamente falso". Com a Lógica Fuzzy, uma premissa varia em grau de verdade de 0 a 1, o que leva a ser parcialmente verdadeira ou parcialmente falsa. (KOSKO, Bart. *Fuzzy Thinking*. New York: Hyperion, 1993, p. 263). A importância da Lógica Fuzzy é encontrada na possibilidade de inferir conclusões a partir de informações vagas, ambíguas e imprecisas, aproximando os sistemas de bases da lógica humana, o que a torna extremamente relevante para as ciências humanas, notadamente a do Direito.

⁸² GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco – Vínculos com o Futuro**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 197: "Nessa situação, portanto, a razão clássica, sustentada pela lógica binária, vai desarmada de encontro ao tempo. Nem a regularidade, nem a calculabilidade podem socorrê-la. A precariedade da razão deve ser assumida como ponto de partida. O risco, dessarte, é uma modalidade secularizada de construção do futuro. Já que a perspectiva de risco torna plausível pontos de vista diferentes da racionalidade, na condição de que estes sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que, haja tempo para efetuar esta revisão, esta perspectiva é típica da sociedade moderna."

⁸³ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 33.

⁸⁴ LASH, Scott. "A Reflexividade e seus duplos: Estrutura, Estética, Comunidade", IN: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 170.

seus clientes, o Estado irá distribuir o custo das prestações sociais pelos contribuintes.⁸⁵

O mesmo fenômeno ocorre em relação aos efeitos colaterais advindos da ambivalência da sociedade de risco, em que uma medida necessária para a coletividade acaba por gerar prejuízos a um determinado grupo.⁸⁶

Se na sociedade industrial a discussão fundamental era como repartir a riqueza, na sociedade de risco o problema passa a ser como evitar, minimizar e repartir os riscos, num mundo onde a figura dos *efeitos secundários*, ocupa lugar de destaque.⁸⁷

Da incessante busca de novos instrumentos de luta contra a ambivalência, surge a necessidade do Estado, na sociedade de risco, não distribuir apenas

⁸⁵ GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole – O que a Globalização Está Fazendo de Nós.** Trad. Maria Luiza Borges. 4. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005 , p.35. "O *welfare state*, cujo desenvolvimento pode ser retraçado até as leis de assistência social elisabetanas na Inglaterra, é essencialmente um sistema de administração de risco. Destina-se a proteger contra os infortúnios que antes eram tratados como desígnio dos deuses – doença, invalidez, perda do emprego e velhice." [...] "Os que fornecem seguro, seja na forma do seguro privado ou dos sistemas estatais de seguridade, essencialmente estão apenas redistribuindo risco."

⁸⁶ BECK, Ulrich. "A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernização Reflexiva". In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich. e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 42: "Na sociedade de risco, as novas vias expressas, instalações de incineração de lixo, indústrias químicas, nucleares ou biotécnicas, e os institutos de pesquisa encontram resistência dos grupos populacionais imediatamente afetados. É isso, e não (como no início da industrialização) o júbilo diante deste progresso, que se torna previsível. Administrações de todos os níveis vêem-se em confronto com o fato de que o que planejam ser um benefício para todos é percebido como uma praga por alguns e sofre a sua oposição. Por isso tanto eles quanto os especialistas em instalações industriais e os institutos de pesquisa perderam sua orientação. Estão convencidos de que elaboraram esses planos "racionalmente", com o máximo do seu conhecimento e de suas habilidades, considerando o "bem público". Nisso, no entanto, eles descuram a ambivalência envolvida. Lutam contra a ambivalência com os velhos meios da não-ambigüidade".

⁸⁷ BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo**. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25-26.

benefícios, mas também os males sociais,⁸⁸ a partir da análise do custo-benefício,⁸⁹ e da negociação entre os integrantes da sociedade,⁹⁰ possibilitada pelo pluralismo de poder,⁹¹ e conduzida com base no princípio da transparência.⁹²

Nesse diapasão, a idéia de segurança jurídica ganha uma nova dimensão, superando o modelo do Estado Liberal, onde representou a proteção do cidadão contra o poder do Estado, com a idéia de *segurança jurídica*, e do Estado Social, em que, na eterna busca da Justiça Social, ganhou a feição de *segurança social*. No Estado Democrático e Social, marcado pela sociedade de risco, a segurança se traduz em *seguro social*.⁹³

Nessa transição, que ainda não restou totalmente concluída nos dias atuais, a idéia de liberdade, que desde a Revolução Francesa se baseia na segurança do indivíduo contra o poder do Estado, ganha uma dimensão plural com a garantia da liberdade em relação ao outro. É por isso que Denninger,⁹⁴ defende a superação do lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, pela tríade Segurança, Diversidade e Solidariedade.

De acordo com essa nova dimensão da segurança, o Estado garante proteção aos cidadãos contra os riscos sociais, a partir de “uma nova comunhão

⁸⁸ GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco – Vínculos com o Futuro**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 198: “O risco é modalidade de distribuição dos *bads* e não dos *goods*. O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitação e não, na certeza das próprias expectativas: por isso, os riscos não podem ser transformados em direito, ainda, que possam ser monetarizados. O risco sobre-carrega o direito: trata-se, no entanto, de estratégias de retardamento do risco, não de estratégias que evitam o risco. O sistema mais diretamente interessado é a economia: isto ocorre seja porque os riscos podem ser monetarizados, seja porque as possibilidades de dúvida são infinitas.”

⁸⁹ SUSTEIN, Cass R. **Risk and Reason – Safety, Law and the Environment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 6.

⁹⁰ BECK, Ulrich. “A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernização Reflexiva”. In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich. e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 43.

⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 60: “Só o pluralismo devolve a responsabilidade moral da ação a seu natural portador: o indivíduo que age.”

⁹² TORRES, Ricardo Lobo. “O Princípio da Transparência no Direito Financeiro”, in **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Vol. VIII, p. 133-156. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 136. “A transparência é o melhor princípio para a superação das ambivalências da Sociedade de Risco. Só quando se desvenda o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e de seus efeitos, é que se supera a insegurança.”

⁹³ Ibidem: “Os riscos e a insegurança da sociedade hodierna não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança social, econômica e ambiental. A solidariedade social e a solidariedade do grupo passam a fundamentar as exações necessárias ao financiamento das garantias da segurança social.”

⁹⁴ DENNINGER, Erhard. “Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.” In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 88, 2003, p. 21-45.

de responsabilidade entre o cidadão e o Estado, ou uma nova comunhão de riscos e chances.”⁹⁵

Por esta perspectiva, a idéia de segurança se desamarra da mordaça individualista liberal, bem como dos excessos sociológicos da jurisprudência dos interesses, para atingir uma dimensão valorativa que vai atuar na legitimação de todos os direitos do cidadão,⁹⁶ não mais como um apanágio da defesa do indivíduo contra um poderoso Estado-Nação, que, cada vez mais, vai perdendo importância como fonte de poder no mundo globalizado, mas sim um mecanismo de garantia aos direitos fundamentais de todos.

Como destaca Perez Luño, nos dias atuais, a segurança dos direitos do cidadão é muito mais ameaçada pela falta de resposta do Estado aos seus misteres sociais do que pela sua hipertrofia, como ocorria antes do advento do Estado Social.⁹⁷ A insegurança social gerada pela ausência de cumprimento das prestações estatais vinculadas ao mínimo existencial é permanente motivo de crise que põe em risco o próprio regime democrático.⁹⁸ Assim, “a liberdade individual só pode ser produto do trabalho coletivo.”⁹⁹

A despeito de toda evolução histórica do pensamento humano nesses dias de modernidade tardia, até hoje os estudiosos do direito, ainda muito influenciados pelo positivismo formalista, têm a tendência de limitar o estudo da segurança aos limites da liberdade individual. Ao ignorar a ambivalência, nossos pensadores acabam por resguardar por excesso o direito à segurança daqueles indivíduos mais fortes, cultural, social e economicamente, em detrimento da maior parcela da população, que acaba por não encontrar defesa contra o aniquilamento dos seus direitos fundamentais.

⁹⁵ SILVA NETO, Francisco e IORIO FILHO, Rafael M. “A Nova Tríade Constitucional de Erhard Denninger”. In: DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas (org.), *Teoria da Mudança Constitucional – Sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 282: “Esta diferença se traduz na figura de um cidadão ativo no processo de decisão política e administrativa e na sua vigilância e responsabilidade na co-participação da efetiva proteção e tutela dos princípios basilares do ordenamento jurídico e dos princípios invioláveis da pessoa.”

⁹⁶ PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 245.

⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. 2.ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 22.

⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente – A Atualidade de Weimar*. São Paulo: Azougue Editorial, 2004, p. 179: “A nova geopolítica monetária e a concentração de decisão sobre investimentos, segundo Fiori, torna a sua capacidade de retaliação econômica o fundamento último da soberania no que diz respeito às políticas econômicas dos Estados periféricos. Isto gera, no médio e no longo prazos, a deslegitimização democrática, o esfacelamento do Estado e formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo. Com a globalização, a instabilidade econômica aumentou e o recurso aos poderes de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser mais utilizado, com a permanência do estado de emergência econômico.”

⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 15.

Nesse particular, pode-se concluir que o equívoco do positivismo é restringir a segurança e o Estado de Direito à legalidade. No entanto, o Estado de Direito não se resume à idéia de legalidade formal, mas uma legalidade que se funde na soberania popular e se dirige à tutela dos direitos fundamentais.¹⁰⁰

Deste modo, a segurança jurídica não pode desprezar a legitimidade das decisões tomadas, que devem ser racionais e aceitáveis pela comunidade dos destinatários da norma.¹⁰¹

No campo da repartição dos encargos tributários, a tendência individualista, baseada no positivismo liberal, é ainda mais acentuada, a partir da mitificação da idéia de *direitos do contribuinte*, como se todas as empresas e pessoas tivessem sempre interesses coincidentes. A ilusão se completa com a difusão do mito de que os interesses de todos os contribuintes se contrapõem ao Estado, opressor da liberdade individual.

A falta de consciência da *ambivalência fiscal*, característica à lei tributária, faz com que o direito tributário seja até hoje marcado, notadamente no Brasil, onde ainda predomina o positivismo formalista, pela crença de que a segurança jurídica se resume, exclusivamente, à proteção do contribuinte contra o exercício do poder de tributar do Estado.

3. DIREITOS DOS CONTRIBUINTES, AMBIVALENCIA FISCAL E LEGALIDADE

Tendo a tributação moderna surgido da luta dos contribuintes contra o abuso na imposição tributária pelo rei, o mito da segurança repousa na limitação do poder de tributar do soberano, que não era eleito pelo povo. Essa necessidade de uma norma aprovada pelo parlamento como pressuposto da exigência tributária sempre se justificou na prévia autorização pelos representantes eleitos por aqueles que suportariam o peso fiscal. É dessa aprovação legislativa que surge a concepção de autoconsentimento da tributação, que fundamenta o princípio da legalidade tributária.

Porém, não se pode perder de vista que, modernamente, no Estado Democrático e Social de Direito, os governos, a quem cabe exigir os tributos, são também exercidos por representantes eleitos diretamente pelo povo. Portanto,

¹⁰⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. 2.ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 79-80: "La aplicación taxativa de leyes que consagran cualquier tipo de discriminación (racial, ideológica, sexual, económica ...), o que proscriben el ejercicio de las libertades políticas o sindicales no puede suponer ninguna garantía de seguridad jurídica. La seguridad empírica de un atentado legal a los valores y derechos humanos entraña la seguridad de una iniquidad; es decir, la seguridad fáctica de una inseguridad jurídica."

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 246.

estamos num cenário bem distinto daquele contexto histórico em que se produziram as aspirações iluministas que fortaleceram o anseio de que só os representantes do povo, reunidos no parlamento, poderiam criar obrigações, e de que o poder executivo seria um mero executor das políticas por eles definidas.¹⁰²

Em conseqüência, nesse novo contexto que ora se mostra presente, o princípio da legalidade não guarda mais fundamento no autoconsentimento, mas da autonormatização.¹⁰³ Ao contrário, passou a ter, como afirma Pérez Royo,¹⁰⁴ um viés plural, como meio de garantir a democracia no procedimento de imposição das normas de repartição tributária, bem como a igualdade de tratamento entre os cidadãos.

Essa legalidade baseada no pluralismo político extraído de um parlamento onde estejam presentes representantes de todos os segmentos da sociedade, e onde os movimentos sociais e econômicos tenham amplo espaço de atuação,¹⁰⁵ é a principal arma de combate a uma visão unívoca da realidade e negadora da ambivalência no âmbito fiscal, representada pela fixação das regras tributárias por aquele poder encarregado de arrecadar e dar destino às receitas públicas.¹⁰⁶

Deste modo, a legalidade tributária no Estado Democrático e Social de Direito é marcada pela definição, num ambiente de pluralismo político, de um critério de divisão dos encargos e benefícios sociais, a partir da composição dos interesses dos mais variados segmentos do corpo social, e de acordo com a justiça fiscal, representada pela capacidade contributiva dos cidadãos, e com a prevenção dos riscos sociais.

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo", *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro* 53, 2000, p. 42.

¹⁰³ CASAS, José Osvaldo. *Derechos y Garantías Constitucionales Del Contribuyente – A Partir del Principio de Reserva de Ley Tributaria*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 320.

¹⁰⁴ PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho Financiero y Tributario – Parte General*. 10.ed. Madrid, 2000, p. 42.

¹⁰⁵ A participação das organizações não-governamentais e das entidades representativas dos segmentos econômicos e sociais na discussão pelo Congresso Nacional das leis tributárias, de que o movimento pela Medida Provisória nº232/04, que elevou a tributação das prestadoras de serviços, constitui alvíssareiro exemplo que, se ainda não reproduz o ambiente de Estado de Negociação de que fala Ulrich Beck, ao menos nos permite vislumbrar o surgimento do espírito de mesa-redonda, a que alude o sociólogo alemão. (BECK, Ulrich. "A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernização Reflexiva". In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich. e LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997, p. 41).

¹⁰⁶ GARCIA NOVOA, César. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 28. Dentro dessa ordem de idéias, é lamentável que a maioria das leis tributárias brasileiras seja originada de medidas provisórias gestadas no âmbito da Secretaria da Receita Federal, órgão encarregado de arrecadar e fiscalizar os tributos federais, sem qualquer discussão com a sociedade ou com o Congresso Nacional.

Nesse cenário em que as despesas estatais são custeadas por receitas públicas, em especial os tributos, que por sua vez têm de ser, no Estado capitalista, inexoravelmente suportados pela sociedade, a questão passa a ser quem vai pagar, e quanto cada um vai pagar. Assim, a concessão de um benefício fiscal para um determinado grupo de contribuintes vai representar um aumento de ônus para aqueles que não foram beneficiados pela medida, pois se a despesa pública não é diminuída pela desoneração fiscal, o Estado vai ter que escolher entre dois caminhos: buscar o aumento de receita em outro segmento, ou frustrar prestações estatais que provavelmente terão como beneficiárias outras pessoas.

Por outro lado, como o peso dos tributos tem uma imensa significação no preço dos bens e serviços oferecidos na economia, o afastamento do pagamento de uma exação em relação a um integrante de determinado setor econômico, seja por meio do planejamento fiscal, de decisão judicial, ou da simples sonegação, terá como consequência a redução significativa do seu preço em detrimento dos seus concorrentes, que certamente perderão parcelas significativas de mercado ou até mesmo desaparecerão.

Essas situações bastante corriqueiras em nossa realidade, mostram que o interesse de um contribuinte passa a ser distinto do interesse do outro, cabendo ao Estado arrecadar de todos eles, na forma definida na lei, que se pressupõe uma representação de consenso entre os mais variados segmentos sociais e econômicos.

Logo, não há mais como crer no mito de que existe um *direito do contribuinte* em contraposição ao interesse do Estado, pois a grande questão do direito tributário não é mais a relação vertical entre fisco-contribuinte, mas uma relação horizontal entre os vários contribuintes de uma mesma sociedade. Na verdade, a lei fiscal apresenta uma natural ambivalência encontrada nos efeitos colaterais que uma medida positiva para determinados contribuintes, representará ao direito de outros contribuintes.

Por essa razão, a segurança jurídica do contribuinte ganha uma dimensão plural, baseada na aferição da adequação dos critérios legislativos à justiça fiscal e à repartição dos riscos e custos sociais. Em consequência, isonomia e capacidade contributiva não mais se contrapõem à legalidade, que deve asse-

gurar o cumprimento da divisão dos encargos fiscais pelo critério legal definido de acordo com o pluralismo político com a participação decisiva da opinião pública e dos meios de comunicação¹⁰⁷ e com a razão comunicativa.¹⁰⁸

Em conseqüência, a segurança jurídica mais não legitima um regime legal que dê proteção máxima para que um contribuinte, na defesa do seu interesse econômico, consiga se desoneras do cumprimento da norma tributária, a partir de sua menor ou maior astúcia na manipulação das formas jurídicas, caso esta atitude se dê em detrimento dos outros indivíduos.¹⁰⁹

Essa nova legalidade vai buscar uma regra de tributação clara e transparente, obtida numa arena marcada pelo pluralismo político e influenciada pela razão comunicativa, a partir de uma solução compromissória entre os destinatários os vários segmentos de contribuintes. Para tanto, essa regra deverá ser capaz de se sobrepor aos interesses dos grandes contribuintes, dotados de sofisticados estratagemas para o afastamento dos tributos, a fim de garantir o triunfo da política sobre o domínio exclusivo da economia.

Nesse ambiente, o direito tributário se aproxima da moral e da ética, seja em relação às práticas do Estado, legislador e administrador, ou do contribuinte.¹¹⁰

¹⁰⁷ CASÁS, José Osvaldo. **Derechos y Garantías Constitucionales Del Contribuyente – A Partir del Principio de Reserva de Ley Tributaria**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, 317.

¹⁰⁸ A razão comunicativa, segundo Habermas, se traduz na capacidade humana dirigida ao entendimento, em oposição à ação instrumental, dirigida à obtenção de objetivos. Deste modo, a pretensão de verdade do proponente deve ser defensável a partir de argumentos que possam superar as objeções de possíveis oponentes, e, ao final, contar com a aprovação de um acordo racional da comunidade. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Vaidade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, p. 32).

¹⁰⁹ Como afirma BECK: “Empresas transnacionais superam a si próprias com taxas recordes de lucratividade B e de corte expressivo de postos de trabalho. Em seus balanços anuais os conselhos das empresas apresentam uma sucessão de lucros astronômicos enquanto os políticos, que devem justificar o escândalo do desemprego, voltam à carga com novos aumentos de impostos na esperança quase sempre vã de que, da riqueza dos mais ricos, caiam dos céus alguns postos de trabalho. Cresce, por conseqüência, a intensidade do conflito – inclusive dentro do campo econômico – entre contribuintes virtuais e contribuintes reais. Ao passo que as empresas transnacionais escapam dos impostos do Estado nacional, as pequenas e médias empresas, responsáveis pela maior parte da oferta de postos de trabalho, sangram nas mãos dos novos entraves da burocracia fiscal. O humor negro da história entra em cena: são justamente os perdedores da globalização que deverão pagar tudo, o Estado Social e o funcionamento democrático, enquanto os vencedores seguem em busca de lucros astronômicos e se esquivam de suas responsabilidades para com a democracia do futuro. (BECK, Ulrich. **O que é Globalização? - Equívocos do Globalismo, Reposta à Globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46).

¹¹⁰ TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes**, Trad. Pedro Herrera Molina. Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 25.

Nesse novo panorama, a legalidade tributária passa a significar, como assinala Tipke,¹¹¹ a segurança diante da arbitrariedade da falta de regras, uma vez que a segurança jurídica é a segurança da regra. A certeza na aplicação da norma tributária para todos os seus destinatários é que garante o império da lei.¹¹²

A despeito da aceitação cada vez maior que essas idéias obtêm em todo o mundo, no Brasil, a segurança jurídica ainda padece de uma coloração individualista, contemporânea do Estado liberal do século XIX, o que, de certa forma, pode ser explicado pelo grande desenvolvimento do direito tributário pátrio no período da ditadura militar (1964-1985). De fato, a luta contra a ditadura militar reproduziu um ambiente político propício ao fortalecimento da legalidade, a exemplo do que se deu nas lutas dos burgueses e suas idéias iluministas contra o arbítrio do rei. Dentro desse contexto, se explica o aferramento à legalidade como única forma de defesa contra o autoritarismo dos generais-presidentes. Mas com a redemocratização do país, o charme democrático iluminista se dissolve, revelando todo o anacronismo formalista desse pensamento.¹¹³

Deve ser afastada também uma idéia muito difundida no Brasil, de que em razão da nossa tradição fundada no sistema da *civil law*, o valor da segurança jurídica deve preponderar sobre os demais, pois a garantia da sua realização é a sua conexão com os demais valores e princípios do nosso ordenamento.¹¹⁴

Além da evidente inexistência de relação entre a evolução histórica do nosso direito, a partir da tradição européia continental, e a supremacia da segurança jurídica sobre os demais valores, destaque-se que a incorreção dessa associação de idéias também é revelada pelos compromissos assumidos pela Constituição de 1988 com uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e o combate aos desequilíbrios sociais. Ora, se nem as nações que apresentam uma distribuição social mais justa se dão ao luxo de privilegiar a

¹¹¹ "Rechtsetzung durch Steuergerichte und Steuerverwaltungsbehörden?" *Steuer und Wirtschaft* 58 (3): 194, 1981, apud TORRES, Ricardo Lobo ("Legalidade Tributária e Riscos Sociais". *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro* 53: 178-198, 2000, p. 179).

¹¹² RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29.

¹¹³ Ibidem. No mesmo sentido, DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente – Proporcionalidade, Tipicidade Aberta e Afetação de Receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 92. Exemplo típico dessa tendência formalista, que possuía um fundamento democrático durante o regime militar é a obra de Geraldo Ataliba (*República e Constituição*. 2. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004). No entanto, se o formalismo de Ataliba guardava grande compromisso com o Estado de Direito, a defesa de suas idéias hoje, parece fora de contexto histórico.

¹¹⁴ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La Seguridad Jurídica ante la Abundancia de Normas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 38.

segurança em detrimento da justiça, esta opção pelo Brasil, se traduziria no abandono dos objetivos do constituinte com a exacerbação da desigualdade.

A consagração da teoria da tipicidade fechada na doutrina brasileira representou o triunfo de uma peculiar opção, fora do contexto histórico mundial e sem paralelo em outros ramos do direito pátrio, da segurança jurídica como valor absoluto e insusceptível de ponderação com qualquer outro.¹¹⁵

Ao contrário do que parece acreditar a nossa doutrina formalista, a adoção do princípio da legalidade tributária pela nossa Constituição Federal, longe de representar uma peculiaridade nacional, brota como fruto da evolução da ciência do direito em todo o globo.¹¹⁶ Logo, parece óbvio, que a consagração do princípio da legalidade tributária não é desprestigiada pela superação das teorias ligadas ao positivismo formalista que recomendam a vinculação absoluta do aplicador do direito à norma.

Na verdade, a maior prova de que essa tão propalada *legalidade tributária cerrada* não deriva da Constituição brasileira é o exame dos textos constitucionais dos países que adotam outros paradigmas na interpretação da lei tributária. Tais constituições, a exemplo da nossa, também consagram o princípio da reserva legal. O que diferencia a Constituição Brasileira de 1988 dos textos constitucionais supracitados é uma minuciosa repartição de competências entre os entes federativos, traço que se prende muito mais à preservação das autonomias dos entes periféricos em face do poder central do que um reforço da segurança do contribuinte quando da aplicação e interpretação da lei baseada nessa competência constitucional, como nos revela o modelo federal alemão.

Assim, buscar na repartição constitucional das competências tributárias o arcabouço constitucional para uma tipicidade fechada é extrair da Constituição uma sistemática que, não só nela não é prevista, como contraria toda a pauta valorativa por ela consagrada.

Como se vê, a Constituição brasileira, no que tange a consagração do princípio da legalidade tributária, não apresenta qualquer peculiaridade em

¹¹⁵ Observe-se que os próprios seguidores da doutrina formalista reconhecem o caráter peculiar dessa opção no panorama do direito comparado. Por todos, vide COELHO, Sacha Calmon Navarro (*O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 335) e MARTINS, Ives Gandra da Silva (“Direitos Fundamentais do Contribuinte”. In Martins, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamentais do Contribuinte. Pesquisas Tributárias* - Nova Série - nº 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 45-81, 2000, p. 77 e 79) que justifica a necessidade do contribuinte brasileiro ter maior proteção do que é conferido em outros países, em virtude da ganância do Estado brasileiro, e do subdesenvolvimento das instituições nacionais, despreparadas para a utilização de mecanismos de combate à elisão adotados alhures, numa apreciação que obviamente extrapola os limites da ciência do Direito.

¹¹⁶ Vide UCKMAR, Vitor (*Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 24), onde o autor revela que o princípio da legalidade tributária é adotado em todos os constituições vigentes, exceto, à época, na da ex-URSS, e reproduz, inclusive, o dispositivo constitucional de diversos países.

relação ao direito comparado. O que há de diferente em nosso país, é uma criação doutrinária sem lastro constitucional e em desacordo com os valores e princípios mais caros ao nosso ordenamento. Como bem observado por Ricardo Lodo Torres,¹¹⁷ a utilização das expressões *tipicidade “fechada”*, *legalidade “estrita”*, e *reserva “absoluta” de lei*, não derivam da nossa Constituição, mas de construção de nossa doutrina, embalada por razões mais ideológicas que científicas.

É curioso observar que mesmo entre os setores médios que não se beneficiam dos efeitos dessa opção pela acumulação de patrimônio, a idéia da supersegurança jurídica encontra-se bem disseminada, já que essa *sobrecarga de segurança* oferece conforto à ansiedade provocada pela incerteza, sem, no entanto atacar suas causas.¹¹⁸

4. CONCLUSÃO: A SEGURANÇA JURÍDICA PLURAL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Cumpre enfatizar que, despeito da eterna busca pela segurança, a incerteza causada pelos riscos sociais não se combate pela ilusão de que a norma irá prever todas as possibilidades que o mundo real pode oferecer. Muito ao contrário. A segurança jurídica não se revela pelo fechamento da linguagem do legislador, com a utilização de tipos fechados ou conceitos classificatórios, que, se já não se mostravam remédios adequados à primeira modernidade, hoje se revelam absolutamente incompatíveis com a variedade e imprevisibilidade dos perigos, que caracterizam a ambivalência da sociedade de risco.

A insegurança gerada pela *ambivalência fiscal* se combate com um conjunto de regras jurídicas extraídas de soluções dialogais, e que sejam capazes de preservar os direitos fundamentais de todos os contribuintes.

No campo fiscal, a *segurança jurídica plural* visa a consolidar um sistema baseado na transparência, que seja apto a dar resposta aos anseios de toda a sociedade, e não de uma pequena parcela que tem acesso à justiça e ao planejamento fiscal.

¹¹⁷ “Direitos Fundamentais do Contribuinte”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Fundamentais do Contribuinte. Pesquisas Tributárias - Nova Série – nº 6.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 167-186, 2000, p. 185.

¹¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política.** Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 56.

Como consequência desse novo panorama, a transparência fiscal exige medidas legislativas de combate a evasão e elisão fiscal, como as Leis Complementares nº 104, que introduziu a cláusula geral antielisiva,¹¹⁹ e nº 105, que flexibilizou o sigilo bancário em relação à fazenda pública.

A transparência fiscal exige do fisco, por sua vez, medidas moralizadoras de combate à corrupção, de simplificação da arrecadação tributária e de impessoalidade na fiscalização, o que ainda demanda muitos avanços legislativos em nosso país. Aliás, a única forma, que possa ir além da abstração da norma, de conferir efetividade à isonomia e capacidade contributiva, é uma administração tributária eficiente e que trate a todos da mesma forma.

Por outro lado, os riscos da bancarrota do Estado e do desequilíbrio concorrencial entre os agentes econômicos de um mesmo mercado, são combatidos por uma administração eficiente e por uma legislação que dificulte as iniciativas elisivas por meio da elaboração de regras de incidência que evitem o detalhamento desnecessário aos objetivos fiscais e extrafiscais da tributação, que só se prestam à fuga da incidência.¹²⁰

Nesse sentido, abandonada ilusão acalentada pelo positivismo formalista, a norma tributária poderá lançar mão de *tipos*, que por natureza são necessariamente abertos, e *conceitos indeterminados*.¹²¹ Nestes, a lei não abre espaço para uma escolha subjetiva do aplicador, muito embora careçam sempre de um preenchimento valorativo. Não é que exista uma única solução legal,¹²² mas nos conceitos indeterminados há, como explica Engisch, uma valoração objetiva, a partir das concepções dominantes no corpo social.

No entanto, em nome da legalidade tributária baseada no pluralismo político, não poderá o legislador tributário utilizar-se de *conceitos discricionários*, em que o legislador atribua ao administrador a possibilidade de escolher entre os vários caminhos a seguir, a partir de uma valoração subjetiva do aplicador do direito, de acordo com suas convicções pessoais. A discricionariedade confere à autoridade administrativa o poder de determinar por ela própria, de acordo com o seu modo de pensar, o fim próprio de sua atuação,¹²³ o que se mostra incompatível com o princípio da reserva legal tributária.

¹¹⁹Sobre o tema, vide RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹²⁰COSTA, Valdés. *Instituciones de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 127.

¹²¹RIBEIRO, Ricardo Lodi. "Legalidade Tributária, Tipicidade Aberta, Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais". *Revista de Direito Administrativo* 229: 313-333, 2002.

¹²²No sentido do texto, recusando a possibilidade de uma única solução legal, vide ANDRADE, José Vieira de (O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos, Coimbra: Almedina, 1992, p. 367). Contra: GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. 10.ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 460), defendendo a inexistência de uma pluralidade de soluções justas em cada caso.

¹²³ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.216.

Na sociedade de risco aumenta a demanda por mecanismos tributários que, abandonando o clássico modelo baseado exclusivamente no fato gerador e na capacidade contributiva, como manifestação de riqueza já conhecida (olhar voltado para o passado), sejam capazes de prevenir e atenuar os riscos futuros. Nesse diapasão, a utilização pela lei de conceitos indeterminados e de tipos abertos à complementação administrativa passa a ter uma relevância ainda maior, a fim de imputar o ônus fiscal ao agente causador do risco.

Nesse Estado de Segurança Social, aqueles que causam os riscos são chamados ao pagamento do tributo, como no SAT — Seguro de Acidentes do Trabalho, ou na tributação ambiental. No primeiro, instituído pelo art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, alterada pela Lei nº 9.528/97, a empresa paga um percentual que varia de 1 a 3% sobre a sua folha de salários de acordo com o grau de risco que a sua atividade preponderante gera à saúde de seus empregados.¹²⁴

Na tributação ambiental a incidência se deita sobre o poluidor-pagador ou sobre o consumidor pagador, que pelas suas atividades contribuem para o agravamento do risco ambiental, sendo chamados ao pagamento de tributos. No Brasil, tivemos a instituição da Taxa de Fiscalização Ambiental do IBAMA (TFA) pela Lei nº 9.969/00, declarada constitucional pelo STF,¹²⁵ e depois substituída pela Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), instituída pela Lei nº 10.165/00.

Por sua vez, as agências reguladoras responsáveis pela fiscalização de atividades desenvolvidas por concessionárias de serviços públicos, em sua missão de combate aos riscos da prestação em desacordo com os interesses da sociedade, estão autorizadas a cobras exações, que, longe de se basear nos tradicionais parâmetros fundados na capacidade contributiva, se caracterizam pela destinação do produto da arrecadação às entidades que fiscalizam as empresas que, desenvolvendo a atividade regulada, provocam o risco acautelado pelo ordenamento.¹²⁶

Até mesmo as contribuições da seguridade social previstas pela Constituição Federal de 1988 não deixam de ser um exemplo de tributos baseados na destinação à cobertura dos riscos sociais, não se fundamentando nos modelos tradicionais dos impostos e das taxas. Infelizmente, o agigantamento dessas

¹²⁴ Note-se que com a decisão do STF que considera constitucional a tipificação administrativa das atividades que causam maior risco à saúde do trabalhador, a jurisprudência da Corte Maior rompe com a tese da tipicidade fechada. (STF, Pleno, RE 343.446-SC, Rel. Min. Carlos Veloso, transrito no Informativo STF nº 302). Muito embora o relator tenha fundamentado sua decisão em uma delegação legislativa imprópria, nos parece que, o que ocorreu na verdade, foi a abertura da lei à tipificação administrativa.

¹²⁵ STF, Pleno, ADIN 2.178, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12/05/00.

¹²⁶ É o caso da Taxa de Saúde Suplementar, exigida pela Agência Nacional de Saúde, de acordo com a Lei nº 9.961/00.

figuras tributárias acabou por transformá-las em impostos com destinação específica, desnaturando completamente a sua finalidade.¹²⁷

Por outro lado, o caráter ambivalente da norma tributária abre caminho para a discussão horizontal da legitimidade das normas de incidência e desoneração tributárias, com a possibilidade de um contribuinte discutir judicialmente a imposição tributária de outro, seja por meio do instituto da ação popular, na defesa do patrimônio público onerado por uma medida ilegítima à luz da isonomia, seja por meio da intervenção processual em processo onde seja discutida a legitimidade de um tributo de um integrante de um mesmo segmento econômico. Nesse último caso, o reconhecimento da ambivalência fiscal promove a superação das distinções entre interesse jurídico e econômico como requisito da assistência processual.¹²⁸

Por último, não é demais observar que a mudança do paradigma liberal de segurança jurídica individual para o modelo de segurança plural da sociedade de risco recomenda a releitura de todos os institutos jurídicos baseados na antiga visão, o que decerto extrapola os limites desse trabalho. Porém, é forçoso reconhecer que, diante do novo quadro, se intensificam as discussões sobre o caráter absoluto da coisa julgada¹²⁹ e do direito adquirido,¹³⁰ bem como se redesenha o princípio da proteção à confiança legítima,¹³¹ em função do ato jurídico perfeito e da mudança dos critérios jurídicos do lançamento.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica — A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

¹²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. "Legalidade Tributária e Riscos Sociais". **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro** 53: 178-198, 2000, p. 188.

¹²⁸ De certa forma, a previsão pelo art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 do instituto do *amicus curiae*, democratiza a participação social nas discussões do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado da constitucionalidade da lei, o que pode constituir o início de uma intensa atividade social, à luz da ambivalência fiscal, de controle das normas tributárias.

¹²⁹ PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social**. Artigo publicado no site Mundo Jurídico em 01/02/05. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 10 de maio de 2005.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br. Acesso em 05 de maio de 2005.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos**, Coimbra: Almedina, 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo". **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, 53, 2000.

AUER, Andréas. "O Princípio da Legalidade Como Norma, Como Ficção e Como Ideologia", In: HESPAÑHA, Antônio. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br. Acesso em 05 de maio de 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. "Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?" In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. **O que é Globalização? — Equívocos do Globalismo, Reposta à Globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. "A Reinvenção da Política: Rumo a Uma Teoria da Modernidade Reflexiva. " In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. **La Sociedad Del Riesgo**. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente — A Atualidade de Weimar**. São Paulo: Azougue Editorial, 2004.

CASÁS, José Osvaldo. **Derechos y Garantías Constitucionales Del Contribuyente — A Partir del Principio de Reserva de Ley Tributaria**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

CASTELLS, Manuel. **Fim de Milênio**. Trad. Klauss Gerhardt e Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra. 7. ed., 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CONSTANT, Benjamim. "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos". In: **Filosofia Política 2**. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985.

COSTA, Valdés. **Instituciones de Derecho Tributário**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

DENNINGER, Erhard. "Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade". **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 88, 2003, p. 21-45.

DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas (org.), **Teoria da Mudança Constitucional — Sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Nobert. **Os Alemães — A Luta pelo Poder e a Evolução do Habitus nos Séculos XIX e XX**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, **Justicia y Seguridad Jurídica en um Mundo de Leyes Desbocadas**. Madrid: Civitas, 1999.

_____. ; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I. 10.ed. Madrid: Civitas, 2000.

GARCIA NOVOA, César. **El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria**. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. João Baptista Machado. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. **Mundo em Descontrole — O que a Globalização Está Fazendo de Nós**. Trad. Maria Luiza Borges. 4. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

_____. "Risco, Confiança, Reflexidade". In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco** — Vínculos com o Futuro. Vários tradutores. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** — Entre Facticidade e Validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou A Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. Regina D'Angina. 2.ed., São Paulo: Ícone, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSKO, Bart. **Fuzzy Thinking**. New York: Hyperion, 1993.

LARENZ. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASH, Scott. "A Reflexividade e seus duplos: Estrutura, Estética, Comunidade", In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. 2. reimpressão. São Paulo: UNESP, 1997.

LEHNER, Moris. "Considerações Econômicas e Tributação conforme a Capacidade Contributiva. Sobre a possibilidade de Uma Interpretação Teleológica de Normas com Finalidades Arrecadatórias". In: SCHOUERI, Luiz Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). **Direito Tributário**. Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão** — Uma Visão Sobre o Direito Natural. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Coleção Os Pensadores, Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, "Direitos Fundamentais do Contribuinte". In Martins. Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Fundamentais do Contribuinte**. Pesquisas Tributárias — Nova Série — nº 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 45-81, 2000.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Moscou: Edições Progresso, 1987.

MASI, Domenico de. **A Sociedade Pós-Industrial**. Vários Tradutores. 4. ed , São Paulo: Senac, 2003.

MILL, Stuart. **A Liberdade do Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1982.
- NOVELLI, Flávio Bauer. "Segurança dos Direitos Individuais e Tributação". **Revista de Direito Tributário**, 25-26, p. 159-175., 1983.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente** — Proporcionalidade, Tipicidade Aberta e Afetação de Receita. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales** — Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupe. São Paulo: Martins Fontes: 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La Seguridad Jurídica**. 2.ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- PÉREZ ROYO, Fernando. **Derecho Financiero y Tributario** — Parte General. 10.ed. Madrid, 2000.
- PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, Interpretação e Elisão Tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. "Legalidade Tributária, Tipicidade Aberta, Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais". **Revista de Direito Administrativo** 229: 313-333, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. **Mundo Jurídico**, 1º fev. 2005. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 10 de maio de 2005.
- _____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 3. reimpressão da 1. ed, 2001.
- SEBOK, Anthony J., **Legal Positivism in American Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge Univertisy Press, 1998.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Motta. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUSTEIN, Cass R. **Risk and Reason — Safety, Law and the Environment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

TAYLOR, Charles. "La Política de Reconocimiento". In: **El Multiculturalismo y la Política de Reconocimiento**. Trad. Mónica Utrills de Neira. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

TIPKE, Klaus. Moral **Tributaria del Estado y de los Contribuyentes**. Trad. Pedro Herrera Molina. Barcelona: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. "Legalidade Tributária e Riscos Sociais". **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, 53: 178-198, 2000

_____. "O Princípio da Transparência no Direito Financeiro". **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Vol. VIII, p. 133-156. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

UCKMAR, Vitor. **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofia Del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 189.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça — Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Somões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

* Recebido em 03 fev. 2015.



A UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

*Rodrigo Augusto Lazzari Lahooz**

*Francisco Carlos Duarte***

Resumo

A partir de uma análise da disciplina legal do serviço público de saneamento básico – através da Constituição Federal e da Lei n. 11.445/2007 –, do princípio da universalidade dos serviços públicos (considerando a modicidade tarifária e os custos para implementação da estrutura necessária) e de sua oferta à população no Brasil, entende-se que referido serviço ainda não é oferecido a todas as pessoas e seu principal marco regulatório ainda é muito recente. Tendo em vista as características do saneamento básico como o tratamento de água potável, esgotamento sanitário e destinação final de resíduos sólidos, considera-se que ele é de extrema importância para evitar danos ambientais e não prejudicar a saúde das pessoas. Somente a partir de sua universalização é que o direito fundamental à saúde poderá ser efetivado.

Palavras-chave

Desenvolvimento, direitos sociais, saneamento básico, infraestrutura, saúde.

PUBLIC SANITATION SERVICE'S UNIVERSALIZATION AND EFFECTIVENESS OF RIGHT TO HEALTH

Abstract

Through an analysis of public sanitation service legislation – Brazilian Constitution and Law 11.445/2007 –, public service universality standard (considering low tariff and structure implementation's costs) and its offers to Brazil's population, it's understand that many people don't have access to it, and its main regulatory mark is still very recent. From public sanitation main characteristics such as drinkable water treatment, sewer sanitation and waste final's destination, it's considered to be extremely important to prevent environmental damages and don't prejudice people's health, which means that only through its universalization that right to health could be effective.

* Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Advogado.

** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

Keywords

Development, social rights, public sanitation, infrastructure, health.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente muito se debate no Brasil acerca de obras desnecessárias feitas pelo Poder Público para atender interesses que seriam privados – como é o caso das competições esportivas – e de políticas para a consagração de direitos sociais fundamentais como a saúde, com o “Programa Mais Médicos” que visa disponibilizar profissionais da medicina em todas as áreas do país, e a educação a partir da utilização de cotas em universidades públicas e sistemas de financiamento para estudantes da rede particular.

De fundo, o que se discute são os gastos do Estado com finalidades que não seriam de interesse público quando existem outras prioridades – como, por exemplo, segurança, educação e saúde – e o acesso de toda a população à serviços públicos tidos como essenciais pela sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e que, por uma razão ou outra, não são devidamente ofertados.

A imperatividade de a Administração Pública ofertar a todos o acesso a bens essenciais é decorrente do princípio da universalidade dos serviços públicos, segundo o qual em sua prestação o Poder Público deverá disponibilizá-lo à população sem fazer qualquer distinção entre as pessoas.

Nesse sentido, as recentes manifestações populares demonstram que ainda existem serviços que o povo sequer tem acesso ou tem de modo precário, não consagrando os direitos fundamentais envolvidos. Muito se fala no direito à saúde, notadamente a partir da necessidade que a população tem deendimento médico direto e de estrutura em hospitais e demais estabelecimentos públicos de saúde; pouco se aborda, entretanto, acerca da universalização de um serviço público de suma importância para a população e que possui relação intrínseca com a saúde, qual seja, o saneamento básico.

A água é tão importante à vida como o ar que respiramos. O corpo humano é formado predominantemente de água, sendo, portanto, o principal alimento celular. Isso significa que devemos ingerir água de qualidade para manter o organismo saudável.

2. O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

O estudo do serviço público de saneamento básico ainda é recente, muito em razão de a Lei n° 11.445/2007, principal marco regulatório do saneamento básico, ter apenas sete anos de existência e somente no início do ano passado o Supremo Tribunal Federal ter definido a competência partilhada

entre Estado e municípios. No entendimento de Luiz Henrique Antunes ALOCHIO (2011, p. 18) “falar em Direito do Saneamento ou Direito dos Resíduos no Brasil é ainda algo de muito estranho” e muitas questões ainda são debatidas, como o procedimento dessa partilha acerca da competência para prestação, as formas de prestação (concessão e delegação a particulares, consórcios públicos, convênios de cooperação entre entes federativos e parcerias público-privadas), a sua regulação e a participação social na elaboração de políticas de saneamento básico. Ainda mais recentemente foram editados outros dispositivos normativos importantes para a compreensão do tema, como o Decreto nº 7.217/2010, que regulamentou a Lei nº 11.445/2007, e a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A Constituição Federal de 1988, como evidência da perda de importância do saneamento básico, menciona-o apenas três vezes: i) quando determina a competência da União para estabelecer diretrizes para o saneamento básico (artigo 22, inciso XX); ii) para afirmar a competência comum de todos os entes federativos na promoção de programas de melhoria das condições de saneamento básico (artigo 23, inciso IX); e iii) ao estabelecer a participação do Sistema Único de Saúde na formulação da política e da execução de ações de saneamento básico (artigo 200, inciso IV).

Carlos Pinto Coelho Motta anotou que “faltava, no setor de saneamento básico, uma norma federal transitiva direta que viesse ordenar, sistematizar e efetivar a universalização do acesso a tais serviços e fruições.” (MOTTA, 2009, p.109) Afinal, as diretrizes traçadas pela lei em comento:

são apresentadas como conteúdos ou critérios normativos orientadores ou diretores da formulação e da implementação de ações públicas ou privadas com vistas à concretização de determinados resultados ou objetivos. São fixadas tanto para orientar a elaboração de planos quanto para serem aplicadas em sua implementação. Um conjunto de diretrizes, prioridades e objetivos públicos orientadores da ação pública a serem implementados num processo coordenado pelo governo, desdobrados ou não em programas dotados de recursos financeiros e prazos, conforme cronograma de financiamento e ou de execução, pode compor o que se costuma chamar de política pública. (LOMAR, p.7, 2007)

Além de estabelecer as diretrizes e o conceito de saneamento básico (abordado no tópico anterior), a Lei nº 11.445/2007 é importante por definir a adoção de subsídios tarifários para usuários que não tenham capacidade de pagamento ou condições para cobrir o custo integral do serviço e a autonomia e independência das entidades reguladoras do setor. Além disso, apresenta princípios inerentes ao serviço público de saneamento básico, tais como: (i) universalização do acesso (inciso I); (ii) integralidade do serviço (inciso II); (iii)

adequação à saúde pública, ao meio ambiente, à segurança da vida e do patrimônio público e privado (incisos III e IV); (iv) adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades local e regional (inciso V); (v) articulação com políticas de desenvolvimento urbano e regional voltadas para a melhoria da qualidade de vida (inciso VI); (vi) eficiência e sustentabilidade econômica (inciso VII); (vii) utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários (inciso VIII); (viii) transparéncia das ações (inciso IX); (ix) controle social (inciso X); (x) segurança, qualidade e regularidade; e (xi) integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

Em que pese a Lei nº 11.445/2007 seja recente, não há um prazo para que seus ditames sejam implementados. É o caso da celebração de novos contratos e da liberação de recursos públicos para investimentos que estão condicionados a um plano de saneamento básico a ser elaborado, sem um prazo estipulado para que isso ocorra, assim como a questão da instituição de uma agência reguladora (DEMOLINER, 2008).

No que diz respeito ao conceito de saneamento básico, a Lei nº 11.445/07, em seu artigo 3º, inciso I, define que ele compreende o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos¹ e a drenagem e o manejo das águas pluviais urbanas. Em outras palavras, trata-se do ciclo da água, desde a sua captação, passando por seu tratamento e distribuição à população e encerrando-se no consumo final, que engloba o esgotamento sanitário – a coleta e tratamento nas estações de esgoto – além da coleta de lixo, drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

Nessa senda, é necessária uma visão multidisciplinar para compreender o ciclo da água, desde a sua captação até a disponibilidade à população, passando pela sua coleta e tratamento, tendo o seguinte fundamento conceitual, segundo Marcelo FIGUEIREDO (2004):

- a) A captação de recursos hídricos;
- b) O tratamento da água;
- c) A adução e sua reservação;
- d) A sua distribuição;
- e) A coleta;
- f) O tratamento do esgoto;
- g) O reuso da água;

¹ Ressalta-se que o gerenciamento dos resíduos sólidos é regulado pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

h) O seu aproveitamento.

Ariovaldo NU VOLARI (2013) aponta o saneamento básico como o conjunto de soluções relativas a abastecimento de água, disposição do esgoto sanitário e dos resíduos sólidos gerados, entendendo que o termo adequado e mais amplo é “saneamento ambiental”, compreendido como um conjunto de ações para preservar o meio ambiente e melhorar a saúde e a qualidade de vida da população. Saneamento básico é, portanto, de um conjunto de ações, serviços, infraestruturas e instalações operacionais de “todas as espécies de saneamento, quais sejam, o abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.” (FREITAS, 2009, p.906)

Diante da relevância do serviço público de saneamento básico, mister salientar que todos deverão ter acesso a este serviço de modo universal e eficaz, observando o direito de todos ao uso da água – para consumo e higiene – e ao esgoto sanitário, destinado a receber as dejeções da população (FIORILLO, 2008). Entretanto, a realidade ainda é distante deste ideal. Segundo um estudo divulgado recentemente pelo Instituto Trata Brasil e pelo Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, durante o fórum Água: Gestão Estratégica no Setor Empresarial², o Brasil ocupa a 112^a posição em um conjunto de 200 países avaliados no quesito saneamento básico. É um resultado preocupante para o país que é hoje a sétima economia do mundo e que tem aspirações de se destacar ainda mais no cenário global. Para que tenhamos um resultado mais positivo em um futuro próximo será necessário unir esforços dos sistemas jurídico e político na criação de leis e políticas públicas e realização de investimentos, seguido da colaboração da população em geral, reeducando hábitos de higiene e evitando o desperdício de água tratada.

3. O PRÍNCIPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O regime jurídico dos serviços públicos impõe uma série de deveres e princípios a serem observados pelo Estado – ou por quem lhe faça as vezes – para a sua prestação. Trata-se de um conjunto de normas finalísticas e cogen-tes, configuradas por alguns princípios explícitos na Constituição Federal, como, por exemplo, o artigo 37, *caput*, que apresenta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e o artigo 1º, II e III, evidenciando o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana; além de implícitos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Outros princípios

² CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL; INSTITUTO TRATA BRASIL; EX ANTE CONSULTORIA ECONÔMICA. **Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro**. In: Fórum Água: Gestão Estratégica no Setor Empresarial. 19 mar. 2014. Rio de Janeiro-RJ.

estão espalhados pelo ordenamento jurídico e são pertinentes aos serviços públicos, como o do dever inescusável do Estado de promover a prestação de serviços públicos, da continuidade, da essencialidade e da universalidade.

O princípio da universalidade é considerado uma decorrência da confluência de outros princípios explícitos no ordenamento jurídico pátrio, como o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência (MOTTA, 2009). Ele pode ser entendido como o dever do serviço público ser prestado a todo o público (MELLO, 2009), sem distinção de pessoas, podendo ser também denominado “princípio da igualdade dos usuários” (DI PIETRO, 2006) haja vista que ele deverá ser fornecido a todos que se encontrarem na mesma situação de isonomia jurídica sem poder haver preferência entre um ou outro.

A universalização deve encarar três facetas do Estado, tanto quanto prestador do serviço quanto poder concedente, quais sejam: (i) a impossibilidade de aumentar a tarifa de remuneração do serviço público sem a oitiva da população; o dever de diminuir a tarifa caso se verifique um maior lucro para o concessionário do que o previsto em sua oferta; e, por fim, (iii) o imperativo do Estado revisar sempre o sistema de prestação para melhor ofertá-lo com base na verificação dos investimentos realizados (SALOMONI, 1999).

No que tange a questão tarifária, insta assinalar a existência do princípio da modicidade da tarifa, segundo o qual os usuários não podem pagar importância para usufruir de um serviço público demasiado excessiva (MELLO, 2009). Marçal JUSTEN FILHO (2009) entende que as tarifas devem ser “idênticas para usuários em situação idêntica”, admitindo-se variação de tarifa em relação ao horário em que o serviço é usado ou qualquer outro critério.

Em um primeiro momento, parece haver um conflito entre o princípio da universalidade e da modicidade das tarifas, no sentido de que somente teria acesso ao Serviço Público quem pudesse pagar por ele. Na verdade, ocorre justamente o contrário: as tarifas devem ser mórdicas a tal ponto que facilitem o acesso ao serviço por todos, concretizando assim o princípio da universalidade. Deste modo, “o limite mórdico está no ponto que as pessoas passam a deixar de usufruir o serviço público por impossibilidade de arcar com o seu custo” (BATISTA, 2005, p. 105-106). Assim, especialmente nos casos de concessão de serviço público,

se a tarifa constante da proposta vencedora não for mórdica o suficiente para garantir ampla fruição pelos usuários, o Estado não pode delegar a prestação do serviço, sob pena de desvio de finalidade, a não ser que, já no edital, haja previsão de subsídios ao prestador de serviço. (BATISTA, 2005, p.44)

Deste modo, a concessão só será admitida caso a tarifa proposta pela concessionária seja módica a tal ponto que concretize o princípio da universalidade. Se a tarifa for um empecilho para que a população usufrua do serviço, então o Estado deveria subsidiar a atividade para que a modicidade da tarifa não quedasse prejudicada. Além disso, com vistas de manter a modicidade tarifária, a remuneração da empresa prestadora do serviço público poderá ser acrescida de receitas acessórias ou alternativas (BATISTA, 2005).

Não obstante a questão da modicidade das tarifas, Daniel Wunder Hachem afirma que o princípio da universalidade

determina que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos. (HACHEM, 2014, p. 1-2)

Assim, não basta o reconhecimento da universalidade, é imperioso que haja meios materiais para a oferta do serviço público. Não se pode ter a pretensão de viabilizar um direito sem considerar os custos inerentes para o seu exercício (HOLMES, 1999), uma vez que “todas as atividades administrativas possuem caráter prestacional, demandando agentes públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetável que todas elas implicam custos para a sociedade” (GALDINO, 2005, p.217). Há também a questão dos chamados recursos não financeiros, que correspondem aos “órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades” (AMARAL, 2001, p. 133).

Por isso, importa reconhecer que os recursos são escassos e as necessidades da população são infinitas. Ricardo Lobo TORRES (2001) sintetiza, então, o dilema do Administrador Público: escolher a melhor destinação dos poucos recursos financeiros que lhe são disponíveis, não olvidando da hipótese de má alocação do que está disponível (AMARAL, 2001). Um serviço público universal deve, portanto, superar as dificuldades orçamentárias e ser disponibilizado a toda a população.

Especificamente no que diz respeito ao serviço público de saneamento básico, o legislador erigiu expressamente o princípio da universalidade como um de seus pilares fundamentais segundo o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007. É possível afirmar, entretanto, que na prática este princípio não tem recebido a devida atenção eis que a oferta à população do serviço público de saneamento básico no Brasil ainda carece de políticas efetivas. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 44% (quarenta e quatro por cento) dos domicílios brasileiros tem acesso à rede geral de esgoto;

ainda, há que se considerar que somente 68,8% (sessenta e oito vírgula oito por cento) do esgoto coletado é tratado³. Referida informação é alarmante, pois revela um desinteresse da Administração Pública em investir em saneamento básico e um descaso com a população, que necessita desses serviços (ALO-CHIO, 2011). Essa negligência pode ser explicada, segundo Karine Silva DEMOLINER (2008), pela prioridade em investimentos que impactam diretamente a população e tornam o administrador público popular, como a construção de estádios de futebol, em vez de se priorizar o investimento contínuo na estrutura material que o serviço público de saneamento básico necessita para a sua adequada prestação (RAZUK e GABARDO, 2009) diante da relação umbilical entre o referido serviço e os direitos fundamentais da pessoa humana (LOMAR, 2007), como será visto a seguir.

4. A UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O serviço público de saneamento básico, por suas características, pode ser considerado como essencial para a consagração da saúde, no sentido de que sua ausência implica em uma série de consequências que podem lesar o bem-estar de cada cidadão, influenciando diretamente também na qualidade e expectativa de vida. Inicialmente é preciso entender o que é saúde para o ordenamento jurídico pátrio, para na sequência analisar as consequências da ausência de saneamento básico em cada uma de suas principais vertentes.

E definir saúde não é tarefa fácil. O conceito primeiramente adotado e que trouxe luz ao debate sobre sua definição é o adotado pela Organização Mundial de Saúde logo em 1948, ano de sua fundação, segundo o qual “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Entretanto, não é unanimidade perante os presentes trabalhos que abordam o tema.

Marcos SEGRE e Flávio Carvalho FERRAZ (1997) criticam esta definição alegando que ela é retrógrada e utópica pois é impossível definir a expressão “completo bem-estar físico”, o que de fato é arriscado, porém, de acordo com Valéria Lerch LUNARDI (1999), este não é o maior problema do conceito – deveria ser encarado como um objetivo a ser atingido –, mas conceituar “bem estar”, algo que todos parecem saber porém não conseguem apresentar uma noção precisa.

Moacyr Scliar aduz que as todas as críticas apontadas à definição de saúde fornecida pela Organização Mundial de Saúde apresentam algum grau de subjetividade:

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de saneamento básico (2008)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 47.

A amplitude do conceito da OMS [...] acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde. Em decorrência da primeira objeção, surge o conceito de Christopher Boorse (1977): saúde é ausência de doença. A classificação dos seres humanos como saudáveis ou doentes seria uma questão objetiva, relacionada ao grau de eficiência das funções biológicas, sem necessidade de juízos de valor. (SCLIAS, 2007, p. 37)

É por este motivo que o aludido autor preza pelo disposto na Constituição Federal que evita polemizar sobre o conceito de saúde, que assim dispõe em seu artigo 196:

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O mesmo entendimento é adotado pela Lei n. 8.080/1990 que versa sobre a promoção da saúde e assim dispõe em seu artigo 2º, § 1º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio reflete uma prevalência por ações e serviços que visem minimizar o risco de doenças e o acesso universal e igualitário à saúde, alcançada ao status de direito fundamental. Dando sequência a esse entendimento, o artigo 3º da Lei nº 8.080/1990 afirma que são condicionantes e determinantes da saúde, bem como o bem-estar físico, mental e social, a alimentação, moradia, meio ambiente, trabalho, acesso à renda, educação, atividade física, transporte, lazer e a outros bens e serviços imprescindíveis e, por fim, ao saneamento básico.

Em um primeiro momento, a ausência do serviço público de saneamento básico acarreta danos de ordem ambiental, pois não há tratamento adequado do esgotamento sanitário, o que ocasiona o surgimento de fossas sépticas; a destinação do lixo é inadequada, implicando os depósitos de lixo a céu aberto; e a não absorção das águas pluviais acaba por resultar em enchentes.

No que diz respeito aos resíduos sólidos, o seu tratamento incorreto acaba por prejudicar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual Sidney GUERRA (2012) aduz a importância deste serviço ser prestado adequadamente. Não é por outra razão que a Lei nº 12.305/2010 determinou a produção de bens que protejam a saúde e o meio ambiente em seu ciclo de vida. José Afonso da SILVA (2011), por sua vez, entende que os resíduos sólidos – o lixo, por assim dizer – são os principais poluentes não só do solo, mas também das águas em consequência das chuvas. Além disso, há também danos aos rios e aos lençóis freáticos, o que faz com a que a poluição se alastre por todo o meio ambiente.

Para Walter Engrácia de OLIVEIRA (1988) não se pode se esquecer de outros dois problemas: a limpeza pública, que possui consequências estéticas, uma vez que as ruas estariam mais aprazíveis aos olhos, tal qual a questão sanitária e a proliferação de doenças decorrentes, bem como a poluição do ar, devido à incineração inadequada dos resíduos sólidos. Sobre a questão do ar, nota-se que há um prejuízo à atmosfera que acarreta em uma série de danos ambientais, como a redução de capacidade de fotossíntese das plantas e a poluição pela chuva que penetra nos solos e chega até as raízes vegetais, prejudicando o seu desenvolvimento, como entende Fernando de Araújo GUIMARÃES (1988). Importante consideração acerca da destinação final dos resíduos sólidos traz Germano VIEIRA (2013), ao afirmar que esse é o principal problema do saneamento básico quando compreendido como a gestão dos resíduos, devendo ser realizada de modo adequado sem prejudicar o meio ambiente e os demais processos ecológicos, eis que há repercussões de ordem jurídica e ético social.

É por isso que Édis MILARÉ (2007) considera que a política nacional de saneamento básico é considerada uma política ambiental, protegendo tanto o meio ambiente quanto a vida. Em adendo, Eduardo Cesar CHAD (2011) afirma que toda infraestrutura deve ser preservada e voltada para a garantia do direito ao desenvolvimento sustentável, razão pela qual a indevida aplicação da política de saneamento básico gera prejuízos ambientais incalculáveis. Por esse motivo é que este autor considera o serviço público de saneamento básico um serviço essencial, na medida em que atua na preservação ambiental indispensável ao desenvolvimento da vida.

Nesse sentido, o serviço público de saneamento básico deve ser realizado de forma adequada à proteção do meio ambiente, conforme artigo 2º, inciso III, da Lei nº 11.445/2007. Para Sidney GUERRA (2012, p. 123), “o meio

ambiente ecologicamente equilibrado – leia-se a qualidade ambiental – garante a sadia qualidade de vida – direito à saúde – das presentes e futuras gerações.”

De acordo com SAIANI e TONETO JÚNIOR (2014), a deficiência na prestação do serviço público de saneamento básico serve para a formação de um ambiente propício para o aumento de agentes transmissores de diversas doenças, como febres, diarreia, hepatite A, malária, doença de Chagas, teníase, cisticercose, conjuntivite e doenças de pele, sem olvidar de outras moléstias possíveis. O desenvolvimento humano só será possível em um habitat salubre, com condições favoráveis à vida, pois um homem “que não tem moradia e vive em meio ao lixo, exposto ao esgoto e às substâncias tóxicas além de vetores transmissores de doenças, tem poucas chances de se desenvolver e alcançar a excelência como pessoa” (DEMOLINER, 2008, p.139).

No que tange aos resíduos sólidos, Walter Engrácia de OLIVEIRA (1988) relaciona o risco ambiental à saúde pública, pois o lixo produzido é responsável pela poluição do ar e da água, além de seus danos correlatos, como, por exemplo, o ruído derivado do manejo do lixo causa tormentos acústicos à população podendo prejudicar a audição e a poluição visual decorrente dos lixões a céu aberto e as ruas sujas. Sidney Guerra também faz essa relação, ao entender que “a manutenção de um ecossistema estável constitui também pressuposto (requisito) do direito à saúde.” (GUERRA, 2012, p. 122)

Diante do exposto, é por este motivo que Rafael Véras de FREITAS (2009, p. 903) salienta que “a ausência de saneamento básico é importante indicador de violações ao direito fundamental à saúde”, sendo essa relação traduzida na sua essencialidade, como aduz Leila CUÉLLAR (2003). Assim, afirma-se que o serviço público de saneamento básico é fundamental para o desenvolvimento da vida, pelo fato de que sem ele as suas condições são precárias – haja vista a incidência de doenças decorrentes de sua ausência, bem como o desequilíbrio no meio ambiente que prejudica a qualidade de vida – devendo, portanto, ser acessível a todos em razão do princípio da universalidade.

Em decorrência do serviço prestado de modo inadequado, DEMOLINER (2008) considera que as epidemias se multiplicam e as pessoas doentes lotam os postos de saúde para o tratamento de moléstias que nunca serão erradicadas, traduzindo-se em um círculo vicioso que jamais será resolvido enquanto os devidos investimentos forem realizados. Segundo Luciana Dayoub Ranieri de ALMEIDA (2011), para garantir o direito fundamental à saúde o Poder Público deve-se utilizar de todas as medidas preventivas que lhe forem possíveis, incluindo o saneamento básico que, por se relacionar à captação, tratamento, e distribuição da água sem olvidar do esgotamento sanitário, limpeza e coleta de resíduos e cuidados essenciais de higiene é medida imprescindível

para todo ser humano se desenvolver dentro de parâmetros mínimos de proteção à saúde. Sendo assim, a universalização do serviço público de saneamento básico pode representar também uma economia para o Estado, pois reduziria o número de internações no Sistema Único de Saúde (SUS) que têm como causa doenças que são facilmente evitadas se houver a coleta de esgoto e não houver a contaminação da produção de alimentos, por exemplo.

Em assim sendo, o serviço público de saneamento básico está relacionado a “um universo que diz intimamente com o meio ambiente, com os recursos naturais, com água, com a saúde pública, em síntese, com a qualidade de vida da população” (FIGUEIREDO, 2004, p. 512), sendo balizador do direito fundamental à saúde. Imperiosa, portanto, a sua universalização como fator preponderante para a consagração do direito fundamental à saúde.

5. CONCLUSÃO

Considerando que uma das principais demandas da população é pelo acesso à saúde, prioritariamente pelo atendimento médico e por uma estrutura decente e condizente com as necessidades das pessoas em hospitais públicos, não se pode olvidar do papel imprescindível que o saneamento básico tem para a consagração do direito fundamental à saúde, visto que constitui um dos mais importantes meios de prevenção de doenças.

Isso porque as características do saneamento básico de tratamento de água potável, esgotamento sanitário e destinação final de resíduos sólidos dizem respeito a questões de: (i) meio ambiente, no sentido que evita danos ambientais que seriam potencialmente prejudiciais à qualidade de vida – leia-se saúde das pessoas; e (ii) saúde pública, mormente porque a sua ausência acarreta em uma série de doenças primárias que poderiam ser evitadas mas na realidade implica em uma sobrecarga do atendimento médico em postos de saúde prejudicando o tratamento de moléstias mais graves.

Deste modo, enquanto não houver a universalização do serviço público de saneamento o acesso à saúde não será pleno, inviabilizando a consagração deste direito fundamental. A solução deste problema demanda esforços conjuntos dos sistemas jurídico, político e social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. O saneamento básico como elemento essencial do direito ao desenvolvimento e a correlata orientação da Lei nº 11.445 de 2007. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 69-91.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do saneamento**: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (lei federal nº 11.445/07). 2. ed. Campinas: Millennium, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CHAD, Eduardo Cesar. A política pública de saneamento básico e a proteção ao meio ambiente equilibrado. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Fórum, 2011 p. 329-340.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. **Revista de direito público da economia**, [s.l.], v.1, n. 3, p. 131-159, jul./set. 2003.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. O saneamento básico e o direito – uma visão dos principais problemas jurídicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 511-521.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Rafael Véras de. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. **Boletim de direito administrativo**. São Paulo. v. 25, n. 8, p. 902-916, ago. 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA, Sidney. **Resíduos sólidos**: comentários à lei 12.305/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUIMARÃES, Fernando de Araújo. Poluição do ar. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo (Org.). **Saneamento do meio**. São Paulo: Fundacentro, 1988, p. 155-193.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107635>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico (2008)**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). **Saneamento básico**: diretrizes gerais: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-35.

LUNARDI, Valéria Lerch. Problematizando conceitos de saúde, a partir do tema da governabilidade dos sujeitos. **Revista gaúcha de enfermagem**, Porto Alegre, v.20, n.1, p.26-40, jan. 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 672.

MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**: a gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O saneamento básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.). **Saneamento básico**: estudos e pareceres à luz da lei nº 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 105-136.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A universalização como princípio fundamental do regime jurídico do saneamento básico e do Estatuto das Cidades. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.). **Saneamento básico**: estudos e pareceres à luz da lei nº 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.237-246.

NUVOLARI, Ariovaldo. **Dicionário de saneamento ambiental**. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

OLIVEIRA, Walter Engrácia de. Resíduos sólidos e limpeza pública. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo (Org.). **Saneamento do meio**. São Paulo: Fundacentro, 1988, p. 81-114.

RAZUK, Nahima Peron Coelho; GABARDO, Emerson. As diretrizes de reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento básico. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.). **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 209-235.

SAIANI, Carlos César Santejo; TONETO JÚNIOR, Rudinei. Manejo dos resíduos sólidos no Brasil: desigualdades e efeitos sobre a saúde. In: TONETO JÚNIOR, Rudinei; SAIANI, Carlos César Santejo; DOURADO, Juscelino (Org.). **Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da lei federal nº 12.305 (lei de resíduos sólidos)**. Barueri: Manole, 2014, p. 2-53.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 612-613.

SCLiar, Moacyr. História do conceito de saúde. **Revista saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SEGRE, Marcos; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

VIEIRA, Germano. Destinação final dos resíduos sólidos. In: BECHARA, Erika (Org.). **Aspectos relevantes da política nacional de resíduos sólidos: lei nº. 12.305/2010**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106-127.

* Recebido em 07 dez. 2014.



A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO DE IMPLANTE

*Rodrigo Valente Giublin Teixeira**

*Elias Bruno Ferronato***

Resumo

Esse artigo analisa os contornos da incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) na prestação de serviço médico de implante. Inicialmente é necessário compreender qual o profissional hábil a prestar o serviço e quais os materiais utilizados. A partir desses conceitos analisa-se a incidência do ISS, partindo-se da distribuição de competência tributária pela Constituição até chegar a regra-matriz. Há uma série elementos importantes para tributação, entre eles a materialidade dentro do contorno constitucional, o momento da realização do fato gerador, o local da incidência, os sujeitos passivo e ativo, bem como a quantificação do valor devido. Nesse último encontra-se a complexidade de incluir, ou não, o preço do bem material implantável na base de cálculo do imposto. Há serviços que não utilizam o preço do serviço como base de cálculo, tal como o prestado pessoalmente pelo contribuinte e o prestado pela sociedade profissional que cumpre certos requisitos. Obtidas essas informações será possível cruzá-las, gerando um panorama conclusivo sobre os limites da incidência de Imposto Sobre Serviço em serviço médico de implante.

Palavras-chave

Imposto Sobre Serviços. Regra-matriz. Médico. Implante. Bem material.

THE INCIDENCE OF TAX SERVICE IN THE PROVISION OF MEDICAL IMPLANTS

Abstract

This paper analyses the contours of the Brazilian Services Tax (BST) incidence in the provision of medical implants. Initially, it is necessary to understand which professional is able to provide the service and what materials are used. From these concepts it is analyzed the BST incidence, from the tax competence distribution in Brazilian Constitution to the matrix-rule. There is a series of important elements to taxation, amongst them the materiality inside the constitutional contour, the moment of realization of the tax fact realization, the place of incidence, the passive and active subjects, as well as the quantification of the due value. In this last item, there is a complexity of including, or not, the price of the implantable good in the tax calculation basis. There are services that do not adopt the service price as calculation basis, as the one provided personally by the taxpayer and the one provided by the professional society that meet certain requirements.

* Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL (PR). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino. Membro do Instituto Brasileiro de Processo Civil (IBDP). Advogado e Professor na Graduação, Especialização e Mestrado.

** Especialista em Direito Tributário pela Uniderp. Especialista em MBA Finanças e Controladoria. Advogado. Administrador de Empresas.

With these info it is possible to crosscheck them, generating a conclusive panorama about the limits of the Brazilian Services Tax incidence in medical implant services.

Keywords

Service tax. Matrix rule. Physician. Implant. Material good.

1. INTRODUÇÃO

Os médicos são profissionais que prestam serviços de várias formas, sendo um deles o implante. Tomadores de serviço adquirem serviços médicos que inserem bens materiais no corpo humano. A prestação do serviço de implante gera a obrigação de pagar Imposto Sobre Serviço desde que esteja previsto em Lei do ente federado com competência para tributar o estabelecimento onde o serviço é prestado, devendo as previsões legais estarem em conformidade com a Lei Complementar e com os limites constitucionais.

A existência de Lei, contendo todos os elementos de hipótese descritiva e de consequência prescritiva, é indispensável para que a obrigação tributária nasça quando for realizada a materialidade, num momento, em certo lugar, por uma pessoa que passa a ter a obrigação de pagar Imposto Sobre Serviços. O imposto deve ser quantificado e é devido a um determinado credor.

Não é qualquer prestação de serviço que gera a obrigação de pagar Imposto Sobre Serviços. Existem muitos elementos a serem investigados, sendo que certas peculiaridades dos fatos ocorridos geram consideráveis impactos na obrigação, a qual pode não ser aquela quantificada pela multiplicação de uma base de cálculo por uma alíquota.

2. MÉDICO E IMPLANTE

A profissão médica é uma das mais antigas da história. No Brasil ela encontra-se regulamentada de várias formas. Em 2013 o art. 6º da Lei 12.842¹ determinou que é médico o graduado em curso superior de medicina.

No entanto, só faz exercício regular da profissão o médico que se inscrever no Conselho de Medicina com jurisdição onde atuar profissionalmente. Por regulamentar o exercício da profissão, entende-se que a lei faz com que atos médicos nela previstos não possam ser realizados por aqueles não inscritos no Conselho de Medicina.

¹ Lei nº 12.842/ 2013. Art. 6º. A denominação de “médico” é privativa dos graduados em cursos superiores de Medicina, e o exercício da profissão, dos inscritos no Conselho Regional de Medicina com jurisdição na respectiva unidade da Federação.

O inc. II do art. 4º da Lei 12.842 de 2013,² prevê que ato cirúrgico é um dos atos privativos de médico, logo, não pode ser realizado por outros profissionais. O implante é um ato médico contido no gênero cirurgia.

Esse é o conceito expresso pelo Dicionário: termos técnicos de saúde, que afirma: “Cirurgicamente: matéria que é, de propósito, inserida ou implantada no hospedeiro, e que pode ser orgânica (por exemplo: rim, dente etc.) ou inorgânica (por exemplo, válvula cardíaca, pequeno recipiente que contém rádio etc.)”.³

Portanto, genericamente, implante é uma cirurgia que insere matéria num hospedeiro, que não é necessariamente humano. Ressalta-se que a prestação de serviços aqui analisada restringe-se a realizada por médico e em favor de humanos, bem como não se refere a implante dentário.

Não se pode confundir o implante, que é um termo que abrange a cirurgia médica como um todo, com o material utilizado na cirurgia.

Um conceito de material implantável é o do item 13.5 do Anexo I da Resolução-RDC nº. 185 de 2001, expedido Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que normatiza o registro de produtos implantáveis, assim definindo:

13.5 — Produto médico implantável: Qualquer produto médico projetado para ser totalmente introduzido no corpo humano ou para substituir uma superfície epitelial ou ocular, por meio de intervenção cirúrgica, e destinado a permanecer no local após a intervenção. Também é considerado um produto médico implantável, qualquer produto médico destinado a ser parcialmente introduzido no corpo humano através de intervenção cirúrgica e permanecer após esta intervenção por longo prazo.⁴

Conforme esse conceito da ANVISA é produto médico implantável, além daquele que substitui uma superfície da pele ou do olho e que permanece após a intervenção, aquele que for introduzido cirurgicamente, totalmente sem previsão de tempo ou parcialmente por longo prazo, para permanecer no local após a intervenção cirúrgica. Portanto, para que o produto seja considerado implantável ele deverá permanecer no local após ser colocado.

Alguns exemplos de materiais implantáveis são próteses e materiais especiais. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), utilizando de sua competência normativa na cobertura de planos de saúde privados sujeitos a

² Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Art. 4º. São atividades privativas do médico: II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

³ KATO, Keiko et alii. *Dicionário: termos técnicos de saúde*, p. 262.

⁴ Resolução-RDC nº 185/2001, p. 25-29.

aplicação da Lei 9.656 de 1998, conceitua, no parágrafo 2º do art. 19 da Resolução Normativa 338 de 2013,⁵ prótese como “(...) qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido.”

As próteses, portanto, são itens que substituem partes do corpo. Quanto aos materiais especiais, existe relativa dificuldade de encontrar um conceito que englobe todo o grupo, sendo que a Associação Nacional de Hospitais Privados conceitua como “Materiais que auxiliam no procedimento diagnóstico ou terapêutico, implantável ou não, de uso individual”.⁶

Portanto nem todos os materiais especiais são implantáveis, mas só os implantáveis são relevantes para esse trabalho, entre os quais pode-se encontrar *stents*, cateteres, pinos, placas e outros.

Enfim, a prestação de serviço cirúrgico de implante é realizada por um médico, que insere materiais no corpo humano e que ali continuam após a intervenção médica. São exemplos de materiais implantáveis por cirurgia as próteses e certos materiais especiais.

3. A INCIDÊNCIA DO ISS

A ocorrência do fato gerador da obrigação tributária depende da realização fática da hipótese de incidência contida na Lei, que é condição necessária e suficiente para surgir a obrigação tributária.

Paulo de Barros Carvalho ensina que em seu conteúdo a Lei deve conter a hipótese descritiva através dos critérios material, espacial e temporal, e suas consequências prescritivas através dos critérios pessoal e quantitativo.⁷

A obrigação tributária não surge antes da realização fática do fato previsto nos critérios da própria Lei. É necessário, portanto, conhecer esses aspectos do Imposto Sobre Serviços (ISS).

3.1. A competência tributária e a lei complementar na tributação de prestação de serviços

Muitos dos limites do Imposto Sobre Serviços já se podem observar desde a distribuição da competência tributária. A última, realizada pela Constituição Federal, não cria tributo, mas sim confere atribuição para que os entes

⁵ Resolução Normativa RN nº 338/ 2013, p. 51-53.

⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL HOSPITAIS PRIVADOS. NOTA TÉCNICA ANAHP. Dispositivos Médicos (OPME): Características do mercado, concorrência, carga tributária e experiências internacionais.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 262-263.

políticos o façam através da Lei e dentro de limites jurídicos.⁸ Os entes políticos não têm poder absoluto e discricionário sobre como e quais receitas tributárias auferir.

Na distribuição de competência, a Constituição Federal definiu arquétipos tributáveis pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que não podem ser ampliados ou reduzidos.⁹ Os arquétipos são núcleos dos critérios material, pessoal e espacial que cada ente federado pode tributar, vedando que outro o faça.

Em se tratando de Imposto Sobre de Serviços (ISS), foram os Municípios e o Distrito Federal quem receberam da Constituição, no inc. III, do art. 156,¹⁰ competência para tributar aqueles de qualquer natureza, não compreendidos entre os de competência dos Estados e que estejam definidos em Lei Complementar.

Importa mencionar que há serviços que, por previsão Constitucional, são de competência dos Estados, tais como os serviços de transporte interestadual e intermunicipal, que se sujeitam ao Imposto Sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A lista de serviços passíveis de tributação por ISS pela Lei Complementar gerou muitas divergências sobre ser taxativa ou exemplificativa. Prevalece o entendimento da taxatividade, fundamentada no inc. III do art. 146 da Constituição Federal,¹¹ de forma que a Lei Complementar é entendida como uma norma geral de direito tributário, que não vincula apenas os Municípios, mas todos os entes federados.¹²

Logo não se pode afirmar que se trata de um Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, mas sim é Imposto Sobre Serviços listados em Lei Complementar, que contém normas gerais de direito tributário.

Respeitados os limites constitucionais e as normas gerais de direito tributário, o poder legislativo do Distrito Federal e dos Municípios poderão tributar os serviços. Essa Lei deve explicitar todos os critérios para que seja condição necessária e suficiente para fazer nascer a obrigação tributária quando alguém realizar a hipótese de incidência.

⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 447.

⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 460.

¹⁰ Art. 156, CF/88. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em Lei complementar.

¹¹ Art. 146, Cf/88. Cabe à Lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...).

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, p. 274.

3.2. A regra-matriz do ISS

O ISS possui uma regra-matriz cujo núcleo está disposto na Constituição Federal. A Lei Complementar cria normas gerais de direito tributário que lista os serviços passíveis de incidência.

Mas é só a Lei do ente político competente que exerce a competência tributária, contendo a regra-matriz que divide-se nos critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo, que requerem análise detalhada.

A materialidade desse imposto encontra profunda síntese nas palavras de Aires Barreto¹³ que, ao analisar a questão, conclui que serviço é a prestação de serviço exige esforço humano a terceiros, devendo ser agregado valor econômico, comercial, em regime de direito privado, mas sem vinculação trabalhista, com o objetivo de obtenção de lucro.

O doutrinador contorna com precisão o conteúdo de serviço tributável pelo ISS, que inclui uma obrigação de fazer, que exclui serviço prestado a si mesmo, que o prestador pretende ser remunerado, que as partes negociam as condições de contratação em direito privado, que cada uma das partes visa receber contraprestação e que não há vínculo empregatício.

Ao conceito doutrinário cabe acrescentar estar o serviço previsto na lista taxativa da Lei Complementar. Um julgado célebre e didático sobre esta lista é a do Recurso Especial nº 1016072-SP do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi Ministro Teori Albino Zavascki, que sedimentou a interpretação de que, embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 comporta, dentro de cada item, interpretação extensiva para o efeito de fazer incidir o tributo sobre os serviços bancários congêneres àqueles descritos.

Esclarece ainda o acordão que não se pode confundir a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação, pois aquela é a que ofende o princípio da legalidade estrita, já essa forma interpretativa é legítima.¹⁴

Desde antes desse julgado a jurisprudência já determinava a taxatividade da lista de serviços do Decreto-Lei 406 de 1968, recepcionada pela Constituição como Lei Complementar, conforme se verá adiante.

¹³ BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal**, p. 337.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. 1^a. T., Recurso Especial nº 1016072-SP. Rel. Teori Albino Zavascki. DJe 09 jun. 2008.

Essa interessante ementa acrescenta a irrelevância da denominação do serviço na caracterização do fato passível de incidência. A interpretação extensiva, aplicável ao ISS, considera que a materialidade do fato gerador engloba toda a natureza do serviço que esteja previsto em Lei Complementar, independentemente da denominação.

Por fim, cabe a lei Municipal ou Distrito Federal, exercitar a competência tributária seguindo a lista taxativa da Lei Complementar e dentro dos limites constitucionais. Essa lei, de exercício da competência tributária, é a lei ordinária.¹⁵

Quanto ao critério temporal, o fato gerador não ocorre antes da realização da efetiva prestação do serviço, conforme prevê o art. 1º. da Lei Complementar 116 de 2003.¹⁶ Sérgio Pinto Martins ensina que “O contrato representa um dever de prestar serviço, mas não é o fato gerador do ISS. Se o serviço não foi prestado, não existe fato gerador do ISS.”¹⁷ Isso demonstra a inconstitucionalidade da cobrança de ISS na mera contratação, o que poderia ser considerado fato gerador presumido.

O ISS é devido no local do estabelecimento do prestador, em conformidade com o art. 3º a Lei Complementar 116 de 2003,¹⁸ que também cria exceções não relevantes na presente análise. O art. 4º a Lei Complementar 116 de 2003¹⁹ determina que o estabelecimento deve ser entendido como um local de prestação de serviços, permanente ou temporário, independentemente de denominação.

Quanto as partes da obrigação tributária há o sujeito passivo e o ativo da obrigação. O primeiro é aquele ente federado cujo exercício da competência tributária criou Lei que alcança o estabelecimento do prestador, já o sujeito passivo é o prestador do serviço, conforme prevê o art. 5º da Lei Complementar 116 de 2003.²⁰

¹⁵ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro, p. 196.

¹⁶ Lei Complementar nº. 116/2003. Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Manual do imposto sobre serviços, p. 60.

¹⁸ Lei Complementar nº. 116/2003. Art. 3º. O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

¹⁹ Lei Complementar nº. 116/2003. Art. 4º. Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

²⁰ Lei Complementar nº. 116/2003. Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço.

Resta quantificar o valor devido. Normalmente o cálculo é realizado pela multiplicação da base de cálculo pela alíquota. Por força do art. 7º da Lei Complementar 116 de 2003,²¹ base de cálculo é o preço do serviço.

Já a alíquota é encontrada na Lei do ente competente. Apesar das divergências, o inc. II do art. 8º da Lei Complementar 116 de 2003²² diz que a alíquota máxima é de 5%, enquanto o inc. I do art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²³ informa que a alíquota mínima é de 2%.

Exceções quanto a quantificação do valor devido em ISS são o do fato gerador realizado por trabalho pessoal do próprio contribuinte e o da sociedade profissional. O parágrafo 1º, do art. 9º do Decreto-Lei 406 de 1968,²⁴ não especifica qual o que é trabalho pessoal do próprio contribuinte, mas pode-se entender como trabalho de pessoa física que tenha atividade intelectual.²⁵

Estão afastados os trabalhos físicos que não demandem certa criatividade e conhecimento que individualiza o prestador. A quantificação do valor devido em ISS é feita em função da natureza do serviço ou de outros que não sejam o preço do serviço.

O ISS devido por sociedade profissional também não calcula o valor devido pela multiplicação do preço do serviço por uma alíquota. A quantificação é realizada através da aplicação de uma alíquota fixa ou variável por cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não.

Quanto a sociedade profissional, o parágrafo 3º, do art. 9º do Decreto-Lei 406 de 1968,²⁶ cria uma lista de serviços que tem esse cálculo diferenciado, entre eles os médicos, enfermeiros, obstetras, protéticos, médicos veterinários, contadores e outros.

²¹ Lei Complementar nº. 116/2003. Art. 7º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

²² Lei Complementar nº. 116/2003. Art. 8º. As alíquotas máximas do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza são as seguintes: II – demais serviços, 5% (cinco por cento).

²³ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, CF/88. Art. 88. Enquanto Lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo: I – terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968;

²⁴ Decreto-Lei nº 406/1968. Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. § 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

²⁵ BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*, p. 439.

²⁶ Decreto-Lei nº 406/1968. Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. § 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da Lei aplicável.

Haja vista o Decreto-Lei ser anterior a Constituição Federal houve muitas divergências sobre a sua recepção. Um julgamento interessante foi do Superior Tribunal Federal foi Recurso Extraordinário n. 237689-6-RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo que aceitou a recepção do Decreto-Lei n. 406/69 pela Constituição Federal de 1988.²⁷

A ementa não só esclarece a recepção do conteúdo normativo do Decreto-Lei 406 de 1968 pela Constituição Federal, como também expressa o alcance da quantificação do valor devido com base no número de sócios às sociedades uniprofissionais, que são compostas por sócios de uma única profissão. Mas uniprofissionalidade não é único requisito para adequação a previsão legal.

A sociedade também deve ser profissional, que é aquela que não tem natureza empresarial.²⁸ Os sócios devem ter interesse pessoal mútuo na realização do exercício profissional e não produzir impessoalmente visando exclusivamente o lucro.

É necessária responsabilização pessoal dos sócios, de forma que as sociedades de responsabilidade limitada estão excluídas da quantificação com base no número de profissionais.²⁹

Apesar de divergir sobre a necessidade da uniprofissionalidade, Aires Barreto acrescenta mais requisitos, quais sejam a prestação de serviço em nome da sociedade, que os sócios estejam todos habilitados, bem como que a sociedade seja formada exclusivamente por pessoas físicas.³⁰

Desse modo, a sociedade deve ser a titular da prestação de serviço, não poderá ter pessoa jurídica entre os sócios, bem como todos os sócios deverão ser habilitados para fazer jus a quantificação do valor devido em relação ao número de profissionais.

Enfim, é indispensável que todos esses elementos estejam presentes, caso contrário não será possível esse método de quantificação.

Ressalta-se, entretanto, que a habilitação é um requisito para a referida forma de quantificação, mas não para a incidência do imposto em si, que incide independentemente de habilitação.

Conforme se pôde observar, o fato realizado pelo prestador deve se enquadrar aos critérios material de serviço, temporal da efetiva prestação, espacial do local do estabelecimento, pessoal do prestador e quantitativo com suas

²⁷ Supremo Tribunal Federal. 2^a. T., Recurso Extraordinário nº 237689-6-RJ. Rel. Marco Aurélio Melo. DJe. 04 ago. 2000.

²⁸ WALD, Arnoldo. *Direito civil: Direito de empresa*, p. 57.

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do imposto sobre serviços*, p. 97.

³⁰ BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*, p. 462-463.

formas de cálculo, contidos na Lei do ente competente, em conformidade com a Lei Complementar e com os limites constitucionais.

3.3. Serviços que incluem fornecimento de bens materiais

O fato gerador do ISS comprehende um serviço contido em lista taxativa de Lei Complementar, efetivamente realizado por prestador na forma de uma obrigação de fazer, em favor do tomador, nos termos de um contrato, previamente negociado entre as partes em direito privado, onde o prestador tem interesse em receber o preço do serviço e o tomador o serviço em si.

Muitos serviços não são compostos apenas pelo trabalho do prestador, mas também pelos materiais utilizados na prestação do serviço. A dúvida é se esses bens materiais compõem a base tributável pelo ISS.

A Lei Complementar 116 de 2003 dispõe sobre conflitos de competência e, no parágrafo 2º do art. 1º,³¹ faz com que mesmo que haja o fornecimento de mercadorias, há a incidência de ISS nos serviços contidos na lista anexa, bem como expressamente afasta a incidência do Imposto Sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) dos materiais que sejam utilizados em serviços contidos na lista.

Mercadoria é o bem corpóreo da atividade econômica habitual, que objetiva a venda em favor do consumidor.³² É comum que a mercadoria seja interpretada como um conteúdo empresarial, mas não se pode presumir que todo o bem material fornecido com serviço acabe por descharacterizar a natureza não empresarial de uma sociedade.

Por isso, nesse artigo preferiu-se chamar de bem material ao invés de mercadoria. De toda forma, a Lei Complementar deverá, expressa e excepcionalmente, dizer quais os bens materiais entregues pelo prestador não compõem o preço do serviço.

A regra geral, da quantificação do valor devido em ISS, é ter o preço total do serviço como base de cálculo, incluindo o bem material. Quanto a isso didaticamente o julgado do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. 975105-RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, afirmou que o critério da preponderância do serviço ou da mercadoria, adotado pela redação

³¹ Lei Complementar nº 116/2003. Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. § 2º. Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

³² MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**, p. 18.

original do art. 71, parágrafo único, do Código Tributário Nacional de 1966, foi logo abandonado pelo legislador.

Com a revogação do art. 71, do Código Tributário Nacional de 1966 pelo Decreto-Lei 406/1968, iniciou-se uma nova sistemática referente a esse assunto, com a adoção de uma listagem taxativa, que ainda perpetua, enquanto vigente a Lei Complementar 116/2003.

Nessa linha interpretativa do Superior Tribunal de Justiça, com base em casos semelhantes, tais como serviços gráficos, de construção civil, hospitalares etc., firmou entendimento que a preponderância do serviço ou da mercadoria no preço final é irrelevante.³³

Considerando o conteúdo do acórdão, não importa qual a proporção do preço do bem material em relação ao preço do total do serviço, de forma que incide o ISS sempre que não houver previsão expressa de dedução do preço do bem material da base de cálculo do ISS. Enfim, em regra, a base de cálculo do ISS inclui o preço do bem material fornecido com o serviço.

Excepcionalmente, a Lei Complementar poderá determinar a dedução de certos bens materiais da base de cálculo do preço do serviço tributável pelo ISS. O inc. I do parágrafo 2º do art. 7º da Lei Complementar 116 de 2003,³⁴ prevê que não se incluem na base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços dos subitens 7.02 e 7.05 da lista anexa, referindo-se a administração, empreitada, de obras de construção civil e vários outros.

Na lista anexa da Lei Complementar e logo após a descrição dos serviços, não só os subitens 7.02 e 7.05, mas também os subitens 14.01, 14.03 e 17.11,³⁵

³³ Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., Recurso Especial nº. 975105-RS. Rel. Herman Benjamin. DJe. 09 mar. 2009.

³⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Op. Cit. Acesso em: 27 set. 2014. Art. 7º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. § 2º. Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza: I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

³⁵ Lei Complementar nº 116/2003. Lista de serviços anexa. 7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). 7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). 14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que fi-

entre os quais pode-se citar os serviços de lubrificação, limpeza, conserto, recondicionamento de motores, organização de festas e outros, há a previsão que o preço de certos bens materiais fornecidos com o serviço devem ser deduzidos do valor do preço tributável pelo ISS, ficando sujeitos ao ICMS.

Mesmo que um único título negocial preveja a prestação de serviços e o fornecimento desses bens materiais, os últimos deverão ser deduzidos da base tributável do ISS.³⁶

É inadmissível que o preço do bem material componha a base de cálculo de ambos, ISS e ICMS. Caso o preço do bem material componha a base de cálculo de ambos os impostos, haveria a caracterização de bitributação, ou seja, dois entes federados distintos cobrando tributos por um único fato gerador.³⁷

Ademais, a Lei Complementar 116 de 2003, no item 4.14,³⁸ taxativamente admite a incidência de ISS sobre o serviço de produção de prótese sob encomenda, mas não faz menção ao serviço de implante da prótese.

Além disso, a Lei Complementar não determina a dedução do valor de bens materiais utilizados em serviços médicos, tais como próteses e materiais especiais, de forma que eles compõem o preço tributável pelo ISS.

Ante o exposto, a obrigação de pagar tributo nasce na realização do fato gerador. A quantificação do valor devido em ISS conterá em sua base de cálculo o preço do bem material fornecido com o serviço, salvo se a Lei Complementar determinar a dedução da base de cálculo, o que não ocorre com os bens materiais utilizados em serviços médicos de implante.

4. A INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE SERVIÇO MÉDICO DE IMPLANTE

Os serviços médicos de cirurgia de implante inserem bens materiais no corpo humano, que permanecem após a cirurgia. Os serviços médicos podem ser prestados por médicos que atuam em clínicas, hospitais ou outros.

Na lista anexa à Lei Complementar 116 de 2003, admite-se a incidência de ISS na prestação de serviços de medicina, hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casas de saúde, prontos-socorros e outros nos subitens subitem 4.01, 4.02 e 4.02.³⁹

cam sujeitas ao ICMS). 14.03 – Recondicionamento de motores (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS). 17.11 – Organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS).

³⁶ BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*, p. 403.

³⁷ CARNEIRO, Claudio. *Curso de direito tributário e financeiro*, p. 374.

³⁸ Lei Complementar nº 116/2003. Lista de serviços anexa. 4.14 – Próteses sob encomenda.

³⁹ Lei Complementar nº 116/2003. Lista de serviços anexa. 4.01 – Medicina e biomedicina. 4.02 – Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultra-sonografia,

Portanto, em razão da previsão em Lei Complementar, a Lei Municipal ou do Distrito Federal pode fazer desses serviços hipótese de incidência de ISS, de forma que a natureza de serviço médico é alcançada pelo ISS, não importando qual a denominação dada ao serviço.

Quando previsto na Lei, ordinária, do ente competente, em conformidade com a Lei Complementar e a Constituição, a prestação de serviço médico gera a obrigação de pagar tributo. O imposto será devido no local do estabelecimento do prestador, tal como o local da clínica do médico profissional liberal, da clínica da sociedade, do hospital ou outros em que o médico tenha estabelecimento.

Em regra, a quantificação do valor devido terá em sua base de cálculo o preço dos bens materiais utilizados no serviço, que será composta pelo preço do serviço e dos bens materiais, independentemente da proporção do preço da prótese ou do material especial em relação ao preço total do serviço.

Também não há que se falar no pagamento de outros impostos pelo fornecimento dos bens materiais, pois isso invadiria a competência dos Municípios e do Distrito Federal. Em relação a atividades hospitalares o entendimento da incidência do ISS sobre a globalidade do preço encontra-se consolidada na Súmula 274 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰ que prevê a incidência desse imposto sobre o valor dos serviços de assistência médica, incluindo-se neles as refeições, os medicamentos e as diárias hospitalares.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça pacificamente entende que o preço dos serviços hospitalares inclui, também, materiais utilizados na prestação dos serviços, desde refeições, diárias, medicamentos, próteses e materiais especiais.

Há casos, entretanto, que o valor do tributo devido não é calculado com base no preço do serviço.

O profissional liberal médico, que tenha seu trabalho caracterizado por considerável nível de criatividade e conhecimento, terá o valor devido em ISS calculado por um preço fixo ou variável em relação a natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes que não sejam o preço.

Nessas condições o preço do serviço não faz parte da base de cálculo do profissional liberal médico, mas sim uma base de cálculo deverá ser eleita pela Lei do ente competente.

ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres. 4.03 – Hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casas de saúde, prontos-socorros, ambulatórios e congêneres.

⁴⁰ Súmula nº. 274, STJ. Primeira Seção. DJ. Brasília, 20 fev. 2003.

Caso o prestador seja uma sociedade profissional de médicos que compra com os requisitos legais, o preço do tributo devido será calculado por um preço fixo ou variável em relação a cada profissional sócio, empregado ou não, de forma que o preço do bem material fornecido, tal como a prótese ou o material especial, não fará parte do cálculo do valor devido.

Não se pode admitir que o fornecimento do bem material junto do serviço gere a presunção de descaracterização da atividade não empresarial pela sociedade profissional, simplesmente porque o parágrafo 2º. do art. 1º. da Lei Complementar 116 de 2003⁴¹ utiliza o termo mercadoria para afastar a incidência do ICMS e tornar clara a incidência do ISS sobre os bens materiais fornecidos no serviço.

Ademais, independentemente de registro no Conselho Federal de Medicina, o serviço de implante prestado por médico será alvo de incidência do ISS, no entanto, só poderá gozar do cálculo com base no número de profissionais o prestador, que além dos demais requisitos, tenha os médicos regularmente inscritos no Conselho Regional de Medicina com jurisdição no local de atuação profissional.

Portanto, a prestação de serviços médicos prevista na Lei Complementar engloba o serviço de cirurgia de implante, por exemplo, de próteses e materiais especiais. Isso é adequado ao arquétipo constitucional.

Todavia, há várias questões a serem consideradas na quantificação do valor devido em tributo quando houver a realização de fato gerador da obrigação de ISS.

Em regra a base de cálculo é composta pelo preço global do serviço, incluindo o bem material implantável. Caso o fato gerador tenha por sujeito passivo um profissional liberal o valor devido será calculado por um preço fixo ou variável em relação a natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, por outro lado se o sujeito passivo for uma sociedade sociedade profissional adequada aos requisitos legais, o preço do tributo será calculado em relação ao número de profissionais.

⁴¹ Lei Complementar nº 116/2003. Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. § 2º. Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade de prestação de serviços de saúde pelo médico reabilita as condições e salva vidas. Os implantes têm peculiar importância nesses serviços, pois auxiliam ou até mesmo substituem órgãos e membros perdidos. Mas não é a importância da saúde que exclui o serviço médico da incidência de Imposto Sobre Serviços.

Assim como qualquer serviço previsto em Lei do ente competente, Lei Complementar e dentro dos limites constitucionais, a prestação de serviços médicos é materialidade de fato gerador do ISS.

Não é necessário que a Lei especifique “serviço de implante”, pois isso está contido na natureza de serviço médico. O implante médico também não recebe qualquer tratamento diferenciado, incluindo-se dentro das condições gerais de incidência do ISS, o qual faz nascer a obrigação do prestador pagar imposto, quando o serviço médico for prestado, em favor do ente competente que legislar a tributação do local estabelecimento.

Podem surgir variações em relação a quantificação do valor devido em tributo. Os bens utilizados fornecidos como parte dos serviços, em regra, compõem o preço base de cálculo do ISS, salvo se existir previsão legal que determine essa dedução.

Exceções quanto ao preço da base de cálculo são do ISS devido por profissional liberal e por sociedade profissional. O profissional liberal terá a base de cálculo definida em Lei do ente competente, que não poderá utilizar o preço do serviço.

A sociedade profissional prestadora de serviços médicos, que se enquadre nos requisitos exigidos, não tem o preço do serviço como base de cálculo, mas sim deve pagar tributo com base no número de profissionais.

O fornecimento do bem material não pode presumir a descaracterização da atividade não empresarial da sociedade profissional. A existência de habilitação do médico é irrelevante para a incidência do fato gerador, mas a falta de habilitação impossibilita o cálculo do tributo devido em relação ao número de profissionais.

Enfim, os serviços médicos são materialidade do ISS e em muitos critérios em nada se diferenciam. Se observa, entretanto, peculiaridades a serem consideradas principalmente na quantificação do valor devido.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ASSOCIAÇÃO NACIONAL HOSPITAIS PRIVADOS. NOTA TÉCNICA ANAHP. **Dispositivos Médicos (OPME): Características do mercado, concorrência, carga tributária e experiências internacionais.** Disponível em: <<http://anahp.com.br/produtos/produtos-exclusivos/notas-t%C3%A9cnicas>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Resolução Normativa RN nº 338, de 21 de outubro de 2013.** Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas — RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União. 205. ed. Seção 1, p. 51-53, 22 out. 2013.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução-RDC nº 185, de 22 de outubro de 2001.** Brasília, Diário Oficial da União. 204. ed. Seção 1, p. 54-57, 24 out. 2001.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.**

_____. **Decreto-Lei 406, de 31 de dezembro de 1968.** Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

_____. **Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.** Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

_____. **Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013.** Dispõe sobre o exercício da medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. **Recurso Especial nº 1016072-SP.** Relator: Teori Albino Zavascki. DJe. Brasília, 09 jun. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=803&seq_documento=1965299&data_pesquisa=09/06/2008&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=PR009685>. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. _____. 2^a. Turma. **Recurso Especial nº 975105-RS**. Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. DJe. Brasília, 09 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/seq_publicacao=1630&seq_documento=2259889&data_pesquisa=09/03/2009&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=1956861>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. _____. **Súmula nº. 274**. Primeira Seção. DJ. Brasília, 20 fev. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=274&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 set. 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 447.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KATO, Keiko et al (Ed.). **Dicionário: termos técnicos de saúde**. São Paulo: Conexão, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do imposto sobre serviços**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 8.

* Recebido em 10 jan. 2015.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



ON THE ORIGINS OF RULE OF LAW AND THE META-PHYSICS OF INSTITUTIONS

*Bruno Meneses Lorenzetto**

Abstract

The question concerning the origins or the beginning of the concepts is a philosophical problem that is located at the core of some of the most important reflections in our current time. In specific, the question about the origins of the state — the Rule of Law — is taken as the object of this reflection. It's known that there is a wide range of answers given to it, mainly by the classical perspective of distinct authors that addressed the issue, in an effort to create theories that could shape an outlook to the social community and explain some important themes which structure the identity of a society, as such, the origins of sovereignty, the legitimacy of the representatives, the declarations of rights and the functioning of the institutions. The aim of the present paper is to show the mechanisms that work in the "underground" of these concepts or, how does the institutions use a meta-physical production of self-legitimizing acts. Problems that can be seen in the "we" of term "We the people", in the following terms: who is the "we" that precedes the "We the people", or constitutes the "people"? The state is thought as being "always there", even before the "we"? One can say that our forebears created the state but, when? And, where did came the power that legitimated our forebears? On the other hand, from where is originated the legitimacy of the Law? How to enforce the law, remembering that the Law is an authorized and justified force, a force that justifies itself. And, furthermore, the operation that creates the Law tend to be a *coup de force*, that no prior foundation could, by definition, guarantee, ensure or contradict. In sum, the search for the origins of the Rule of Law implies in putting in evidence the aporias that constitutes both the Law and Politics and, as a consequence, the uses that Law makes of politics to legitimate itself, and vice versa. Considering that both institutions bear a meta-physical structure of legitimization.

Keywords

Rule of Law. Institutions. Politics.

SOBRE AS ORIGENS DO ESTADO DE DIREITO E META-FÍSICA DAS INSTITUIÇÕES

Resumo

A pergunta sobre as origens ou o início dos conceitos é um problema filo-filosófica que está localizado no centro de algumas das reflexões mais importantes do nosso tempo atual. Em específico, a pergunta sobre as origens do Estado — o Estado de Direito — é tomado como objeto

* Assistant Professor of Theory of Law, Pontifical Catholic University of Paraná, Brazil. Visiting Research Scholar, Columbia University, New York, 2013.

desta reflexão. É conhecido que há uma ampla gama de respostas que lhe são dadas, principalmente pela perspectiva clássica de autores distintos que abordaram o tema, em um esforço para criar teorias que poderiam moldar uma perspectiva para a comunidade social e explicar alguns temas importantes que estruturar a identidade de uma sociedade, como tal, as origens da soberania, a legitimidade dos representantes, as declarações de direitos e o funcionamento das instituições. O objetivo do presente artigo é mostrar os mecanismos que trabalham no "subterrâneo" desses conceitos ou, como é que as instituições usam um meta-produção física de atos autolegitimação. Problemas que podem ser vistos no "nós" do termo "Nós, o povo", nos seguintes termos: quem é o "nós" que precede o "Nós o povo", ou que constitui o "povo"? O estado é considerado como sendo "sempre lá", mesmo antes do "nós"? Pode-se dizer que os nossos antepassados criaram o Estado, mas, quando? E, de onde veio o poder que legitima os nossos antepassados? Por outro lado, de onde se origina a legitimidade do Direito? Como fazer cumprir a lei, lembrando que a lei é uma força autorizado e justificado, uma força que se justifica. E, além disso, a operação que cria a Lei tendem a ser um golpe de força, que nenhuma fundação prévia poderia, por definição, garantia, assegurar ou contradizem. Em suma, a busca pelas origens do Estado de Direito implica em colocar em evidência as aporias que constitui tanto a Lei e Política e, como consequência, os usos que a Lei faz da política a si mesmo legítimo, e vice-versa. Considerando que as duas instituições têm uma meta-estrutura física de legitimação.

Palavras-chave

Estado de Direito. Instituições. Política.

1. FOUNDATION

According to Hannah Arendt, the concept of authority has vanished from the modern world — not the concept in its large sense, but a specific form of it that has been valid in the Western world for a long time.¹ Arendt is talking about the Roman concept of political authority, in which the source of authority rested in the past, in the moment of the foundation of Rome, and in the importance of its forebears.

In Rome, says Arendt, since the beginning of the Republic, the sacred character of the foundation was sustained because once something has been founded, it remains connected to future generations. This was the form of political participation in Rome: the preservation of the foundation of the city, connecting it with the past, and the effort to build foundations that would last for eternity.

Those who held authority were the elders, the Senate or the *patres*, who inherited this authority from the founders of all future things.² For the Romans, the authority of the living was dependent on the founder's authority. *Auctoritas* connected to the past, to the tradition, and was set against power, *potestas*, the force of the living. *Auctoritas* was rooted in the past but was present and important to political life as much as the power or the force of the

¹ ARENDT, H. "What is Authority?". In: Between the Past and the Future. New York: Penguin Books, 1993. p. 91.

² ARENDT, H. **Between the Past and the Future**.

living. Although the power was derived from the people, the authority rested in the Senate.

According to Hannah Arendt, the Romans required “founding fathers” and examples of authority in terms of ideas. This led them to take the Greek ancestors as authorities who provided philosophy and poetry.³ The past was sanctified through the tradition that preserved it, leaving the testimony of the forebears as a hope for the future generations.

Arendt noted that this model was incorporated by the Christian church, which transformed the Nativity into a “new foundation”. The same phenomenon was used in the Enlightenment revolutions, in which the French and Americans preached belief in a future State and in a “vengeful God” as part of the new political body.

Thomas Jefferson affirmed the need for a divine principle, a transcendental sanction in the public realm. Curiously, this sanction was called for during the revolutionary period, demonstrating the founders’ need for some type of metaphysical support.⁴

Although the authority, in its Roman sense demonstrated by Arendt, came close to complete oblivion, it has subsisted in Western political history in two ways: through modern revolutions, which rescued the importance of the idea of foundation, and in Machiavellian thought, in which the concept of foundation is fundamental.⁵

Conscious of the need for a new political organism, Machiavelli utilized the term *stato*, which identified him as the “father” of the modern concept of the State. Arendt adds that it is possible to consider Machiavelli the precursor of modern revolutions because he understood that in the foundation existed the central political action, the only great activity that could establish the public and political domain and that could turn the political into reality.

The modern revolutions — generally considered radical ruptures with tradition — emerged as events of political actions that were inspired by the origin of this tradition and extracted their primary force from it. According to Fioravanti, whereas the French revolution attempted to combine the individualist model with the State, the American Revolution attempted to combine

³ ARENDT, H. *Between the Past and the Future*. About philosophy and poetry, see: BLOOM, H. *Where shall wisdom be found?* New York: Riverhead, 2004.

⁴ ARENDT, H. *On Revolution*. New York: Penguin Books, 2006. See also: BROOKE, J. L. “Consent, Civil Society, and the Public Sphere in the Age of Revolution and the Early American Republic”. In: PASLEY, J. L.; ROBERTSON, A. W.; WALDSTREICHER, D. *Beyond the Founders: New Approaches to the Political History of the Early American Republic*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2004.

⁵ ARENDT, H. *Between the Past and the Future*.

individualism with historicism, excluding from its own horizon the European State philosophy of political sovereignty.⁶ In both revolutions, the figure of constituent power carried enormous relevance. Nevertheless, it is important to distinguish differences between the revolutions beyond some coincidences related to the attribution of sovereignty to the people.

In this way, one can attempt to understand why, of the modern revolutions that concentrated and justified their searches for foundations, the American Revolution was successful in renewing the “broken thread with tradition”.⁷

2. THE INSTITUTION'S MECHANISMS

The next step is based on thinking how this worked in the configuration of modern institutions. From another perspective, it's important to remember that, according to Mary Douglas, the entrenching of an idea is a social process.⁸ This process of entrenching implies also in determining intellectual, economic and political processes. Usually, to acquire legitimacy it will look after examples in nature and in reason, and it will be bounded to the very structure of the social order.

That's why it's common to think that institutions have a self-policing start, but, it's paradoxical to think that a community will grow up into little institutions. So, for a social convention turn itself into a legitimate social institution it must be accompanied by a cognitive convention that will structure it. This can be seen in the naturalization process that we are used to make in the dichotomist treatment we give to subjects like gender, ideology and politics.

The social principle is reinforced with a naturalized analogy: female and male, left and right, the people and the king. Mary Douglas observes that these dichotomies present both a complementary aspect, but, either a political hierarchy.⁹ Ultimately, the grounding of institutions will refer to nature, and, in the XVIII century, nature was still deeply bounded to God. God wasn't dead — yet.

Other characteristics help to understand the processes of institutions is the relation with the forebears, usually it is settled a list of inheritance laws. Any person that wishes to validate its pretensions has to remark its ascendancy, and the same rule is applied to the ones wishing to contest their legacy. In addition, the social convention needs also a naturalizing principle, to give

⁶ FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 77.

⁷ ARENDT, H. *Between the Past and the Future*.

⁸ DOUGLAS, M. *How Institutions Think*. Syracuse: Syracuse University Press, 1986. p. 45.

⁹ DOUGLAS, M. *How Institutions Think*. p. 49.

legitimacy to will be done in the future. It's not completely casual that Rome bears as its myth of foundation, the she-wolf relation with the twins Romulus and Remus.

The institutions endure to long phases in which they were simple fragile conventions. The early Christianity is also an example to this point. Being "naturalized", it became part of the universal order and, from this stage, it started to be used to ground different sorts of argumentation.

Another common aspect is that the founding analogies need to be hidden and the way of thinking about the world or the "epistemology" must also be a kind of secret, not accessible to everyone. That's the form in which institutions also give uniformity to a random mixture of items that count as "members" or "elements" of certain category.

The mechanisms by which the institutions provide this uniformity is not always clear. In the case of the Rule of Law, this can be seen in the efforts to eliminate antinomies, vagueness, and other imprecisions, derived from the use of natural language to create rules. But the major conflict about this subject involves the possibility of the judicial review. A practice that is originally legitimated in the name of the coherence of the whole legal system, but it produces a problem that goes beyond this simple question of maintaining its alleged coherence, the problem of legitimacy.

The way that institutions are build is squeezing the ideas into a common shape that pursues to be recognized by all, and become the parameter of correction of other variants — but it not happens always in a pacific way. Yet, institutions fix dynamic processes and hide their influence, they endow themselves with rightness. Mary Douglas understands that: "In marking its own boundaries it affects all lower level thinking, so that persons realize their own identities and classify each other through community affiliation".¹⁰

And it is exactly this question "who are the ones that belong to the community?" that is in the "underground" of the foundation of the modern States. It is on the root not only of modern problems like xenophobia but, in a more profound sense, concerning the origins of the people that created — *ex nihilo* — this community.

3. DEUS EX MACHINA

Jacques Derrida in his "Declarations of Independence",¹¹ start his reflections with one question about the Declaration of Independence: "who signs,

¹⁰ DOUGLAS, M. **How Institutions Think**. p. 102.

¹¹ In: DERRIDA, Jacques. *Negotiations*: interventions and interviews, 1971-2001. Stanford: Stanford University Press, 2002. See also: HONIG, B. "Declarations of Independence: Arendt and

and with what so-called proper name, the declarative act which founds an institution?".¹² This act, of signature is not only the *gesture* of signing, but goes beyond it because it performs, accomplishes itself, "does what it say it does".

What Derrida says is that a declaration that founds something like an institution, a constitution or a State requires that the signer engage himself with it, because the signature maintains a link with the instituting act. An example of it is the need that one institution has of keeping itself independent of the empirical individuals who take part in its production.¹³

But who signs the letter, the declaration? Which is the person that legitimates, that founds this actions? In the case of the Declaration, Thomas Jefferson, the draftsman of the project. By right, he writes but does not sign. Jefferson, the one who represented the representatives, the ultimate signers?

But the representatives sign, by right, for themselves, but also "in the name of", for others. By right the signer is "the people", the "good" people. They (the people) are the ones who declare themselves free and independent. The problem is that this "good people", which authorizes their representatives to sign the draft, does not exist. The inexistence is in the sense of an entity, before the declaration — and this is where the *aporia* is situated — can't be anyone, but the people is also the one who legitimates the signature — the performative act that constitutes a political community, "We the people". As Derrida says: "There was no signer, by right, before the text of the Declaration which itself remains the producer and guarantor of its own signature".¹⁴

The *coup* of force that found the Law, brings the law to the light of day, gives birth and day to the Law. In this point can be observed the union between the constation and performance of language.¹⁵ The Declaration of Independence is a performative act, represents in the verbal form an empirical action, the creator of a new settlement of things and the maker of a baptism.

The signature sustains the *simulacrum of the instant*, as said by Derrida, they invent (for) themselves a signing identity. They sign in the name of the laws of nature, in the name of God. They place the foundation of their institutions in natural laws, in the name of God, that is, the creator of nature, the last resource for legitimization.

If the Declaration of Independence wants to produce any signification this must follow a model, one example — once again, the *aporia* and the search

Derrida on the Problem of Founding a Republic". *The American Political Science Review*, v. 85, n.1, (97-113), 1991.

¹² DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. p. 47.

¹³ DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. p. 48.

¹⁴ DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. p. 50.

¹⁵ A overcoming of the constative and performative aspects of language proposed by Austin.

for grounding to something that through a performative act gives birth to itself. Which is the last instance? What is the last model — in the meta-physical field? To the “Founding Fathers” of the United States the answer can, in a first look, be simple. But this thought conceals a trap, because the French, in the same period, had their revolution, and they needed to change their political configuration, mainly, to put themselves against the *Ancien Régime*, so they didn’t want to be inspired by their predecessors, but, this also was an important question to the ones who aimed to Declare Independence in the United States, even though they were inspired by England they wished to create their own institutional design.

Which alternatives were left? Can a people be born from their own *baptism*? The social contract is ratified by whom? Is there a group of presons that precedes the “We the people”? But, isn’t this people that legitimates the Declaration of Independence — in the name of themselves? In that period there were few alternatives left to justify authority. But, this question was suspended. Or, one can say, *resolved*. The last signature belonged to God, the best proper name. But there is no *proper name*.¹⁶

From this first point a second one is developed. If, in one hand there is a crisis in the legitimation of the independent nation, the new State, on the other hand is the problem of representation. How representatives of the people can sign, speak in the name of the people? Is there a limit to the things that the representatives can do a limit to this *procuration*? The thin link between the paradoxes is located at the meta-phisical *people*. The institution that institutes.

A representative cannot faithfully represent all the represented ones, not event their voters. But there is an invisible and indispensable link between the voter and the elected, the sovereign and its subjects, the State and the people.

Bonnie Honig following this trace discuss the paradox of politics, democracy’s grounding problem in which power should belong to the people,

¹⁶ “It is because the proper names are already no longer proper names, because their production is their obliteration, because the erasure and the imposition of the letter are originary, because they do not supervene upon a proper inscription; it is because the proper name has never been, as the unique appellation reserved for the presence of a unique being, anything but the original myth of a transparent legibility present under the obliteration; it is because the proper name was never possible except through its functioning within a classification and therefore within a system of differences, within a writing retaining the traces of difference, that the interdict was possible, could come into play, and, when the time came, as we shall see, could be transgressed; transgressed, that is to say restored to the obliteration and the non-self-sameness [**non-propriété**] at the origin”. DERRIDA, Jacques. *Of Grammatology*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1997. p. 110

but the people is not allowed to make the important decisions that politics demands.¹⁷ For this reason states Honig that:

The paradox of politics is not soluble by law or legal institutions, nor can it be tamed by universal or cosmopolitan norms. The paradox of politics highlights the chicken and the egg circle in which we are law's authors and law's subjects, always both creatures and authors of law. Thus, the paradox teaches us the limits of law and calls us to responsibility for it. And it teaches that the stories of politics have no ending, they are never-ending.¹⁸

In the beginning of democratic regimes, especially those derived from ruptures with authoritarian governments, can be settled an agreement about who are the opponents, who should be antagonized, but, in fewer cases is possible to make a consensual agreement about the main values that will rule the society, the institutional design of the new government, which are the principles and ideals that the new State should protect — all this stays suspended and usually is the subject of political disputes.

4. REVOLUTION AND INSTITUTIONALIZATION

After the birth of this new nation, various problems emerged regarding the political and institutional configuration of the United States. One important anchor of the national identity of the United States is stated in the Constitution. For Arendt, the relation between the American people before the Revolution and the Constitution was of a *religious order*, in the original sense of *religare*, the capacity to bind or to connect to one's origin.

This tribute to the origin has two axes, the first of which was mistaken because the men of the American Revolution thought that in rescuing the memory, they could adopt its rights and liberties. In this case, they were attempting to consolidate a liberal comprehension of the guarantee of these rights. The second axis treats a political agreement by deriving both the authority and the stability from a political body.

This is the aspect of the American Revolution that differentiated it from the others: the implicit authority in the act of foundation despite the belief in an immortal legislator or the promises established in the rewards and threats of a future life, the after-life. For this reason, the self-evident "truths" enumerated in the Preamble of the Declaration of Independence were those that succeeded in guaranteeing permanence to the New Republic.

¹⁷ HONIG, Bonnie. **Emergency politics**: paradox, law, democracy. Princeton: Princeton University Press, 2009.

¹⁸ HONIG, Bonnie. Emergency. p. 3.

Governments were instituted with the aim of promoting the guarantee of rights, and these governments were derived from the consent of the governed. This gave the people the right to contest or even destroy it if the government violated these originary principles (the right of the people to alter or to abolish it and to institute a new government). The new political body should be faithful to these principles to achieve happiness and safety in the best possible way.

In this originary political derivation can be observed the inspiration of the Roman institutions before the challenges presented by the formation of a new sovereign entity as an organization of the internal structures of the social set and the stabilization of popular expectations. If the Roman example pointed to the power given to the people (*potestas in populo*), the authority remained with the Senate (*auctoritas in senatu*). In the case of the American revolutionaries, this formula was not fully used because the *auctoritas* was yielded to the judiciary.

From this perspective, Hannah Arendt notes that the lack of power presented in the *Federalist* indicates that the primary headquarters of the American Republic was the Supreme Court, which exercised its power through the constant constitutional activity of a permanent "Constitutional Assembly".¹⁹

This epoch was addressing the problem of how to make a perpetual agreement — surrounded by tensions of different orders, such as England's pressure and the necessary conciliation between the colonies — in such a way that the original act of foundation would become permanent. For this reason, a bet was made on trust in the stable and permanent figure of authority.

This "bet on authority" was also reflected in the double role played by the term "Constitution". According to Arendt, this term expressed the notion of a "constituent act" that preceded all of the governments, the framing of a society, and its political and institutional configuration as well as the manifestation of the legacy of this foundational moment, the Letter, the Constitution in its document form.²⁰

This emulation of the "moment of origin" is the production of a foundational abstraction, a time in which the political actors were placed outside of the chronological continuum to become the "Founders". As noted by Arendt, the important point here is not the utilization of the Romans to anchor the foundation, which, in itself, represented a re-constitution, but that the political actors were ready for the paradoxical work of producing a "new origin". They were "Founders" with the authentic capacity to originate new things

¹⁹ ARENDT, H. **On Revolution**.

²⁰ ARENDT, H. **On Revolution**.

based in the nativity and in the comprehension of the fact that human beings existed in the world due the act of giving birth.²¹

The year 1789 marked two very important political occurrences: the French Revolution and the approval of the Constitution of the United States. Despite the political proximity between France and the United States, the institutional political models adopted by the two countries were significantly different.

However, in both cases, the revolution needed to be terminated. Therefore, the Constitution began to symbolize the institutionalization of the demands made by the revolutionaries. If, to a certain point, the Revolution had propelled the formation of new governance and a new institutional political architecture, it needed an end that allowed the transition of the revolutionary state to the Rule of Law.

The State was seen as the best form of government. Thus, the constitutional government attached democratic elements to non-democratic characteristics. This is an indication that there were tensions between the stabilization promoted by the Constitution and the Revolution linked to the constituent power and to the democratic expansion of the sovereignty.

In conclusion, it is important to note that the conventions were one of the political innovations arising from the American Revolution with the formation of a legislative body not directly connected with the legislature. The settlers had knowledge about these conventions, but, in 1770, the institutions of the government did not represent their interests. Thus, the conventions became the alternative defense of the people against the government.

As stated by Arendt, the American Revolution combined two important elements, mutual promises and deliberation. Therefore, it is remembered as the result of men who worked in common agreement backed by mutual promises because men should not be limited to the unpredictable inconstancies of fortune, waiting for their political constitutions to be graced by chance. As noted by Hamilton in the *Federalist* number 1, it was believed that societies of men were capable of establishing good governments as a result of reflection and choice.²²

In this sense, the expression "We the People" in the Preamble of the Constitution of United States had the objective of establishing the fiction that the community was not governed by a king or an external power but by insti-

²¹ ARENDT, H. **On Revolution**.

²² HAMILTON, A.; MADISON, J. JAY, J. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003. p. 27.

tutions that represented its own constitutional expression, with a political order that was not drawn from history but was created and implemented civically by the people themselves.²³

REFERENCES

- ARENDT, H. **Between the Past and the Future**. New York: Penguin Books, 1993.
- ARENDT, H. **On Revolution**. New York: Penguin Books, 2006.
- BLOOM, H. **Where shall wisdom be found?** New York: Riverhead, 2004.
- BROOKE, J. L. "Consent, Civil Society, and the Public Sphere in the Age of Revolution and the Early American Republic". In: PASLEY, J. L.; ROBERTSON, A. W.; WALDSTREICHER, D. **Beyond the Founders: New Approaches to the Political History of the Early American Republic**. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2004.
- DERRIDA, Jacques. **Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001**. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- DERRIDA, Jacques. **Of Grammatology**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1997.
- FIORAVANTI, M. **Los derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las constituciones. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. JAY, J. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003.
- HONIG, B. "Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic." **The American Political Science Review**, v. 85, n.1, (97-113), 1991.
- HONIG, Bonnie. **Emergency politics: paradox, law, democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- KRAMER, L. D. **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

* Recebido em 08 dez. 2014.

²³ KRAMER, L. D. **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.



O SISTEMA DE IVA EM MOÇAMBIQUE: ADOPÇÃO E CARACTERÍSTICAS GERAIS

*Clotilde Celorico Palma**

1. NOTA PRÉVIA

O Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) é um caso de sucesso a nível mundial, depressa se tendo tornado um imposto em moda, contagiando os distintos sistemas fiscais. Embora revestindo modelos diversos, o certo é que actualmente quase duzentos países a nível mundial basearam o seu sistema de tributação das transacções neste imposto. Países como o Vietname, a Zâmbia, o Vanuatu, o Uganda, o Uruguai, a Tunísia, a Tailândia, a Tanzânia, o Senegal, a Rússia, a Palestina, o Panamá, as Filipinas, o Paraguai, o Nepal, a Nicarágua, a Nigéria, a Mongólia, o Laos, o Quénia, a Coreia, a Indonésia, a Guatemala e as Ilhas Fidji, inspiraram o seu sistema de tributação das transacções no modelo IVA. Nos países de expressão portuguesa, podemos encontrar este tributo em Moçambique e em Cabo Verde, estando a respectiva introdução a ser equacionada em Angola e no Brasil.¹

* Doutora em Direito. Docente universitária. Ex. Inspetora da Direcção Geral dos Impostos e da Inspecção Geral de Finanças de Portugal. Advogada especialista em Direito Fiscal. Consultora da Comissão Europeia para a reforma do IVA.

¹ Sobre a adopção do IVA no Brasil veja-se a obra AAVV – **IVA para o Brasil, Contributos para a Reforma da Tributação do Consumo**, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Sérgio Vasques e Vasco Branco Guimarães (organizadores), Instituto Fórum de Direito Tributário, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, nomeadamente, Ricardo Lobo Torres, “É possível a criação do IVA no Brasil?”, p. 19-36, Vasco Branco Guimarães, “A tributação do consumo no Brasil: uma visão europeia”, p. 37-68, Héleno Taveira Tôrres, “O IVA na experiência estrangeira e a tributação das exportações no direito brasileiro”, p. 69-122, e Sacha Calmon Navarro Coelho, “O IVA brasileiro”, p. 553-586. Relativamente à implementação do IVA em Moçambique veja-se Aboobacar Zainadine Dauto Changa, “A implementação do IVA em Moçambique”, in *ibidem*, p. 463-526. Quanto à introdução do IVA em Cabo Verde, veja-se Clotilde Celorico Palma, **Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado Cabo verdiano**, Cadernos IDEFF internacional n.º4, Novembro 2014, Sérgio Vasques, “Focus in Cape Verde: Introduction of VAT”, **VAT Monitor** vol. 16, n.º 5, 2005, p. 349-355, e “A introdução do IVA em Cabo Verde”, in AAVV – **IVA para o Brasil, Contributos para a Reforma da Tributação do Consumo**, op. cit., p. 157-172.

Trata-se, inequivocamente, de um caso de sucesso, de um fenómeno de contágio fiscal que alastrou pelo mundo com uma espécie de linguagem fiscal universal a que, de forma pouco técnica, costumamos designar por "IVÊS".

O sucesso deste imposto deve-se fundamentalmente às suas características, em especial à generalidade e à neutralidade, obtidas através do chamado método das facturas, do crédito de imposto ou método subtractivo indireto². Desde que acordamos até nos deitarmos vivemos nas "malhas" do IVA. Estamos constantemente a pagar IVA, na luz que ligamos, no banho que tomamos, naquilo que comemos e vestimos, na gasolina que gastamos, etc., etc., etc. Mas, regra geral, e contrariamente aos tributos directos, não sentimos o peso deste imposto.

Eis, pois, duas características fundamentais do IVA que o tornam particularmente virtuoso e especialmente apetecível: trata-se de um imposto geral sobre o consumo que, actuando através do método subtractivo indireto nas

Sobre a experiência dos países da CPLP, vejam-se ainda as comunicações apresentadas na I Conferência de Directores Gerais dos Impostos da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, organizada pela DGCI em 20 de Maio de 2009, por Elias Monteiro, "A adopção do IVA: Experiência cabo-verdiana", Aboobacar Changa, "Adopção do IVA-Experiência Moçambicana", Maria L. Fati, "Implementação do IGV (Imposto Geral sobre Vendas) como modelo de tributação de consumo na Guiné Bissau", Clotilde Celorico Palma, **O Imposto de Consumo em Angola**, Cadernos IDEFF internacional n.º3, Outubro de 2013, Novembro 2014 Maria Carvalho, "Tributação da Despesa em Angola, Regulamento do Imposto do Consumo", Alda Daio, "Imposto sobre o Consumo, Experiência de São Tomé e Príncipe", Maria José C. Amaral, "Tributação em Timor-Leste", e André Luiz Barreto de Paiva Filho, "Tributação do Consumo no Brasil".

² Sobre o processo de harmonização do IVA veja-se, nomeadamente, Clotilde Celorico Palma, "A harmonização comunitária do Imposto sobre o Valor Acrescentado: Quo Vadis?", **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, n.º 5, Setembro 2005, Separata, e Rita de La Feria, **The EU VAT System and the Internal Market**, Doctoral Series 16, IBFD-Academic Council, 16, 2009, p. 1-88. Em particular sobre o IVA em Moçambique veja-se Clotilde Celorico Palma, **Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado Moçambicano**, Cadernos IDEFF n.º 1, Maio de 2012, Almedina.

Sobre os desenvolvimentos mais recentes veja-se, nomeadamente, Clotilde Celorico Palma, "25 Anos de IVA em Portugal - de onde vimos e para onde vamos?", **Estudos de IVA II**, Almedina, Setembro de 2012, "A Comunicação da Comissão sobre o futuro do IVA", em vias de publicação na **Revista TOC**, "A Reforma do IVA - algumas propostas", **Revista TOC** n.º 135, Julho 2011, "O Livro Verde sobre o Futuro do IVA - Algumas reflexões", **Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal**, Ano IV, n.º 1, Março de 2011, Mário Alexandre, "A evolução do sistema comum do IVA, o mecanismo de 'balcão único' ou one-stop shop", **Vinte Anos de Imposto Sobre o Valor Acrescentado em Portugal: Jornadas Fiscais em Homenagem ao Professor José Guilherme Xavier de Basto**, Almedina, Novembro 2008, e António Carlos dos Santos, "The European common VAT system: merits, difficulties and perspectives of evolution", **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, Almedina, n.º 3, Ano I, 2008. Sobre o processo de harmonização deste imposto e os princípios fundamentais que lhe são aplicáveis, veja-se, nomeadamente, Paolo Centore, **Manuale dell'IVA europea**, V Edizione, IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, 2008, p. 3-177.

diversas fases do circuito económico, teoricamente apenas sobre o valor acrescentado em cada uma delas, provoca o chamado efeito de anestesia fiscal.³ A conjugação destas características redunda numa outra grande virtude do IVA: o facto de ser bastante reditício, à qual acresce o mérito de, teoricamente, se tratar de um tributo fácil de administrar dado o controlo cruzado efectuado necessariamente entre sujeitos passivos. Por outro lado, uma das grandes vantagens do IVA relativamente aos demais impostos sobre as transacções assenta na sua neutralidade, quer no plano interno, quer a nível internacional. Eis, pois, a explicação para este grande mistério que é o “fenómeno IVA”.

Dadas as inegáveis virtudes deste tributo⁴, demonstradas, essencialmente, pelo sucesso da sua aplicação em determinados países, como a França, a então CEE adoptou o IVA como modelo obrigatório de tributação das transacções nos Estados membros.⁵

Em Moçambique, o IVA foi adoptado exactamente pelos seus méritos próprios em 1999, tendo uma grande proximidade nas suas características fundamentais com o sistema comum do IVA da União Europeia, mas com características peculiares que resultaram da sua natural adaptação à realidade nacional, nomeadamente, a existência de regimes especiais e específicos especialmente adaptados a pequenos contribuintes e um maior leque de situações de isenção abrangendo bens de consumo essenciais e bens destinados à agricultura e pescas, vantagens decorrentes da margem de manobra que o legislador possui e que já na UE não é possível.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO IVA

Em geral, nos países que adoptaram o IVA, incluindo a UE, este imposto é dotado das seguintes características principais:

- Imposto geral sobre o consumo de bens e serviços
- Imposto plurifásico
- Imposto indirecto (método subtractivo indirecto)
- Imposto não cumulativo

³ A este propósito e, em geral, sobre as características fundamentais deste tributo, *vide* Xavier de Basto, *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*, CCTF n.º 164, Lisboa 1991, p. 39 e ss.

⁴ Note-se, todavia, que uma das vertentes mais criticadas deste tributo é a da sua regressividade, ou da não progressividade, relativamente aos rendimentos das famílias, considerando a maior propensão ao consumo por parte das famílias de rendimentos baixos e médios.

⁵ Para um esclarecimento dos motivos subjacentes à adopção do IVA a nível comunitário, *vide*, designadamente, Pascale Miconi, “Razões justificativas da introdução de um sistema de Imposto sobre o Valor Acrescentado”, CTF n.ºs 244/246, Abril-Junho 1979.

- Imposto baseado no princípio de tributação no destino nas relações internacionais (na UE foi, até Dezembro de 2011, transitoriamente baseado no princípio de tributação no país de destino para as transacções intracomunitárias de bens)

Na UE é um imposto de matriz comunitária existindo desde 1967 um sistema comum deste imposto a cuja adopção os Estados membros se encontram obrigados.

O IVA moçambicano partilha de todas estas características à excepção, naturalmente, da última.

O princípio geral de um modelo baseado no imposto sobre o valor acrescentado consiste em aplicar aos bens e serviços um imposto geral sobre o consumo proporcional ao preço dos bens e serviços, independentemente do número de transacções ocorridas no processo de produção e de distribuição anterior à fase de tributação. Nas operações entre sujeitos passivos de IVA, em cada uma das transacções, o imposto sobre o valor acrescentado, calculado sobre o preço do bem ou do serviço à taxa aplicável ao referido bem ou serviço, é exigível, com prévia dedução do montante do imposto sobre o valor acrescentado que tenha incidido directamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço. Num modelo de base alargada, o imposto sobre o valor acrescentado é aplicável até ao estádio do comércio a retalho, inclusive.⁶

O IVA é conhecido por resistir bem ao teste da neutralidade, de nas transacções internacionais se basear no princípio de tributação no país de destino⁷ e de ser bastante reditício relativamente aos demais tributos.

⁶ Conforme se determinava no artigo 2.º da denominada Primeira Directiva IVA que tornou obrigatória a adopção de um modelo comunitário do IVA por todos os países que aderem à CEE, agora UE, Directiva 67/227/CEE, já cit.

⁷ Na CEE o objectivo era o de que a tributação no destino nas operações entre os Estados membros fosse transitória, tendo-se consagrado desde logo esta regra em 1967 e tendo-se instituído em 1993 um regime transitório de tributação das transacções intracomunitárias. Esta ideia faz sentido num espaço que se pretende cada vez mais integrado como era o caso da CEE, assente num princípio de não discriminação fiscal e igualdade de tratamento para transacções efectuadas no interior de um país ou de um país para outro: neste sentido, será desejável a tributação na origem. Contudo, a sua adopção é extremamente difícil e o caso da UE é um exemplo. Com efeito, caso a tributação ocorra no país de origem, temos que conceber um mecanismo fiável de redistribuição de receita ao país de destino onde ocorre o acto de consumo e aí reside o principal problema, sobretudo existindo grandes diferenças ao nível das taxas do imposto. Na UE, actualmente, os Estados membros têm que ter uma taxa geral de IVA cujo montante varia entre 15% a 25% e podem ter até duas taxas reduzidas com o montante mínimo de 5%. A 6 de Dezembro de 2011, na sua Comunicação sobre o futuro do IVA (COM (2011) 851 final), a Comissão abandonou a ideia da passagem a um princípio de tributação na origem relativamente às transacções efectuadas entre Estados membros, atentas as dificuldades subjacentes.

Sobre o Regime do IVA nas Transacções Intracomunitárias, da autora, **O IVA e o mercado interno – Reflexões sobre o regime transitório**, CCTF n.º 178, 1998. Sobre o futuro do IVA na UE,

Em regra, as principais vantagens do IVA residem desde logo no facto de possuir um grau amplo de generalidade, abrangendo tendencialmente todo o acto de consumo através de uma noção residual ou negativa de prestação de serviços, o que se traduz num aumento da receita fiscal. Mas o IVA tem vindo a ser adoptado atendendo essencialmente ao facto de passar bem no “teste da neutralidade”.⁸ Este imposto assegura tendencialmente uma neutralidade interna e internacional: a carga tributária mantém-se igual independentemente do sistema de produção e de comércio. Neste contexto, oferece a vantagem de permitir que, considerando o valor do trabalho por incorporação no valor acrescentado nas diversas fases do circuito, se solucionem as questões de destrinça entre o valor das mercadorias e dos serviços que ocorrem principalmente nas fases de transformação nos sistemas em que os serviços não são especificamente tributados, facilitando o progresso tecnológico por supressão do incentivo à integração vertical, permitindo a abolição das fronteiras fiscais e a criação de uma fronteira única com o exterior.

Devido à sua generalidade, possibilita a adopção de taxas moderadas e a respectiva distribuição por vários sujeitos passivos.

Através da adopção da técnica do método subtractivo indireto ou da liquidação e dedução do imposto, evita, em princípio, os efeitos inflacionistas provocados com os impostos cumulativos, permitindo um controlo cruzado entre sujeitos passivos, não estimulando o recurso à fraude ou à evasão fiscal tanto como os outros sistemas de tributação, uma vez que a cada fase corresponde um montante reduzido de imposto, sendo dotado do denominado efeito de anestesia fiscal produzido pelos impostos indiretos.

As principais críticas ao IVA assentam nas dúvidas sobre os seus alegados benefícios. Desde logo, nas novas dificuldades que cria, nomeadamente, num aumento da administração dado o aumento de contribuintes e dos custos de cumprimento. Por outro lado, o IVA não é um imposto justo, sendo-lhe reconhecido o efeito de regressividade: são as camadas da população com menores rendimentos que afectam uma maior parte do seu rendimento ao consumo, sendo mais penalizadas. Acresce que demonstra deficiências no combate à fraude, em especial na União Europeia, devido ao facto de os bens cir-

veja-se, igualmente da autora, “25 Anos de IVA em Portugal - de onde vimos e para onde vamos?”, op. cit., “A Comunicação da Comissão sobre o futuro do IVA”, op. cit., “À Reforma do IVA – algumas propostas”, op. cit., e “O Livro Verde sobre o Futuro do IVA – Algumas reflexões”, op. cit.

⁸ Em termos gerais, de acordo com o princípio da neutralidade, a tributação não deverá interferir nas decisões económicas nem na formação dos preços, implicando a extensão do âmbito de aplicação deste imposto a todas as fases da produção e da distribuição e ao sector das prestações de serviços. Sobre a neutralidade na tributação do consumo e do IVA, veja-se Xavier de Basto, **A tributação do consumo e a sua coordenação internacional**, op. cit., p. 29 e ss. e 52 e ss.

cularem com isenção de imposto e direito à dedução do IVA suportado no espaço intracomunitário, sendo que a partir de 1 de Janeiro de 1993 desapareceram os controlos nas fronteiras entre os diversos Estados membros.

Em Moçambique, a tributação indirecta abrange o IVA, o Imposto sobre os Consumos Específicos (ICE) e os Direitos Aduaneiros. A Lei de Bases do sistema fiscal moçambicano (Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho), no seu artigo 67.º, caracteriza o IVA moçambicano da seguinte forma: *“O Imposto sobre o Valor Acresentado incide sobre o valor das transmissões de bens e prestações de serviços realizadas no território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal, bem como sobre as importações de bens, devendo:*

1. As isenções serem limitadas às exportações e ao consumo de alguns bens e serviços cuja natureza e essencialidade o justifiquem;
2. A respectiva taxa ser estabelecida pelo Conselho de Ministros até ao limite máximo de vinte e cinco por cento”.

Contudo, posteriormente à entrada em vigor desta norma, a Constituição da República Moçambicana (CRM) aprovada a 16 de Novembro de 2004, vem determinar expressamente que compete exclusivamente à Assembleia da República definir as bases das política de impostos e o sistema fiscal. Por outro lado, nos termos do disposto no artigo 127.º da CRM, estipula-se expressamente que os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Neste contexto, faz-se notar que, prescrevendo a lei cimeira que as taxas são fixadas por lei, não poderá a taxa do IVA vir a ser determinada pelo Conselho de Ministros, conforme o disposto na aludida Lei de Bases, que, aliás, é anterior à Constituição vigente.

O IVA vigente em Moçambique é caracterizado, essencialmente, como um imposto indirecto, plurifásico, que atinge tendencialmente todo o acto de consumo através do método subtractivo indirecto, resultando estas características numa outra: a respectiva neutralidade quer a nível interno quer a nível internacional⁹. O IVA moçambicano apresenta ainda as características de ser um imposto com uma taxa única, dotado de maior simplicidade do que o modelo comum vigente na União Europeia, não obstante comportar um maior número de situações de benefícios fiscais, pelo que a característica da generalidade do imposto se apresenta mais atenuada.

⁹ Relativamente ao sistema de IVA em Moçambique, veja-se Clotilde Celorico Palma, **Introdução ao Imposto sobre o Valor Acresentado Moçambicano**, Cadernos IDEFF internacional n.º1, Maio 2012.

2.1. Um imposto plurifásico que opera através do método subtractivo indirecto

O IVA em Moçambique, tal como na União Europeia, é um imposto que incide sobre todas as fases do processo produtivo, do produtor ao retalhista, através do chamado método subtractivo indirecto, das facturas, do crédito de imposto ou sistema dos pagamentos fraccionados.

Este método é “*a trave-mestra do sistema do imposto sobre o valor acrescentado*”.¹⁰

O método subtractivo indirecto mais não é do que a técnica da liquidação e dedução do imposto em cada uma das fases do circuito económico, funcionando da forma descrita quando as transacções se processam entre sujeitos passivos do imposto com direito à dedução. Com efeito, tal não sucede com os particulares e os sujeitos passivos que beneficiam de isenções incompletas, actuando enquanto “consumidores finais” para efeitos de IVA, dado não terem em sede deste imposto direito à dedução do IVA suportado.

O IVA, ao operar através deste método nas diversas fases da cadeia de produção e comercialização dos bens e serviços, vai incidir apenas sobre o valor acrescentado em cada uma, sendo o preço final do bem equivalente à soma dos valores acrescentados.

2.2. Um imposto tendencialmente geral sobre o consumo

Em Moçambique, tal como na UE, temos como operações tributáveis em sede deste imposto as transmissões de bens, as prestações de serviços e as importações de bens (cfr. o disposto no artigo 1.º, n.º 1, do Código do IVA). Ora, os conceitos das referidas operações tributáveis encontram-se definidos pela positiva no Código, com excepção do conceito de prestação de serviços. De facto, o conceito de prestação de serviços encontra-se delimitado de forma residual ou negativa no artigo 4.º, n.º 1, do Código, são consideradas como prestações de serviços as operações efectuadas a título oneroso que não constituem transmissões ou importações de bens. Através deste conceito, consegue-se, desta forma, tributar todo o acto de consumo. Todavia, tal como referimos, o IVA moçambicano apresenta diversos regimes de excepção, concretizados numa série de benefícios fiscais que fazem com que o seu grau de generalidade seja afectado.

¹⁰ Xavier de Basto, **A tributação do consumo e a sua coordenação internacional**, op. cit., p. 41.

2.3. Um imposto que pretende ser neutro

Quer a nível interno, quer a nível internacional, o IVA, ao operar com base no método subtractivo indireto nas diversas fases do processo produtivo, é um modelo de imposto sobre as transacções que parece garantir, de forma razoável, o requisito da neutralidade.¹¹

É habitual distinguir-se a neutralidade dos impostos de transacções relativamente aos efeitos sobre o consumo e sobre a produção.¹² Existirá neutralidade relativamente ao consumo, quando o imposto não influí nas escolhas dos diversos bens ou serviços por parte dos consumidores. Um imposto será neutro na perspectiva da produção, se não induz os produtores a alterações na forma de organização do seu processo produtivo.

Dado que no IVA, independentemente do número de fases do circuito económico, a carga fiscal incidente sobre o bem será a mesma, contrariamente ao que se verifica com os impostos cumulativos, os operadores não são induzidos a se integrarem por motivos fiscais.

Por outro lado, conforme já se referiu, a nível internacional este imposto assegura de forma adequada os ajustamentos fiscais nas fronteiras necessários com a adopção do princípio de tributação no país de destino, princípio adotado em sede de IVA para as transacções internacionais. Com efeito, é sempre possível em qualquer fase do circuito económico apurar com exactidão a componente fiscal do valor dos bens, mediante a aplicação da taxa ao valor do bem nessa fase, pelo que, as restituições à exportação e as compensações na importação são feitas de forma simples e rigorosa, assegurando a neutralidade do imposto nas relações entre os países.

Note-se, contudo, que a existência de um imposto completamente neutro está fora de causa. Sempre se terão que conceder alguns benefícios que afectam tal características, nomeadamente isenções que não permitem o direito à dedução do imposto suportado.¹³

¹¹ Sobre esta matéria veja-se, Clotilde Celorico Palma, *As Entidades Públicas e o Imposto sobre o Valor Acrescentado: uma ruptura no princípio da neutralidade*, dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico Económicas, especialidade em Direito Fiscal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Dezembro 2010.

¹² A este propósito, Xavier de Basto, *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*, op. cit. p. 29 a 61. O autor demonstra, através de vários exemplos, que o IVA “resiste bem ao teste da neutralidade”, embora não seja perfeito, devido, nomeadamente, à existência de isenções incompletas, que não conferem direito à dedução do imposto suportado.

¹³ Conforme nota Xavier de Basto, *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*, op. cit., p. 29 e 30, “A neutralidade relativamente ao consumo depende exclusivamente do grau de cobertura objectiva do imposto e da estrutura das taxas, estando fora de questão delinear um imposto de consumo totalmente neutro. Sempre terão de ser concedidas algumas isenções (...) e, provavelmente, existirão diferenças na taxa aplicável às diferentes transacções de bens e prestações de serviços”.

2.4. Um imposto reditício

Das características que acabámos de referir, ressalta o facto de o IVA ser bastante reditício, ocupando em diversos países uma relevante posição no que toca ao financiamento do Orçamento. Em Moçambique, à semelhança do que se verifica em Portugal, é a principal receita tributária.

2.5. Um imposto baseado no princípio de tributação no país de destino nas transacções internacionais

Os conflitos de tributação que surgem no contexto do comércio internacional podem ser resolvidos através da adopção do princípio de tributação no país de origem ou do princípio de tributação no país de destino. De acordo com o primeiro, em termos abstractos (i.e., sem se ter em consideração um determinado modelo concreto), as mercadorias são tributadas no país onde são produzidas, abstraindo-se do país onde se efectua o consumo. De acordo com o segundo e igualmente em termos abstractos, os bens são tributados apenas no país onde ocorre o acto de consumo, não se considerando o país da respectiva origem.

Na União Europeia, em 1967, no preâmbulo da Primeira Directiva IVA, optou-se por adoptar como transitório o sistema de tributação das transacções entre Estados membros no país de destino, falando-se na adopção futura de um regime definitivo do IVA com tributação no Estado membro de origem.

¹⁴ Com efeito, num espaço económico que se pretende cada vez mais integrado faz sentido a concessão de igual tratamento entre operações realizadas no interior de um Estado membro e transacções entre Estados membros ou transacções intra-UE, respeitando-se, desta forma, o princípio da não discriminação em matéria fiscal. Mas os custos da instituição de um regime como este poderão ser muito avultados, sobretudo para os Estados membros “importadores líquidos”, como é o caso de Portugal, pelo que todos os esforços envidos no sentido de passar a tributar as transacções intra-UE na origem foram malogrados, tendo-se abandonado em 2012 a ideia de um regime definitivo do IVA com tributação na origem para as transacções realizadas entre os Estados membros.¹⁵

¹⁴ Tal como nota Xavier de Basto, *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*, op. cit., p. 78, trata-se, na realidade, da adopção de um princípio de tributação na origem restrito (“restricted origin principle”), uma vez que se limita às transacções efectuadas no seio do espaço da UE não abrangendo todos os países fora deste espaço.

¹⁵ Conforme refere António Carlos dos Santos, “Integração europeia e abolição das fronteiras fiscais. Do princípio do destino ao princípio da origem?”, Separata da CTF n.º 372, Out./Dez 1993, p. 47, nota de rodapé 109, de acordo com um estudo da Comissão de 25 de Agosto de 1987, os EM importadores líquidos seriam, ainda em milhões de ECUS, a Dinamarca (+680), a Espanha (+132), a França (+1241), a Grécia (+437), a Irlanda (+52), a Itália (+147), Portugal (+77) e o

Em Moçambique, nas transacções internacionais aplica-se o princípio de tributação no destino: as exportações são isentas no país onde saem as mercadorias e as importações são tributadas no país onde os bens dão entrada, às taxas e nas condições aí vigentes.

O facto de o IVA garantir uma aplicação adequada do princípio do destino relativamente aos demais impostos sobre as transacções foi uma das suas vantagens mais notadas. De facto, como referimos, com este tipo de imposto é possível proceder-se a um adequado ajustamento fiscal na fronteira nas exportações, através da concessão de uma isenção com direito ao imposto suportado a montante, e nas importações, com pagamento do IVA no acto do desembarque aduaneiro e atribuição do direito à dedução do imposto a jusante. Ora, como salienta Teodoro Waty, ao assentar no princípio de tributação no destino, o IVA desempenha uma função de elemento equilibrador da concorrência, dado que a maioria dos parceiros comerciais de Moçambique exonera de tributação as respectivas exportações e tributam as importações, garantindo-se, assim, a competitividade e uma igualdade de tratamento entre produtos nacionais e estrangeiros.¹⁶

2.6. Um imposto adaptado à realidade nacional

Comparando o IVA moçambicano com o sistema de IVA vigente na UE, a primeira conclusão que retiramos, como referimos, é a de que é muito semelhante a este.

Contudo, diversamente do que se constata na UE, o legislador em Moçambique tem a vantagem de não se encontrar vinculado a um modelo comum, pelo que pode e deve adaptar o sistema à realidade nacional.

É precisamente o que se passa com o IVA moçambicano. O sistema de IVA vigente é mais simples que o sistema vigente na UE, tratando-se, nomeadamente de um sistema onde não há tributação dos subsídios e de taxa única. Todavia, o grau de generalidade do imposto acaba por ser menor, dado que a adaptação à realidade nacional teve por consequência a previsão de uma série de isenções contempladas, essencialmente, nos artigos 9.º a 14.º do CIVA e no Código dos Benefícios Fiscais, para além da consagração de regimes especiais e específicos.

Reino Unido (+1845). Os exportadores seriam a Alemanha (-3524), a Holanda (-1509) e a União Económica entre a Bélgica e o Luxemburgo (-747). Para uma actualização destes dados veja-se **Commission Staff working paper on measures to change VAT system to fight fraud, 6859/08, ADD 1, FISC 24**, Brussels, 22 February 2008.

¹⁶ **Direito Fiscal**, W&W, Editora Limitada, Maputo, 2007, p. 203.

3. CARACTERÍSTICAS DO IVA EM MOÇAMBIQUE

Em suma, poderemos resumir as seguintes características do IVA em Moçambique:

- Similar ao IVA da UE (CIVA de Moçambique muito semelhante ao CIVA de Portugal), mas adaptado à realidade moçambicana
- Relativamente simples
- Modelo IVA tipo consumo
- Imposto geral sobre bens e serviços
- Incide em todas as fases do circuito económico
- Limitação do universo de contribuintes do regime normal e criação de regimes especiais para pequenas e médias empresas
- Economicamente neutro
- De elevado rendimento
- Administrativamente eficiente
- Liquidação e cobrança — método do crédito de imposto
- Imposto de taxa única e taxa zero para exportações
- Adopção do método do reporte do imposto como regra geral
- Tributação no destino para as operações internacionais
- Existência de três níveis de enquadramento dos sujeitos passivos: regime geral, regimes de pequenos contribuintes e regimes específicos

4. A ADOPÇÃO DO IVA POR MOÇAMBIQUE

Em 1998, vésperas de adopção do IVA em Moçambique, vigoravam o Imposto de Circulação, um imposto geral sobre a venda de bens e prestação de serviços, do tipo cumulativo, o Imposto de Consumo, incidente sobre um conjunto alargado de produtos constantes de tabela própria, o Imposto de Turismo, incidente sobre os bens e serviços prestados no âmbito da hotelaria e turismo e o Imposto sobre Combustíveis, incidente sobre os produtos derivados do petróleo.

Com a reforma da tributação do consumo foi introduzido o IVA e revogado o Imposto de Circulação, foi reduzido o âmbito de incidência do Imposto do Selo, o Imposto de Consumo foi transformado em Imposto Especial de

Consumo, o Imposto de Turismo foi eliminado e incluiu-se o sector de transportes no IVA.

Os motivos subjacentes à introdução do IVA consistiram essencialmente no facto de já ser o modelo de tributação utilizado num grande número de países (à data já mais de 140), de permitir a integração internacional das economias, garantir receitas fiscais adequadas, acolher a desoneração fiscal total dos produtos nacionais destinados à exportação e, basicamente, apresentar três grandes virtudes: produtividade, neutralidade e eficiência.¹⁷

O principal imposto existente sobre o consumo existente à data, o Imposto de Circulação, era igualmente um imposto geral, incidindo sobre todos os bens e serviços com taxas de 5% na produção e de 10% nos estádios grossista e retalhista.¹⁸

Ora, não obstante este tributo gerar muita receita para o Estado, o certo é que incentivava o mercado informal e produzia efeitos inflacionistas nos preços dos bens quer a nível interno quer dos bens para exportação. Por sua vez, o Imposto de Consumo era um tributo monofásico que incentivava a evasão e o contrabando. Neste contexto, a adopção do IVA em Moçambique surge como uma consequência natural das suas virtudes face aos seus antecessores e ao contexto do país, nomeadamente aos seus parceiros comerciais.¹⁹

Em suma, tal como sucedeu em Portugal e, em geral, na grande maioria dos países que adoptaram este imposto, também em Moçambique o IVA foi adoptado essencialmente devido às suas virtudes.

O Código do IVA foi aprovado através do Decreto n.º 51/98, de 29 de Setembro, e o imposto entrou em vigor em 1 de Junho de 1999, tendo sido revogados, a partir desta data, os Códigos do Imposto de Circulação e do Imposto de Consumo, bem como a legislação complementar respectiva.

A introdução deste imposto em Moçambique consubstanciou uma relevante reforma no sentido da modernização do seu sistema fiscal, tendo ainda sido introduzido na Reforma de 1999, como mencionámos, o Imposto sobre

¹⁷ Cfr. Changa, Aboobacar Zainadine Dauto – “A implementação do IVA em Moçambique”, AAVV – **IVA para o Brasil, Contributos para a Reforma da Tributação do Consumo**, op.cit..

¹⁸ Sobre o sistema fiscal moçambicano antigo veja-se António Carlos dos Santos, “As transformações do sistema fiscal moçambicano: da independência à reestruturação de 1987”, CESA – Centro de Estudos sobre África, Instituto Superior de Economia e Gestão. Sobre o sistema vigente veja-se **Manual do Imposto sobre o Valor Acrescentado**, 2 de Dezembro de 2011, ACIS em cooperação com USAID, SPEED e Deloitte, e, do Ministério das Finanças, Autoridade Tributária de Moçambique, o **Manual de Reembolso do IVA**, Maputo, Novembro de 2007, o **Manual de Fiscalização de Mercadorias em Circulação**, Maputo, Outubro de 2007 e as **Perguntas Mais Frequentes em sede do IRPS, IRPC e IVA**, Maputo.

¹⁹ Cfr. Teodoro Waty, **Direito Fiscal**, op. cit., p. 203.

Consumos Específicos, que tributa selectivamente determinados bens enunciados na tabela anexa ao respectivo Código, aprovado por Decreto n.º 52/98, de 29 de Setembro.

O Código do IVA foi posteriormente objecto de alterações através da Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho, e da Lei n.º 32/2007, de 31 de Dezembro, que veio revogar o Decreto n.º 51/98, de 29 de Setembro, e suas alterações, os Decretos n.ºs 78/98 e 79/98, ambos de 29 de Dezembro, os Decretos n.ºs 34/99, 35/99 e 36/99, todos de 1 de Junho²⁰, bem como toda a legislação complementar contrária à Lei n.º 15/2000.

O Código do IVA em vigor é o Código aprovado em anexo à Lei n.º 15/2007, de 31 de Dezembro, que reformulou a Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho (anterior CIVA), atendendo à necessidade de reformulação da tributação indirecta, tendo sofrido uma grande redução das suas disposições, dado que se optou por contemplar alguns aspectos no novo Regulamento da Cobrança, do Pagamento e do Reembolso do IVA, aprovado pelo Decreto n.º 77/98, de 29 de Dezembro²¹, na Lei n.º 2/2006, de 22 de Março, que estabelece os princípios e normas gerais do ordenamento jurídico tributário da República de Moçambique, à qual passamos a chamar Lei Geral Tributária (LGT) e no Regime Geral das Infracções Tributárias, aprovado pelo Decreto n.º 46/2006, de 26 Dezembro.

O CIVA deve ser aplicado conjuntamente com a demais legislação complementar.²² Com efeito, para além do CIVA, existe alguma legislação complementar, nomeadamente o Regulamento do CIVA/RECIVA, anexo ao Decreto n.º 7/2008, de 16 de Abril (sistematiza aspectos fundamentais da aplicação do imposto de forma resumida, pormenoriza obrigações e disciplina os regimes específicos) e o aludido Regulamento da Cobrança, do Pagamento e do Reembolso do IVA.

Poderemos sintetizar da seguinte forma os principais regimes e legislação existentes:

- Regime geral de tributação — CIVA, RECIVA e RECPRIVA

²⁰ Estes diplomas regulamentavam a aplicação do IVA às transmissões de bens e às prestações de serviços cujos preços são fixados pelas autoridades públicas. Os Decretos n.ºs 34/99, 35/99 e 36/99, de 1 de Junho, e 80/99, de 1 de Novembro, estabeleciam, respectivamente, normas específicas de aplicação do imposto na transmissão de combustíveis, energia eléctrica e serviços de aeronáutica, tendo sido, grosso modo, incluídos nas regras de cálculo do valor tributável das operações constantes do artigo 15.º do CIVA.

²¹ O Decreto n.º 77/98 foi alterado pelos Decretos n.º 16/1999, de 27 de Abril e n.º 29/2000, de 10 de Outubro.

²² Em especial sobre o Código do IVA em Moçambique na versão anterior à de 2007, veja-se Graça Fumo e Idália Magane, *Código do IVA comentado*, Moçambique Editora, Ernst & Young, 1^a Edição, Junho de 2004.

- Regimes de pequenos contribuintes:
- Regime de Isenção (artigos 35.º a 41.º do CIVA)
- Regime de Tributação Simplificada (artigos 42.º a 49.º do CIVA)
- Regimes específicos (tributação pela margem):
- Regime das agências de viagens e operadores de circuitos turísticos (artigos 38.º a 46.º do RECIVA)
- Regime dos bens em segunda mão (artigos 47.º a 49.º do RECIVA)
- Isenções no Código dos Benefícios Fiscais, anexo à Lei n.º 4/2009, de 12 de Janeiro.
- Regime Especial de Exigibilidade do Imposto sobre o Valor Acrescentado nas Empreitadas e Subempreitadas de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto n.º 27/2000, de 10 de Outubro.

Para além da supracitada legislação, tenha-se ainda em consideração, nomeadamente, a seguinte:

- Diploma Ministerial n.º 198/98 de 30 de Outubro, que aprova o Regulamento das Operações de Registo Prévio em IVA.
- Decreto n.º 80/99, de 1 de Novembro, referente à aplicação do Imposto sobre o Valor Acrescentado nas transacções que tenham por objecto o fornecimento de água potável.
- Despacho de 15 de Junho de 1999 do Ministro do Plano e Finanças, que aprova os modelos de livros de escrituração previstos no Código do IVA.
- Despacho de 1 de Março de 1999 do Ministro do Plano e Finanças, referente aos requisitos para a obtenção da autorização para impressão de facturas por parte das tipografias.
- Decreto n.º 28/2000, de 10 de Outubro, relativo ao uso de máquinas registadoras pelos sujeitos passivos do IVA sempre que os mesmos beneficiem de dispensa de emissão de facturas ou documentos equivalentes e sejam obrigados a emitir talões de venda.
- Decreto n.º 26/2000, de 10 de Outubro, relativo à prestação de serviços de transporte rodoviário de passageiros.
- Decreto n.º 36/2000, de 17 de Outubro, que aprova o Regulamento sobre os Documentos que devem acompanhar as Mercadorias em Circulação,

estabelecendo normas que regulamentam a fiscalização e circulação de mercadorias no sentido de controlar o cumprimento das obrigações para efeitos de IVA.

- Lei n.º 5/2009, de 12 de Janeiro, que aprovou o Código do Imposto Simplificado para Pequenos Contribuintes e cria o Imposto Simplificado para Pequenos Contribuintes.

- Despacho de 9 de Março de 2011, que visa regulamentar o processamento e utilização dos livros obrigatórios de escrituração mercantil através de meios informáticos.

5. CONCLUSÕES

Em geral, poderemos afirmar que o sistema de IVA em Moçambique segue muito de perto o sistema português, ou seja, o sistema da UE, com adaptações à realidade nacional.

Será que este é o sistema mais aconselhável?

Parece-nos que sim, dada a adaptação à realidade nacional, o que se traduziu numa simplificação considerável do imposto.

Terá sido este sistema bem aceite em Moçambique?

Em geral afigura-se-nos que sim. A este propósito nota-se que se encontram abrangidos por regimes especiais de isenção ou de tributação simplificada pequenos contribuintes e que uma grande parte dos produtos essenciais se encontra isenta deste imposto. Ainda assim, consubstancia a principal receita fiscal do Estado.

É certo que há aspectos que, ainda assim, se nos afiguram demasiado complexos face à realidade Moçambicana e que a experiência veio a demonstrar que implicam dificuldades práticas, pelo que o sistema carece de algumas revisões.

Neste contexto há aspectos que poderiam ser melhorados do ponto de vista da técnica legislativa, como uma melhor articulação entre o Código do IVA e o Regulamento do CIVA, evitando repetições desnecessárias e reservando os aspectos essenciais para o Código, e, por exemplo, o tratamento das transmissões de bens entre comitente e comissário e a regulamentação das amostras e das ofertas de pequeno valor.²³

Um outro aspecto que carece de análise é o da actualização do sistema. Como refeimos, o IVA em Moçambique foi adoptado em 1999. Entretanto o

²³ Como notamos em *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado Moçambicano*, op. cit., p. 58, rodapé 45 e p. 60.

mundo mudou e existem realidades que ainda não foram adaptadas, tais, como, por exemplo, a tributação das operações efectuadas através do comércio electrónico, que na EU se alteraram através da Directiva 2002/38/CE, de 7 de Maio.²⁴

Por exemplo, como para efeitos de IVA uma transmissão de bens *on line*²⁵ se deve qualificar como uma prestação de serviços, há implicações significativas ao nível da aplicação do imposto, implicações estas que não estão devidamente acauteladas na legislação do IVA moçambicana e que se poderão traduzir numa perda de receita à medida que este tipo de operações venha sucessivamente a aumentar. Basta pensarmos que a transmissão via tradicional de livros (incluindo a transmissão *off line*), de outros países para Moçambique que se qualifica como uma importação e a receita aflui a Moçambique, ao passo que a transmissão dos mesmos livros *on line*, qualificando-se como prestação de serviços, não é localizada, isto é, não é tributável em Moçambique perdendo-se a receita (por aplicação *a contrario* do disposto no artigo 6.º, n.º3, do CIVA, não existindo nenhuma regra especial de localização destas operações). Foi este facto que levou a UE a alterar as regras de localização das operações efectuadas via electrónica, de forma a preservar as suas receitas fiscais, tendo em conta que o principal fluxo deste tipo de operações ocorre com os Estados Unidos da América.²⁶

²⁴ Esta Directiva veio alterar a Sexta Directiva no que se refere ao regime do IVA aplicável aos serviços de radiodifusão e televisão e a determinados serviços prestados via electrónica, tendo sido publicada no JO L 128/41, 15.5.2002.

²⁵ As transmissões de bens efectuadas através do comércio electrónico podem ser realizadas *on line* ou *off line*. Na transmissão de bens *on line* a encomenda e a entrega são efectuadas através da Net, ou seja, a Net funciona como meio de transporte, pelo que estamos perante um bem digital. No caso da transmissão de bens *off line*, a encomenda do bem é efectuada através da Net mas a entrega é efectuada através dos canais tradicionais, pelo que o bem não perde as suas características originais, concretamente a sua natureza corpórea. Quando estamos perante uma transmissão de bens *on line* o bem é-nos enviado através da Net (é o caso de um E-book), perdendo a sua característica de bem corpóreo, pelo que deixam de se verificar os pressupostos da qualificação da operação para efeitos de IVA enquanto transmissão de bens, passando a operação a qualificar-se como prestação de serviços, tendo em consideração a natureza residual deste conceito.

Esta foi a conclusão a que desde logo se chegou na União Europeia, quando se divulgaram as directrizes sobre a aplicação do imposto sobre o valor acrescentado às operações efectuadas através do comércio electrónico. Em matéria de IVA, os princípios que a União Europeia tem vindo a defender neste contexto estão suficientemente explícitos na **Comunicação da Comissão ao Conselho de Ministros ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, de 17 de Julho de 1998, sobre Comércio Electrónico e Fiscalidade Indirecta**, que teve como objectivo a preparação da contribuição da União Europeia, em matéria de fiscalidade indirecta, para a conferência de Ottawa (COM (98) 374 final). De salientar, para o efeito, as directrizes n.ºs 1 e 2 emanadas desta comunicação.

²⁶ Neste contexto, foi aprovada a Directiva nº 2002/38/CE, de 7 de Maio, que altera a Sexta Directiva no que se refere ao regime do IVA aplicável aos serviços de radiodifusão e televisão e a determinados serviços prestados via electrónica, que foi transposta em Portugal através do DL nº130/2003, de 28 de Junho. Sobre a matéria veja-se, da autora, "A proposta de Directiva IVA

Poder-se-ia nomeadamente ponderar se não se justifica alargar a outros sectores o regime especial de exigibilidade do IVA previsto para as empreitadas e subempreitadas de obras públicas aprovado pelo Decreto n.º 27/00, de 10 de Outubro.

Uma outra matéria que merece análise é o tratamento das entidades públicas, matéria de extrema complexidade e em relação à qual a UE pondera passar a tributar de forma generalizada. Neste contexto, poder-se-ia equacionar se não seria preferível, em vez da delimitação negativa de incidência prevista no artigo 2.º, n.º3, do CIVA, recorrer a uma isenção²⁷.

* Recebido em 12 jan. 2015.

aplicável a serviços prestados via electrónica” **Revista TOC** n.º 8, Novembro de 2000, e “O IVA e os serviços prestados via electrónica – principais alterações introduzidas pelo DL n.º 130/2003”, **Revista TOC** n.º 43, Outubro 2003.

²⁷ Sobre esta matéria veja-se, Clotilde Celorico Palma, **As Entidades Públicas e o Imposto sobre o Valor Acrescentado: uma ruptura no princípio da neutralidade**, op. cit.



A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO IMPOSTO DE RENDA: UM ESTUDO SOBRE A RELEVÂNCIA DAS PROVISÕES PARA FINS AMBIENTAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL

*João Ricardo Catarino**

*Mário Monteiro***

Resumo

As preocupações ambientais integram hoje o centro da agenda política. Elas levam à adoção de políticas públicas que promovam a proteção do ambiente, como é o caso da política tributária. Assim, é de esperar que as empresas, inspiradas nesta política pública, constituam provisões para fazer face a riscos de caráter ambiental. Este estudo aborda a importância da componente ambiental no imposto sobre a renda das pessoas jurídicas em Portugal (IRC) e no Brasil (IRPJ). Averigua se existe uma política tributária de apoio à constituição deste tipo de provisões. Examina qual o comportamento do universo das empresas cotadas nos dois índices bolsistas de cada país (PSI 20 e Bovespa) e compara os resultados apurados. Procura, finalmente, determinar em que medida a existência de uma política de incentivo fiscal motiva as empresas a constituir níveis mais elevados de provisões comparando os resultados obtidos.

Palavras-Chave:

Provisões Ambientais; Imposto Renda; Pessoas Jurídicas; Portugal; Brasil.

* Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Pós-graduado em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da Univ. de Lisboa; Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (UL); Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa. Membro da Comissão de Implementação do IVA em Portugal (1986), da Comissão de Reforma dos Impostos sobre o Património e da Comissão de Reforma do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (2014). Investigador do Centro de Estudos Fiscais do Ministério das Finanças de Portugal. Árbitro na Arbitragem Tributária em Portugal. E-mail: jcatarino@iscsp.ulisboa.pt

** Mestre em Fiscalidade pelo ISCAL – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Inspetor Tributário na Autoridade Tributária e Aduaneira de Portugal. E-mail: marmonte66@gmail.com

PROVISIONS FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION IN INCOME TAX OF LEGAL ENTITIES: A COMPARATIVE STUDY IN PORTUGAL AND BRAZIL

Abstract

Environmental concerns are now a central part of the political agenda. They lead to the adoption of public policies that promote the protection of the environment, such as tax policy. Thus, it is expected that companies, inspired in this policy, constitute provisions to cover the risk of an environmental nature damages. This study addresses the importance of the environmental component in the income tax of legal entities in Portugal (IRC) and Brazil (IRPJ). Consider whether there is a tax policy to support the establishment of such provisions. Examines the behavior of the universe of listed companies on the two stock indexes in each country (20 PSI and Bovespa) and compares the results obtained. Demand ultimately to determine to what extent the existence of a policy of fiscal incentive motivates companies to provide higher levels of provisions, comparing the results achieved.

Keywords

Environmental Provisions; Income Tax; Legal Entities; Portugal; Brazil.

1. INTRODUÇÃO

As Constituições políticas elevam a proteção do meio ambiente ao estatuto de direito dos cidadãos e dever fundamental do Estado, enquanto aspecto essencial da ideia de Estado de direito democrático.

As Constituições políticas do Brasil e de Portugal não fogem a esta regra pois contêm um acervo de cláusulas pétreas em questões ambientais. Elas concretizam uma forte ideia de Estado vinculado ao desenvolvimento sustentado e harmonioso da sociedade e à proteção do meio ambiente, obrigando à construção do todo social em torno destes valores e normas fundamentais.

A política tributária participa ativamente da prossecução destes valores através de medidas concretas, de varia ordem, onde os direitos consagrados na lei fundamental surgem apoiados sob a forma de benefícios fiscais, isenções, deduções e outros regimes especiais.

A relevância do tema, pois, é manifesta. Basta lembrar que, no Brasil, de acordo com os dados do Segundo Inventário Nacional de Emissões de Gases de Efeito Estufa, só a indústria cimenteira representa 2% de todo o carbono emitido pelo país. E nos últimos 15 anos as emissões de carbono desse segmento aumentaram em 30%.¹

Este estudo procura descrever a importância efetiva das provisões para fins ou custos ambientais tanto em Portugal quanto no Brasil (Blackie, 2010), com ou sem recurso aos incentivos consagrados no imposto de renda sobre as pessoas jurídicas (IR) nesses países, quando seja o caso. Tais provisões surgem no IR como manifestação concreta do esforço do Estado na preservação do

¹ Fonte dos dados: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/o-bom-exemplo-de-uma-industria-cimenteira#.U1OQ2PlxDOM>

meio ambiente e do desenvolvimento sustentado já que a sua constituição representa um custo fiscalmente relevante, que diminui o imposto a pagar e a receita tributária. O pressuposto é que o peso dessas deduções na estrutura do imposto seja relevante e constitua um fator incentivador da sua constituição. Espera-se que as provisões para fins ambientais no imposto de renda sejam amplamente utilizadas pelas empresas dado que elas têm um impacto direto no valor do imposto por elas devido.

Pretende-se, assim, conhecer em que termos as empresas portuguesas e brasileiras utilizam o mecanismo contabilístico e fiscal das provisões ambientais no imposto de renda como forma de minimizar o impacto ambiental das suas atividades produtivas. Pretende-se ainda relacionar o peso dessas provisões no total das provisões constituídas.

2. A RELEVÂNCIA DA COMPONENTE AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL

A questão ambiental assume a condição de princípio estruturante das sociedades humanas e encontra-se amplamente consagrado na Constituição portuguesa em inúmeros preceitos sob a denominação de princípio da sustentabilidade. Com efeito, ele é consagrado:

. Como tarefa fundamental do Estado português no artigo 9.º al. e) de “defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar o correto ordenamento do território”;

. Como princípio fundamental da organização económica no artigo 80.º al. d) na defesa da “Propriedade pública dos recursos naturais...”;

. Como incumbência prioritária do Estado no artigo 81.º al. a) de “promover o aumento do bem-estar social no quadro de uma estratégia de uma estratégia de desenvolvimento sustentável” e em vários outros preceitos.²

Mas ela resulta também do próprio direito europeu originário e derivado, como é o caso dos artigos 191.º e segs. e, em geral, de todo o Título XX do TFUE — Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que trata das

² É o caso, também, do no artigo 81.º als. m) e n) que impõem, respetivamente, a obrigatoriedade de adoção de “uma política nacional de energia ... com preservação dos recursos naturais e equilíbrio ecológico” e de “uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos”; do artigo 66.º n.º 1, como direito fundamental, “Todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”; como dever jurídico-fundamental do Estado e dos cidadãos, no artigo 66.º n.º 2 “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos...”; como eixo integrador de políticas públicas no artigo 66.º n.º 2 als. c), d), e), f), g) quando referem à política de ordenamento do território, à política cultural, à política económica e fiscal, à política educativa e à política regional.

políticas da União para a prossecução da preservação, proteção e melhoria da qualidade do ambiente, da utilização racional dos recursos naturais, da promoção de medidas destinadas a fazer face os problemas regionais e mundiais do ambiente, e das alterações climáticas, entre outros.³

A questão ambiental e a sustentabilidade são, pois, um elemento estrutural típico dos Estados europeus pois ela concorre para a salvaguarda da comunidade política. A sua relevância é tal que há autores que se referem ao surgimento de um novo paradigma do século, como o foi o próprio regime democrático no século XX, sendo por isso possível falar de um *Estado de Direito ambiental*.

Pode assim, afirmar-se, como o faz Gomes Canotilho, que os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iv) à custa de outras gerações. (Canotillho, 2010), (Garcia, 2007 e Aragão, 2003) A questão ambiental, vista como o dever do desenvolvimento sustentável possui três dimensões básicas:

. A sustentabilidade *interestatal*, impondo a equidade entre países ricos e países pobres;

. A sustentabilidade *geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração, *v. g.* entre jovens e velhos;

. A sustentabilidade *intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas hoje vivas e pessoas que hão de nascer.

Em sentido mais geral a sustentabilidade ambiental pode ser entendida como a capacidade para satisfazer necessidades atuais sem comprometer a satisfação das necessidades futuras. Ela é normalmente vista na ótica da utilização dos recursos naturais, defendendo-se que a sua utilização não deve ser mais célere do que a capacidade da natureza em repô-los. É assim que se fala em desenvolvimento sustentável para inculcar a ideia de que as sociedades humanas devem ser estruturadas de modo a alcançar um elevado grau de satisfação das necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades.

A LEO — Lei de Enquadramento Orçamental portuguesa⁴, dando cumprimento aos princípios nacionais a comunitários referidos, define-a (artigo

³ Na União Europeia é possível falar de um princípio constitucional de *sustentabilidade*. Este resulta diretamente dos princípios vinculativos dos Estados-membros e que mediamente operativo no âmbito das suas políticas ambientais (Tratado de Maastricht, art. 2.º; Tratado de Amsterdão, preâmbulo, arts. 2.º, 6.º e 177.º; Carta dos Direitos Fundamentais, art. 37.º, inserida no Tratado de Lisboa (art. 6.º) e art. 191.º do TFUE.

⁴ Aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto.

10.º-D) como a capacidade exigida aos subsetores que constituem as administrações públicas, bem como os organismos e entidades que os integram, de gerir os seus recursos e de financiar todos os compromissos, assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do *saldo orçamental estrutural* (artigo 12.º-C da LEO) e pelo limite da dívida pública, de acordo com a LEO e as normas comunitárias.

Como bem se vê, o princípio da sustentabilidade pressupõe que seja clara a resposta à questão de saber qual deve ser a dimensão da intervenção do Estado e quais os recursos que lhe devem ser afetos sem colocar em risco os recursos necessários para garantir a sustentabilidade das gerações vindouras. A resposta é muito complexa pois exige que se delimitem os termos daquela intervenção. O que não é fácil na medida em que isso depende, em cada momento, das circunstâncias e dos ciclos políticos, das preferências dos eleitores, das condições económicas estruturais, internas e externas, e do próprio ciclo económico.

Por outro lado, requer a comensuração dos recursos disponíveis e dos que sejam de afetar à satisfação das necessidades públicas sem ferir as regras da equidade intergeracional, da estabilidade orçamental numa perspetiva de sustentabilidade a prazo e do saldo orçamental estrutural. (Cardoso, 2013)

A importância da proteção ambiental e da sustentabilidade dos modelos sociais não tem sido indiferente à fiscalidade. Dado que uma significativa parte das agressões ambientais são produzidas por empresas, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas português (IRC) consagra explicitamente a possibilidade de os agentes económicos a ele sujeitos constituírem provisões para passivos ambientais. Estas são um mecanismo contabilístico pelo qual as empresas constituem reservas financeiras sem contrapartida de despesas diretas e imediatas. Estas têm normalmente em vista proteger a empresa contra custos ou perdas de ordem diversa.

Embora a contabilidade permita a constituição de provisões para diversos fins, nem todas elas são aceites como custo fiscal. No código do imposto de renda português apenas são aceites as provisões para a cobertura de obrigações e encargos de processos judiciais em curso, encargos com garantias a clientes, provisões técnicas constituídas por obrigação do Instituto de Seguros e provisões para reparação de danos de caráter ambiental.

Trata-se, como se vê, de um leque bem estreito mas, ainda assim, inclui as provisões para danos de caráter ambiental. Este facto permite concluir pela importância dada a este tipo de provisões, porquanto sendo elas aceites como

custo / gasto fiscal, têm um impacto direto sobre o imposto de renda devido a final pela empresa.

3. A RELEVÂNCIA DA COMPONENTE AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI TRIBUTÁRIA NO BRASIL

A legislação Brasileira denota uma forte preocupação ambiental. (Benjamim, 2002, p. 101.) O artigo 170 da Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF) também preconiza, em seu caput, que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (Nusdeo, 1975, p. 94). Fundamentada na ideia de igualdade e solidariedade, a dignidade da pessoa humana assume-se como a qualidade intrínseca do homem que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, sendo vedado qualquer tratamento degradante e garantidas as condições mínimas para uma vida saudável (Derani, 2007, p. 75) (Scarlet, 1999, p. 60).

A Constituição Federal dispõe, no artigo 225, seus parágrafos e incisos, de várias referências sobre a proteção efetiva do meio ambiente, onde são prescritas ações específicas a serem desenvolvidas pelo poder público nesta matéria.

A defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, consequentemente, a sadia qualidade de vida resulta também de inúmeras outras disposições legais comuns. A qualidade de vida possui, no ordenamento jurídico brasileiro, dois aspectos: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual (Derani, 2007, p. 81). O artigo 225 consagra o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida. A titularidade do bem ambiental pertence à sociedade como um todo e, por isso, possui o conteúdo de um direito fundamental, inerente à existência digna dos cidadãos.

No Capítulo dedicado ao “Meio Ambiente” a CF consagra o direito e o dever de defender e preservar o ambiente para as “presentes e futuras gerações”, de preservar e reestruturar os processos ecológicos essenciais, de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, de proteger a fauna e a flora, de promover a educação ambiental (Modé, 2004, p. 46)

Como é expectável, face à sua enorme mancha verde que representa no globo, a componente ambiental tem uma importância fundamental na economia do país. Ele é um bem de interesse público, afeto à coletividade. (Morato, 2003, p. 83-84) A sua manutenção e defesa é um garante do seu desenvolvimento, transversal a todos os setores da economia brasileira.

Fala-se até da existência de uma economia ambiental, resultado da interpretação sistémica das normas constitucionais, cuja preocupação central é analisar o uso de recursos esgotáveis como fontes de produção econômica e os efeitos negativos que podem surgir da interferência humana na natureza e na economia. Em busca da qualidade de vida da população, pretende-se equacionar o problema da escassez dos recursos naturais e a manutenção dos processos produtivos (Morete, 2010).

A proteção ao ambiente vai muito além da tradicional atenção destinada apenas aos recursos naturais e concretiza-se de muitas formas. A tutela foi estendida a todas as relações em que a vida pode se desenvolver, estabelecendo instrumentos de incentivo, controlo e sanções para os atos contrários às normas de proteção.

Essa extensão abrange o domínio do imposto onde, com frequência, se criam benefícios fiscais e outras medidas de desagravamento para incentivar finalidades importantes da vida coletiva como é a da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentado. Todavia, pese embora a comprovada relevância do meio ambiente e da necessidade de criação de mecanismos visando a sua proteção, o IRPJ — Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas no Brasil não prevê a possibilidade de as empresas brasileiras constituir provisões para fazer face a riscos e danos ambientais. Ainda assim, isso não impede essas empresas de constituir provisões para esse fim. Apenas ocorre que o IPRJ não permite a sua dedução como custo no apuramento dos lucros, para fins tributários.

Vejamos, não obstante, em que termos as empresas portuguesas e brasileiras utilizam o mecanismo contabilístico e fiscal das provisões para passivos ambientais no imposto de renda como forma de minimizar o impacto ambiental das suas atividades produtivas.

4. METODOLOGIA, QUESTÃO DE PARTIDA E OBJETIVO DO ESTUDO

Nesta parte iremos balizar as escolhas desta pesquisa, tendo como suporte a discussão introduzida. Face ao objetivo de estudo proposto vamos deter-nos na justificação do desenho de pesquisa adotado onde iremos focar a investigação.

Como referido na Introdução, a questão de partida visa averiguar uma realidade: em que medida as empresas cotadas em bolsa tanto em Portugal quanto no Brasil fazem uso das provisões ambientais como forma de reduzir ou cobrir custos ambientais futuros? A existência de uma política pública incentivadora da constituição de provisões para fins ambientais através de um regime de dedução no imposto de renda das pessoas jurídicas do custo ou gasto incorrido é um fator motivador da constituição dessas provisões?

Analisamos o comportamento e o posicionamento dos atores — que por sua vez tenderão a explicar teoricamente determinado fenômeno social. Esta relação tem subjacente o objetivo de num primeiro momento descrever a regularidade de um fenômeno em particular (Blaikie, 2000) que, no nosso caso específico, passa por descrever em que medida as empresas constituem provisões para cobrir custos ambientais e se essa constituição é realmente incentivada pela existência de uma política pública que permite considerar os valores afetos às mesmas como custo do imposto de renda, seja em Portugal seja no Brasil.

4.1. Desenho de pesquisa e seleção do objeto

Para que possamos ir de encontro à questão de partida colocada e respetivo objetivo de estudo, apelamos aqui ao desenho de pesquisa de tipo Análise de Arquivos (Yin, 2009, p. 8). Segundo o autor, este desenho é apropriado quando os estudos apresentam questões de partida do tipo: Quem? O quê? Em que grau? Avança ainda que este desenho de pesquisa não requer um controlo dos eventos e poderão essas ocorrências ser contemporâneas ou não.

No caso aqui apresentado verificamos que a unidade de análise é um regime tributário e contabilístico específico — o regime das provisões para cobrir custos ambientais — cuja indagação é possível por meio por meio de documentos, relatórios e literatura de tipo secundário — como fontes documentais.

Assim, selecionaram-se todas as empresas cotadas nos índices bolsistas dos dois países, tendo por base o tempo de decorrência da política pública analisada (2010, 2011, 2012) de modo a captar as possíveis mudanças de comportamento presentes no processo que deu azo à tomada de decisão.

A categorização da pesquisa, segue a proposta de Vergara (2003), que subdivide o estudo quanto aos fins e quanto aos meios. Quanto aos fins esse estudo tem caráter exploratório, porque será realizado em uma área com pouco conhecimento científico acumulado e sistematizado. (Soler, 1997) Quanto aos meios de investigação o estudo utilizará pesquisa documental e estudo de caso.

No desenvolvimento deste estudo efetuamos o levantamento das empresas portuguesas cotadas na Comissão de Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM) de Lisboa do índice PSI 20. Foram especificamente considerados todos os setores de atividade das empresas cotadas no índice PSI 20, onde se verificou a constituição dessas provisões para fins ambientais. Depois, agruparam-se essas empresas por setores de atividade.

Para se conseguir uma base de comparabilidade verificaram-se quantas e quais as empresas cotadas no índice PSI 20 em Portugal por setores /segmentos de atividade que constituíram provisões de caráter ambiental. Fez-se o mesmo tipo de levantamento para o grupo semelhante das empresas cotadas no índice bolsista da Bolsa de valores brasileira Bovespa, no Brasil.

Depois, utilizamos o mesmo procedimento para as empresas brasileiras cotadas no índice bolsista da Bolsa de valores brasileira Bovespa para se puder apurar e comparar os valores das provisões ambientais das empresas em cada um dos casos.

Para o efeito consultamos todos os Relatórios de contas, as Contas do Balanço e as Demonstração de Resultados neles publicados, de onde extraímos os dados quantitativos relativos a provisões constituídas, que serviram de base ao apuramento de resultados.

Para os mesmos setores de atividade /segmentos apurámos um total de 138 empresas cotadas no Bovespa.

Consultou-se ainda o sítio da internet do Bovespa⁵ assim como os dados públicos que constam do sítio da CMVM — Comissão do Mercado de Valores Mobiliários em Portugal. Foram analisados, em ambos os casos, os exercícios económicos de 2010, 2011 e 2012 por serem os únicos dados disponíveis.

5. RESULTADOS & DISCUSSÃO

5.1. A política pública tributária de incentivo à constituição de provisões para fins ambientais no imposto de renda das pessoas jurídicas em Portugal

Provisões são custos estimados (de exercício) mas relativos a processamentos futuros de despesas (ou de não receitas), despesas de incerta comprovação futuras provisões se encaram como custos estimados (de exercício) mas relativos a processamentos futuros de despesas (ou de não receitas), despesas de incerta comprovação futura. (Ferreira, 1970) São uma situação que envolve incerteza quanto ao possível ganho (ganho contingente) ou perda (perda contingente), que acabará por ser resolvida quando um ou mais eventos futuros ocorrerem. (Kieso et al. (2012)

O imposto sobre a renda das pessoas jurídicas português, ao contrário do que sucede no Brasil, permite a constituição de provisões para cobertura de riscos ou danos de caráter ambiental.⁶ Tais provisões são consideradas como

⁵ Para o levantamento de valores foi consultado o sítio da internet da Bovespa e da CMVM no período de 22 de outubro de 2013 a 02 de janeiro de 2014.

⁶ Art.º 40º do CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

custo ou gasto no apuramento do rendimento tributável das empresas, com reflexos para menos no imposto de renda devido. Não há, todavia, no IRPJ português outras manifestações concretas com a proteção do ambiente e com a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável.

Da análise aos Relatórios e Contas das empresas cotadas no Índice PSI 20, verifica-se que apenas nove das vinte empresas cotadas aproveitam esta figura jurídico-contabilística. A recolha dos valores foi feita com base na leitura dos Relatórios e Contas dos exercícios económicos de 2010, 2011 e 2012.⁷ Foram verificados em particular as Demonstrações de Resultados, os Balanços e as notas aos Anexos ao Balanço e à Demonstração de Resultados dessas empresas.

5.2. Empresas do índice bolsista (PSI 20) com provisões de caráter ambiental em Portugal

Feito o levantamento das empresas cotadas no índice de valores da CMVM do PSI 20, o índice bolsista português, e aglutinadas por setores de atividade. Constatava-se que as empresas que constituem provisões para cobertura de riscos ou de danos ambientais pertencem aos seguintes setores de atividade:

Quadro 1 — Segmentos de empresas no PSI 20 com provisões ambientais

Segmento de atividade	Número de empresas	Empresas com provisões ambientais
Construção civil	1	1
Indústria	4	3
Energia e Serviços	3	3
Tecnol. Inform. — Programas e Serviços	2	2
Banca	5	-
Gestão de empresas (SGPS) (a)	4	-
Distribuição a Retalho	1	-
Total Global	20	9

(a) Sociedades Gestoras de Participações Sociais

Fonte: Elaboração própria

Assim, os factos mostram que do total das empresas cotadas no índice bolsista da bolsa de valores de Lisboa — PSI 20, apenas 45% dessas empresas constituem provisões para fins ambientais.

De entre estas destacamos as empresas seguintes:

⁷ Recolha feita no sítio da internet da CMVM durante o mês de janeiro de 2014.

Quadro 2 — Distribuição por setores das empresas que constituem provisões para fins ambientais no PSI 20

Segmento	Razão Social
Construção civil	Mota Engil
Indústria	Cimpor SGPS
Indústria	SEMAPA
Indústria	SONAE Indústria SGPS
Energia e Serviços	EDP
Energia e Serviços	EDP Ren
Energia e Serviços	Galp Energia
Tec. Inform. — Programas e Serviços	Portugal Telecom
Tec. Inform. — Programas e Serviços	Zon Multimédia

Fonte: Elaboração própria

5.3. Relação das provisões totais com a receita e com as provisões para fins ambientais em Portugal

O passo seguinte do estudo consistiu em analisar o peso das provisões constituídas pelas empresas do PSI 20 na estrutura da sua receita / proveitos. Depois disso, comparámos ainda o peso dessas provisões para cobertura de riscos ou danos ambientais com o total das provisões constituídas por essas mesmas empresas. Os dados a que chegámos são os seguintes:

Quadro 3 — Peso das provisões no total da receita e das demais provisões

Segmento	Nome Social	Peso das provisões totais no total da receita (1)			Peso das provisões ambientais no total das provisões (2)			Média nos três anos (1)	Média nos três anos (2)
		2012	2011	2010	2012	2011	2010		
Construção civil	Mota Engil	4,44%	4,05%	3,58%	7,14%	7,50%	8,55%	4,02%	7,73%
Indústria	Cimpor SGPS	11,38%	8,46%	7,42%	26,95%	24,54%	25,27%	9,09%	25,59%
Indústria	SEMAPA	1,77%	2,02%	2,15%	20,16%	9,58%	8,31%	1,98%	12,68%
Indústria	SONAE Indústria SGPS	1,47%	1,07%	1,15%	13,41%	13,76%	12,79%	1,23%	13,32%
Energia e Serviços	EDP	2,34%	2,75%	3,04%	44,25%	33,77%	12,33%	2,71%	30,12%
Energia e Serviços	EDP — Ren	5,49%	6,06%	6,40%	4,86%	0,78%	7,01%	5,98%	4,22%

Energia e Serviços	Galp Energia	0,74%	0,65%	1,10%	3,08%	3,92%	2,84%	0,83%	3,28%
Tec. Inform. — Programas e Serviços	P Telecom	11,85%	15,31%	3,44%	6,83%	5,81%	0,00%	10,20%	4,21%
Tec. Inform. — Programas e Serviços	Zon Multimédia	1,03%	3,19%	2,64%	55,60%	17,47%	19,99%	2,29%	31,02%
Valores médios globais		4,50%	4,84%	3,44%	20,25%	13,01%	10,79%	4,26%	14,69%

Fonte: Elaboração própria

Como se comprova, as provisões para fins ambientais representam nos três anos considerados, cerca de 14,69% do valor total das provisões constituídas. Se comparadas com o total geral da receita, representam 4,26% nos mesmos três anos, o que constitui um valor relativamente baixo em termos percentuais. Constatámos, todavia, que com relação aos mesmos parâmetros, esse peso evoluiu, nos três anos, de forma globalmente positiva, na medida em que em 2010 representam 10,79%, em 2011, 13,01% e em 2012, 20,25%, do valor total das provisões constituídas.

Há, todavia, uma acentuada assimetria nestas médias. Assim, enquanto no segmento da indústria elas atingem valores que variam entre os 12,68% e os 25,59% do valor total das provisões constituídas, nos setores da Energia e das Tecnologias de Informação atingem médias, nesses três anos, de 3,28% e 4,21%, respectivamente.

Este facto pode ser explicado pelo facto de alguns setores de atividade produzirem impactos menos significativos sobre o ambiente, embora se admita que podem ocorrer desvios por outros motivos.

Curioso é também verificar que as duas empresas com as médias mais elevadas nas provisões ambientais, sobre o total da receita, pertencem aos segmentos da indústria e das tecnologias de informação. Os segmentos de energia e das tecnologias de informação são aqueles onde as provisões ambientais sobre o total das provisões apresentam as percentagens mais elevadas.

No que respeita ao peso das provisões no total da receita / volume de negócios das empresas consideradas, verificamos que elas representam, globalmente 4,26% o que parece indicar uma fraca preocupação com as questões ambientais.

Um especial destaque vai para a indústria cimenteira (a Cimpor portuguesa) onde as provisões constituídas aumentaram em cerca de 2%, em média,

do total do seu volume de negócios. Esta análise está relacionada com o aumento gradual das provisões ambientais no total das provisões constituídas. Isto talvez se fique a dever ao facto de as cimenteiras fazerem uso intensivo de energia para processar calcário pois a queima dele em altos-fornos é a base da produção de cimento. Esta gera emissões de carbono que poluem o meio ambiente. O segmento cimenteiro em geral responde por uma parte significativa das emissões globais de gases de efeito estufa.

No segmento da construção civil destaca-se a construtora portuguesa Mota Engil em que as provisões ambientais diminuem no total das provisões constituídas, ao passo que o seu peso no total da receita aumentou. Neste caso em particular poderá estar em causa o recesso da atividade de construção em Portugal no período em análise.

Destaca-se ainda o aumento das provisões ambientais no total das provisões na EDP (segmento elétrico) e na Zon multimédia (comunicações), e uma diminuição do seu montante quando comparado com o peso dessas mesmas provisões nas receitas. É um fenómeno que da análise dos relatórios e contas não se consegue interpretar.

5.4. A constituição de provisões para fins ambientais nas empresas Brasileiras cotadas no Bovespa

Ao contrário do que sucede em Portugal, o IRPJ Brasileiro não estabelece a possibilidade de constituição de provisões fiscalmente dedutíveis para danos ou riscos ambientais, pelo que não existe uma política tributária especificamente dirigida a incentivar a sua constituição. Todavia, os dados sugerem que as empresas brasileiras cotadas no índice bolsista Bovespa constituem provisões para fins ambientais. Esses factos constam dos Relatórios e Contas que publicam anualmente. Eles discriminam todas as provisões constituídas nas Contas do Balanço e na Demonstração de Resultados. Os valores relativos a provisões constituídas são evidenciados nas rubricas do passivo. Em particular, passivo circulante e não circulante.

Para além disso, os dados recolhidos demonstram que as empresas brasileiras analisadas e que têm a sua própria página na internet demonstram forte preocupação ambiental ao desenvolverem estratégias de comunicação onde evidenciam a sua participação em ações de sensibilização, na implementação de políticas internas de proteção ambiental e apoiam ações de defesa ambiental.

Os dados recolhidos, relativos às 138 empresas brasileiras cotadas no índice bolsista da Bolsa de valores Bovespa, sugerem que o comportamento

contabilístico quanto à constituição, reforço e utilização de provisões ambientais não é uniforme. Se, por um lado, há setores de atividade que refletem a constituição dessas provisões, por outro, há setores onde a constituição dessas provisões não tem qualquer expressão ou não existe mesmo.

O levantamento foi feito tendo igualmente em consideração os exercícios económicos de 2010, 2011 e 2012 pelas razões explicadas. O estudo toma em conta a informação contabilística refletida nos Relatórios Financeiros, consolidados ou individuais, conforme a empresa assim estiver organizada disponíveis no sítio do Bovespa, e espelhadas nas seguintes rubricas do Balanço:

Quadro 4 — Rúbricas de balanço

2	Passivo Total
2.01	Passivo Circulante
2.01.06	Provisões
2.01.06.02	Outras Provisões
2.01.06.02.03	Provisões para Passivos Ambientais e de Desativação
2.02	Passivo Não Circulante
2.02.04	Provisões
2.02.04.02.03	Provisões para Passivos Ambientais e de Desativação

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados recolhidos dos balanços analisados, publicados no Bovespa.

5.5. Empresas do índice bolsista Bovespa que constituíram provisões para fins ambientais no Brasil

Como se referiu, o levantamento dos valores relevantes feito a partir da informação constante no sítio da internet do Bovespa sugere uma ampla diversidade de comportamento das empresas.

Vejamos como se distribui, por setores de atividade, o universo das 138 empresas Brasileiras analisado, e bem assim, qual o número de empresas de cada segmento de atividade que constituíram provisões para fins ambientais:

Quadro 5 — Distribuição por setores das empresas cotadas no Bovespa com provisões ambientais

Setores de atividade	Total de empresas	Com provisões ambientais
Construção civil	20	-
Madeira	2	-
Papel e celulose	7	-

Minerais Metálicos	5	-
Minerais Não Metálicos	1	-
Fertilizantes e Defensivos	2	-
Petroquímicos	5	1
Químicos Diversos	1	1
Petróleo, Gás e Biocombustíveis — Equipamentos e Serviços	1	-
Exploração e/ou Refino	6	1
TI — Computadores e Equipamentos	3	-
TI — Programas e Serviços	6	-
Telefonia Fixa	8	1
Telefonia móvel	2	1
Energia Elétrica	67	14
Gás	2	-
Total Global	138	19

Fonte: elaboração própria

Como se pode ver, verificamos que a maioria das empresas dos setores identificados não constituem provisões ambientais. Os dados mostram que apenas 13,76% das empresas analisadas constituíram as provisões em causa, o que constitui um rácio consideravelmente baixo. Que corresponde a seis dos dezenas setores identificados. Eles permitem-nos concluir no sentido de que existe pouca diversificação nos setores onde a constituição dessas provisões se verifica, conforme se demonstra no quadro que segue:

Quadro 6 — Distribuição por setores das empresas que constituem provisões para fins ambientais no Bovespa

Segmento de atividade	Nome Social
<u>Petroquímicos</u>	<u>ELEKEIROZ S.A.</u>
<u>Químicos Diversos</u>	<u>CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A.</u>
<u>Exploração e/ou Refino</u>	<u>PETROLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS</u>
<u>Telefonia Fixa</u>	<u>TELEFÔNICA BRASIL S.A.</u>
<u>Telefonia móvel</u>	<u>TIM PARTICIPACOES S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>ALUPAR INVESTIMENTOS S/A</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>BANDEIRANTE ENERGIA S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>CACHOEIRA PAULISTA TRANSMISSORA ENERGIA S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>CEMIG DISTRIBUICAO S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>CEMIG GERACAO E TRANSMISSAO S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>CIA ENERGETICA DE MINAS GERAIS — CEMIG</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>CIA PARANAENSE DE ENERGIA — COPEL</u>

<u>Energia Elétrica</u>	<u>CPFL ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>DESENVIX ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>EMAE — EMPRESA METROP. AGUAS ENERGIA S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>ENEVA S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>ESPIRITO SANTO CENTR.ELETR. S.A.-ESCELSA</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>INVESTCO S.A.</u>
<u>Energia Elétrica</u>	<u>ITAPEBI GERACAO DE ENERGIA S.A.</u>

Fonte: Elaboração própria

Como se pode ver, o segmento da energia elétrica é o que apresenta o maior peso de provisões, com 16 empresas cotadas, o que representa 84,21% do total do universo das 19 empresas. Em termos percentuais o valor total das provisões constituídas pelas empresas do segmento elétrico representa apenas 2% do valor do total das provisões constituídas pelas 19 empresas, se considerarmos as provisões constituídas pela Petrobrás. Dado o relevante peso desta empresa, que constituiu, sozinha, 98,5% do valor total das provisões ambientais constituídas pelas 19 empresas consideradas, ela distorce os resultados. Assim, se desconsiderarmos as provisões constituídas pela Petrobrás, as provisões do segmento elétrico representam no universo das empresas consideradas, 27%. Se, adicionalmente excluirmos a Telefónica e a Tim Participações, o total as provisões para fins ambientais das empresas do segmento petroquímico e químicos diversos e energia elétrica sobre as restantes empresas representa 98% do valor total.

No caso do Brasil, o segmento elétrico é o que tem o maior peso quanto ao número de empresas mas já não quanto ao valor de provisões constituídas. Em Portugal esse destaque vai para as empresas do segmento cimenteiro.

5.6 — Relação das provisões totais com a receita e com as provisões para fins ambientais no Brasil

Da mesma forma que foi ponderado para as empresas cotadas no PSI 20 em Portugal, analisámos o peso das provisões sobre o valor das vendas das 19 empresas cotadas no índice Bovespa, conforme quadro seguinte:

Quadro 7 — Peso das provisões no total da receita e das demais provisões no Brasil

Segmento de atividade	Nome Social	Peso das provisões totais na receita (1)			Peso das provisões ambientais no total das provisões (2)			Média nos três anos (1)	Média nos três anos (2)
-	-	2012	2011	2010	2012	2011	2010		

Petroquímicos	ELEKEIROZ S.A.	2,28%	2,61%	4,28%	2,07%	2,85%	1,85%	3,06%	2,26%
Químicos Diversos	CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A.	10,69%	9,07%	9,98%	3,64%	4,67%	7,85%	9,91%	5,39%
Exploração e/ou Refino	PETROLEO BRASILEIRO S.A. PETRO-BRAS	15,08%	11,86%	11,49%	45,46%	30,52%	26,72%	12,81%	34,23%
Telefonia Fixa	TELEFÔNICA BRASIL S.A.	12,80%	12,23%	8,60%	5,10%	5,64%	1,23%	11,21%	3,99%
Telefonia móvel	TIM PARTICIPACÕES S.A.	3,28%	2,89%	3,55%	48,62%	53,00%	49,76%	3,24%	50,46%
Energia Elétrica	ALUPAR INVESTIMENTOS S/A	7,21%	5,46%	3,53%	46,71%	15,19%	76,80%	5,40%	46,23%
Energia Elétrica	BANDEIRANTE ENERGIA S.A.	9,24%	7,30%	8,03%	0,00%	0,01%	0,01%	8,19%	0,01%
Energia Elétrica	CACHOEIRA PAULISTA TRANSMISORA ENERGIA S.A.	5,83%	4,05%	6,59%	83,46%	82,76%	82,26%	5,49%	82,83%
Energia Elétrica	CEMIG DISTRIBUICÃO S.A.	1,10%	1,22%	0,41%	0,26%	0,27%	0,73%	0,91%	0,42%
Energia Elétrica	CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSAO S.A.	0,30%	1,50%	0,18%	25,80%	82,47%	45,44%	0,66%	51,24%
Energia Elétrica	CIA ENERGETICA DE MINAS GERAIS — CEMIG	2,54%	3,65%	3,18%	1,16%	9,86%	0,82%	3,12%	3,95%
Energia Elétrica	CIA PARANAENSE DE ENERGIA — COPEL	13,55%	12,87%	12,55%	0,02%	0,01%	0,00%	12,99%	0,01%
Energia Elétrica	CPFL ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A.	9,96%	57,08%	0,00%	69,06%	84,74%	0,00%	22,35%	51,27%
Energia Elétrica	DESENVIX ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A.	24,41%	6,78%	8,64%	11,35%	17,53%	27,09%	13,28%	18,66%

Energia Elétrica	EMAE — EM-PRESA MERTROP.AGUAS ENERGIA S.A.	47,06%	37,07%	26,58%	61,69%	29,31%	5,80%	36,90%	32,27%
Energia Elétrica	ENEVA S.A	1,00%	2,90%		85,53%	100,00%		1,95%	92,77%
Energia Elétrica	ESPIRITO SANTO CENTR.ELETR S.A.-ESCELSA	21,60%	13,80%	7,60%	0,02%	0,04%	0,06%	14,33%	0,04%
Energia Elétrica	INVESTCO S.A.	8,33%	11,75%	12,25%	68,32%	73,02%	76,65%	10,78%	72,66%
Energia Elétrica	ITAPEBI GE-RACAO DE ENERGIA S.A.	3,87%	3,42%		80,22%	83,09%		3,65%	81,66%
Valores médios globais		10,53%	10,92%	7,50%	33,60%	35,53%	23,71%	9,49%	33,17%

Fonte: Elaboração própria

Como se comprova, as provisões para fins ambientais representam, nos três anos, cerca de 33,17% no valor total das provisões constituídas, e em torno de 9,49%, nos mesmos três anos, se comparadas com o seu peso no total da receita, o que constitui um valor relativamente baixo em termos percentuais. Constatamos, todavia, que com relação aos mesmos parâmetros, esse peso evoluiu nos dois primeiros anos, nas duas análises feitas (peso das provisões ambientais no total das provisões e peso das provisões ambientais na receita) diminuindo em ambas ao terceiro ano, como se pode verificar na leitura dos valores médios, no quadro acima.

Há, no entanto, uma acentuada assimetria nestas médias.

Enquanto nos setores com representação única (uma empresa), Petroquímico, Químico Diversos e Telefonia Fixa, os valores finais apurados no somatório dos anos é bastante baixo, nos setores de Exploração e/ou Refino e de Telefonia Fixa, para os mesmos períodos, os valores apurados estão dentro de valores médios no segmento de maior representatividade que é o da Energia Elétrica.

Deste modo, podemos verificar que no segmento da Energia Elétrica temos comportamentos que vão desde os 0,01% aos 92,77% do peso das provisões ambientais no total das provisões. Tem particular destaque, e sendo mesmo única em todo o estudo feito, o caso da empresa Eneva SA, em que no exercício económico de 2011, o total das provisões por ela constituídas se reporta a provisões ambientais. Neste mesmo caso, verifica-se que o peso das mesmas na receita é 2,9%, nesse mesmo ano.

Contudo, o comportamento das empresas no segmento da Energia Elétrica é bastante representativo já que 6 das 14 empresas tem provisões acima dos 50%, alguns casos bem acima. Apenas 4 empresas têm provisões abaixo de 1%, o que neste universo é manifestamente redutor.

6. COMPARAÇÃO DOS SEGMENTOS COM PROVISÕES PARA FINS AMBIENTAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL

Por forma a se poder ter algum grau de comparabilidade entre as empresas analisadas, agruparam-se por setores de atividade.

Para o efeito consideraram-se:

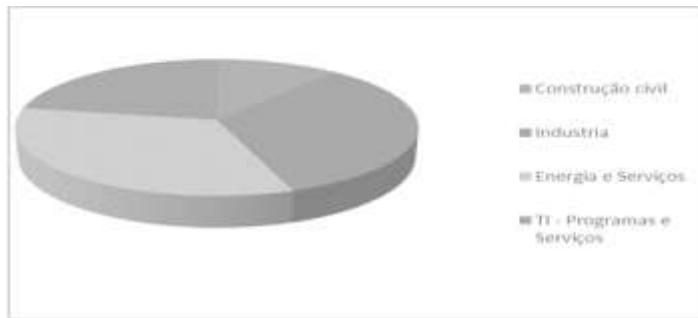
Quadro 8 — Segmentos e atividade considerados

Segmentos de atividade em Portugal	
Construção civil	1
Indústria	3
Energia e Serviços	3
Tecnologias Inform. — Programas e Serviços	2

Segmentos de atividade no Brasil	
Construção civil	0
Papel e celulose	0
Energia, gás, petroquímica e petróleo	17
<u>Tecnologias Informação — Prog. e Servicos</u>	
<u>Telefonia Fixa e móvel</u>	2

Fonte: Elaboração própria

Diagrama 1 — Distribuição por segmentos em Portugal

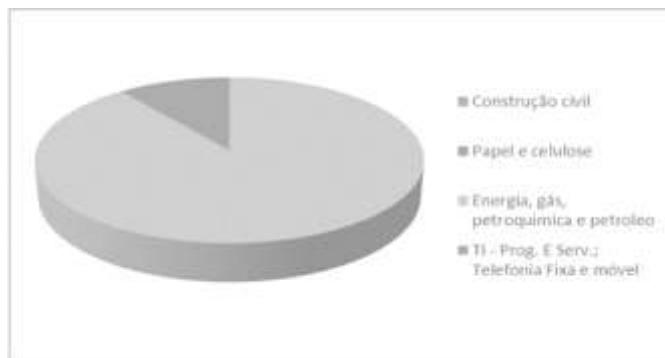


Fonte: Elaboração própria

Como se pode ver, em Portugal a energia e os serviços e a indústria representam cerca de 2/3 das provisões constituídas, ficando os setores da construção civil e das tecnologias de informação com apenas cerca de 1/3 das mesmas.

No Brasil, porém, a distribuição faz-se de forma mais homogénea, conforme é sugerido pelo diagrama seguinte:

Diagrama 2 — Distribuição por segmentos no Brasil



Fonte: Elaboração própria

O primeiro diagrama permite ver que são quatro os setores de atividade económica com provisões ambientais (diagrama 1). No segundo, os setores das empresas cotadas no Bovespa são apenas dois (diagrama 2).

Por forma a comparar os dados sobre a utilização das provisões ambientais nas empresas cotadas nos dois países, vamos verificar os valores médios de utilização. Assim temos, em Portugal:

Quadro 9 — Setores de empresas cotadas no PSI 20

Segmento	Peso das provisões na receita			Peso das provisões ambientais no total das provisões		
	2012	2011	2010	2012	2011	2010
Construção civil	4,44%	4,05%	3,58%	7,14%	7,50%	8,55%
Industria	4,87%	3,85%	3,57%	20,17%	15,96%	15,46%
Energia e Serviços	2,86%	3,15%	3,51%	17,39%	12,82%	7,39%
TI — Programas e Serviços	6,44%	9,25%	3,04%	31,22%	11,64%	10,00%

Fonte: Elaboração própria

Como se pode ver, os dados demonstram que o comportamento das empresas do PSI 20 quanto ao peso das provisões sobre a receita é muito homogéneo. Além disso, ele é crescente entre os 3,04% e os 9,25% (em destaque no mesmo setor, descendo em 2012) sendo que nos restantes setores, Construção Civil e Indústria, crescente também, mas agora entre os 3,57% e os 4,87%. O segmento energético é a exceção, demonstrado um peso das provisões cada vez mais baixo quando confrontado com a receita.

O comportamento do peso das provisões ambientais no total das provisões é claramente crescente, no seu global, excecionando o caso da construção civil, que embora diminuindo não se revela muito acentuado.

No Brasil:

Quadro 10 — Setores de empresas cotadas no Bovespa

Segmento	Peso das provisões na receita			Peso das provisões ambientais no total das provisões		
	2012	2011	2010	2012	2011	2010
Petroquímicos	2,28%	2,61%	4,28%	2,07%	2,85%	1,85%
Químicos Diversos	10,69%	9,07%	9,98%	3,64%	4,67%	7,85%
Exploração e/ou Refino	15,08%	11,86%	11,49%	45,46%	30,52%	26,72%
Telefonia Fixa	12,80%	12,23%	8,60%	5,10%	5,64%	1,23%
Telefonia móvel	3,28%	2,89%	3,55%	48,62%	53,00%	49,76%
Energia Elétrica	11,14%	12,06%	7,46%	38,11%	41,31%	26,31%

Fonte: Elaboração própria

Nos seis segmentos de atividade económica onde ocorre a constituição de provisões, o comportamento do peso das provisões na receita não é, de todo, homogéneo. No caso do segmento dos Petroquímicos o sentido é de descida. A Exploração e/ou Refino e Telefonia Fixa são os únicos segmentos de crescimento nos três anos. Nos restantes segmentos verifica-se uma oscilação entre o aumento e a diminuição das provisões no peso da receita. Esta instabilidade quanto ao comportamento dos segmentos quanto ao peso das provisões ambientais no total das provisões é generalizado, verificando-se apenas crescimento no segmento da Exploração e/ou Refino.

Agrupando apenas nos dois setores comuns de ambos os países, verifica-se:

Quadro 11 — Quadro Comparativo dos setores comuns

Segmento	Peso das provisões na receita (%)						Peso das provisões ambientais no total das provisões (%)					
	2012		2011		2010		2012		2011		2010	
	Por	Bra	Por	Bra	Por	Bra	Por	Bra	Por	Bra	Por	Bra
Energia e Serviços Mídia	2,86	8,04	3,15	7,56	3,51	6,08	17,39	26,86	12,82	29,32	7,39	25,49
TI — Programas e Serviços Mídia (a)	6,44	11,14	9,25	12,06	3,04	7,46	31,22	38,11	11,64	41,31	10,00	26,31

(a) Consideramos a Telefonia fixa e móvel no Brasil

Fonte: elaboração própria

Numa análise global verifica-se que nos dois setores e nos três anos considerados, os valores apurados são sempre superiores no Brasil (um dos factos que indica esta diferença de valores relaciona-se com a dimensão do mercado).

Contudo os dados recolhidos e tratados sugerem que no segmento da Energia e Serviços de Mídia enquanto em Portugal os valores do peso nas provisões no total da receita diminuem, no Brasil aumentam. No segmento das Tecnologias de Informação o comportamento é idêntico nos dois países, isto é, observa-se que o valor das provisões constituídas aumenta de 2010 para 2011 e diminuem em 2012.

O peso das provisões ambientais no total das provisões, na Energia e Serviços Mídia aumentam consecutivamente em Portugal nos três anos enquanto no Brasil, apenas aumentam de 2010 para 2011, diminuindo em 2012.

No segmento das Tecnologias de Informação o comportamento do peso das provisões ambientais no total das provisões é idêntico nos dois países. Em Portugal o seu peso aumenta enquanto no Brasil, aumenta de 2010 para 2011, diminuindo em 2012.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os impostos sobre a renda das pessoas jurídicas em Portugal e no Brasil não dão uma significativa relevância às questões ambientais pois não contêm regimes que especialmente protejam o desenvolvimento sustentado ou o ambiente. Em Portugal, ao contrário do Brasil, o IRC(IRPJ) permite, ainda assim, a constituição de provisões financeiras para fazer face a riscos ou danos ambientais, permitindo às empresas levarem a custo / gasto do exercício os valores a elas imputados, com a consequente redução do imposto devido (Artigo 40.º do Código). No Brasil não existe nenhuma provisão similar no IPRJ.

Os dados analisados sugerem ainda que:

1. As empresas cotadas nos respetivos índices bolsistas dos dois países recorrem ao mecanismo contabilístico e fiscal da criação de provisões para fins ambientais.
2. De acordo com o universo analisado (correspondente à totalidade das empresas do índice bolsista do PSI 20 e à amostra selecionada de acordo com o segmento das empresas cotadas no mercado bolsista da BOVESPA), os dados mostram que nem todas as empresas cotadas constituem provisões. Isso pode ficar a dever-se tanto às especificidades do segmento de atividade em que se inserem, como à política interna das empresas analisadas e às suas preocupações com o ambiente.
3. O rácio das empresas que constituem provisões para fins ambientais é maior em Portugal.

4. O segmento da energia é aquele que no Brasil tem o maior peso no estabelecimento de provisões ambientais seja quanto ao número de empresas seja quanto aos valores percentuais. Da análise efetuada verifica-se que o peso das provisões ambientais, em três empresas é superior a 80% do total das provisões constituídas. Este fenômeno leva-nos a concluir que não é de todo descabido perceber que este mecanismo está inserido e é levado em consideração nas políticas contabilísticas das empresas, revelando a sua preocupação na consolidação da informação aos *stakeholders*.
5. Em Portugal apenas uma empresa atinge num ano provisões ambientais em cerca de 44%. Contudo é um caso pontual não representativo no seu universo.
6. Nos setores comuns aos dois países a percentagem de utilização das provisões para fins ambientais é superior nas empresas brasileiras.
7. Embora com valores superiores no Brasil, o comportamento das provisões ambientais é similar nos dois países. Mas é mais baixo no peso do volume de negócios e maior no total das provisões constituídas.
8. No segmento das Tecnologias de Informação e Serviços verifica-se uma tendência de aumento dessas provisões nos dois países. Estas apresentam em 2012 valores percentuais aproximados.
9. O peso das provisões na receita é relativamente baixo em Portugal, com cerca de 4,26%, ao passo que no Brasil esse rácio é mais do dobro. O mesmo comportamento verifica-se do peso das provisões ambientais no total das provisões.
10. No geral, o peso das provisões ambientais no total das provisões aumentou em 2010 para 2012, com exceção do segmento da Energia e Serviços no Brasil, onde essa tendência não se verificou.
11. O comportamento do crescimento das provisões é menos linear no Brasil do que em Portugal. Existe um caso de decréscimo (segmento Químicos e Diversos). Denota crescimento mas sem se perceber em concreto se é tendencial ou ocasional.
12. Os dados sugerem que a existência de um incentivo tributário no imposto de renda das pessoas jurídicas à constituição desse tipo de provisões em Portugal e a falta dele no Brasil não afeta

o comportamento das empresas já que não se denotam alterações de comportamento para aproveitar do benefício fiscal.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente e a União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, J. Rubens Morato (org.), **Direito Constitucional Ambiental Luso-Brasileiro**, São Paulo, 3.ª ed., 2003.
- BELKAOUI, A. **The impact of the disclosure of the environmental effects of organizational behavior on the market**. Financial Management (pré-1986), Winter; (5,4), ABI/INFORM Global, 26, 1976.
- BENJAMIM, António Hermam. **Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem**. In: 10 Anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.
- CALIXTO, L.; BARBOSA, R. R.; LIMA, M. B. **Disseminação de informações ambientais voluntárias: Relatórios contábeis versus internet**. R. Cont. Fin. da USP. Edição 30 Anos de Doutorado, p. 84 — 95, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional**, Revista de Estudos Politécnicos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, vol. VIII, n.º 13, 007-018, 2010.
- CARDOSO, Teodora. **Definição e financiamento de políticas públicas**, in Políticas Públicas para a Reforma do Estado, Maria de Lurdes Rodrigues, Pedro Adão e Silva, Lisboa, 2013.
- CATARINO, João Ricardo, MONTEIRO, Mário, **Fiscalidade ambiental — um estudo sobre as provisões ambientais nas empresas do PSI — 20**, Revista de Finanças Públicas e direito Fiscal, n.º 3, ano VI, IDEFF, Lisboa, 2014.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, **Provisões**, Lisboa, 1970.
- FIOTI, Felipe Abal, **O Reconhecimento de passivos ambientais em empresas do setor mineral**, Universidade de RS; Porto Alegre, 2011.
- GARCIA, Maria da Glória. **O Lugar do Direito do Ambiente na Proteção do Ambiente**, Almedina, Coimbra, 2007.
- GLEASON, C. A., Mills, L. F. **Materiality and Contingent Tax Liability Reporting**, The Accounting Review, v. 77, n. 2, p. 317-342, 2002.

GONÇALVES, Sidalina Santos. HELIODORO, Paula Alexandra. **A contabilidade ambiental como um novo paradigma**, Revista Universo Contábil, ISSN 1809-3337, Blumenau, v. 1, n. 3, p. 81-93, set/dez. 2005.

GRAY, R. Social, environmental and sustainability reporting and organizational value creation? Whose value? Whose creation? Accounting, Auditing & Accountability Journal, v. 19, n. 6, p. 793 — 819, 2006.

_____. **Is accounting for sustainability actually accounting for sustainability ... and how would we know?** An exploration of narratives of organizations and the planet. Accounting, Organizations and Society, v. 35, p. 47—62, 2010.

HOCHMAN, Joel A., 1998, **Cleaning Up Environmental Accounting**, National Public Accountant, June, p. 20-23

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS COMMITTEE, **Norma Internacional de Contabilidade nº 10 — Contingências e Acontecimentos Ocorrendo após a data do Balanço**, Manual do Revisor Oficial de Contas, Ordem dos Revisores Oficiais de Contas.

_____, **Norma Internacional de Contabilidade nº 37 — Provisões, Activos e Passivos Contingentes**, Manual do Revisor Oficial de Contas, Ordem dos Revisores Oficiais de Contas.

KIESO, D. E.; WEYGANDT, J. J.; WARFIELD, T. D. **Intermediate Accounting**. 4th ed. Jonh Wiley & Sons, Inc., 2012.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo Extrapatriomial**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

MURALHA, J. António, 1999, **Contabilidade, Auditoria e Meio Ambiente**, Jornal de Contabilidade, Nº 270, Setembro, p.291-299.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e Ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

PEREIRA, Carlos C. e FRANCO, Victor S., 1992, **Contabilidade Analítica**, 5^a Edição.

RIBEIRO, Maisa de Souza, 1998, **O Custeio por Actividades aplicado ao tratamento Contábil dos Gastos de Natureza Ambiental**, Caderno de Estudos FIPECAFI, nº 19, V-10, Setembro/Dezembro.

ROSA, Carolina Aguiar da, FERREIRA, Denize Demarche Minatti, BORBA, José Alonso, Vicente, RODRIGUES, Ernesto Fernando. **As contingências ambientais das empresas brasileiras**, Universidade Federal do Paraná, III

CSEAR — Conferência Interamericana de Contabilidade Socioambiental — América do Sul. UFPA — Belém — Para — Brasil, Jun/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOLER, Manuel A., 1997, **Manual de Gestión del Medio Ambiente**, Casa del Libro, Ariel, 1997.

SPAGOLLA, Vânya Senegal Morete, **Tributação ambiental: proposta para instituição de um imposto ambiental no direito brasileiro**, tese de Mestrado em Direito, Unimar, Marília, 2008.

YIN, Robert K.: **Case Study Research. Design and Methods** Sage Publications, Thousand Oaks, 4th ed. 2009.

* Recebido em 11 dez. 2014.



CORRUPTION ET RÉGLEMENTATION ENVIRONNEMENTALE

*Max Falque**

1. DE L'URBANISME A L'ENVIRONNEMENT

L'urbanisme, dans la mesure où les capitaux en jeu sont très importants et où les pouvoirs publics jouent un rôle majeur a toujours permis la corruption, tout comme les ventes d'armes ou les grands marchés publics.

Nous insisterons particulièrement sur les documents d'urbanisme qui en fait concernent l'aménagement du cadre de vie, comme le précise l'article L. 110 du code urbanisme ; «*il faut en effet considérer que cette réglementation comprend l'ensemble des dispositifs destinés à gérer l'espace. Il faudrait d'ailleurs mieux utiliser l'expression réglementation environnementale*»¹.

Ces réglementations concernent un champ très important et ont pour caractéristiques communes «*d'affecter le droit de propriété et l'ensemble de ses variantes qui déterminent la relation entre l'homme et le sol notamment : le zonage les grands ouvrages structurants, la protection de l'environnement, la prévention des risques naturels et technologiques, la délivrance des différents permis et autorisations, les restrictions à la libre utilisation du sol ou des bâtiments par de multiples servitudes*»².

L'importance des enjeux financiers et politiques constitue un terrain favorable à la corruption, un phénomène plus facilement ressenti que défini. Pour autant le Conseil de l'Europe précise : «*la corruption est la rétribution illicite ou tout autre comportement à l'égard des personnes investies de responsabilité dans le secteur public ou le secteur privé qui contrevient au devoir qu'elles ont en vertu de leur statut d'agent d'État, d'employés du secteur privé, d'agent indépendant ou d'un autre*

* Délégué Général de l'International Centre for Research on Environmental Issues-ICREI
www.icrei.org

¹ Rapport 2006, chap.VI du Service Central de Prévention de la Corruption, Ministère de la Justice «Urbanisme et risques de dérives»

² *idem*

rapport de cette nature et qui vise à procurer un avantage indu de quelque nature qu'il soit, pour eux-mêmes ont pour un tiers»

Si dans secteur privé la corruption existe, elle se heurte aux réalités du marché : ainsi un directeur des achats qui perçoit des pots-de-vin fait naturellement augmenter le prix des fournitures, ce qui conduira l'entreprise à la faillite, sauf à licencier son employé indélicat. La sanction est inévitable à terme. Rien de tel dans la sphère publique sinon la multiplication des contrôles et des procédures dont l'efficacité s'avère limitée.

En définitive la tentation du pot-de-vin est permanente compte tenu de la faiblesse des risques encourus et de l'importance des gains possibles. Une analyse rationnelle coût-avantage conduit à considérer la corruption comme «payante» dans notre pays.

2. LA FRANCE EST-ELLE VICTIME DE LA CORRUPTION?

Plusieurs enquêtes conduisent à penser que la corruption est un phénomène sinon généralisé du moins accepté.

Rappelons que de 1981 à 2007 on compte 17 gouvernements et 685 ministres dont 90 ont été mis en examen. D'une façon plus générale depuis les années 1980 414 hommes politiques ont été mis en examen dont 138 députés, 253 maires, 41 sénateurs et 43 ministres (dont plusieurs mises en examen pour la même personne)³.

Ces épisodes judiciaires concernant les politiques sont loin de couvrir le champ de la corruption «dont la presse ne parle que rarement (ou dont elle ne veut pas parler), celle qui touche uniquement les administrations et l'argent des contribuables». Par exemple les subventions aux «associations lucratives sans but» selon l'assassinie formulée de P. P. Kaltenbach⁴, marchés publics, études de complaisance⁵, nominations à des emplois publics ou organismes divers, emplois fictifs, logements de fonction... La cause est entendue la corruption en France est devenue un des modes de fonctionnement de la société attesté par le classement de Transparency International qui place notre pays au 18e rang en 2006 pour la rétrograder au 22e en 2012 et 2013. La seule consolation est qu'en Europe l'Italie (55^e) et la Grèce (80^e) «font mieux» que nous !

³ IFRAP «La corruption au coeur de la France», 2004

⁴ Tartuffe aux affaires, Editions de Paris, 2001

⁵ Appelées aussi «A la Xavière» !

Les grands procès des dernières années : Elf, Urba, MNEF, Carignon, Botton -Noir, Arreckx, HLM d'Île-de-France et de Paris, Pelerin et tout récemment Guérini .. ont porté sur la place publique des pratiques qui restaient jusque-là largement impunies.

Ce qui est grave c'est l'indifférence, voire l'indulgence de l'opinion⁶ attestée par la fréquente réélection des corrompus⁷

La formule d'Yves Meny «le système français est basé sur la méfiance et fonctionne à la corruption» est certainement exagérée mais il faut bien reconnaître que les exemples que nous citons ne sont pas encourageants. (voir annexe)

3. DE LA CORRUPTION NATIONALE A LA CORRUPTION LOCALE

La décentralisation engagée dès 1982 a ouvert une nouvelle période. En effet jusque là le rôle de l'Administration centrale et notamment celui du Ministère de l'Equipement sous ses diverses appellations (reconstruction, construction, aménagement...) était capital pour toutes opérations importantes et surtout pour les documents d'urbanisme élaborés et gérés directement par les directions départementales sous l'autorité du préfet.

La corruption, aussi bien sur les marchés publics que les décisions d'affectation de l'espace s'exerçait au plus le niveau de l'État.

Les énormes pressions politico-financières sur le ministre de l'Equipment et son cabinet sont relatées avec talent et humour dans le brûlot publié par Gabriel Aranda en 1972 «L'État piégé»⁸

L'auteur, membre du cabinet, cite son ministre qui lui avoue:

«Ici, si l'on veut, en un mois, on fait fortune... C'est effrayant. Il faut faire très attention !» (p.68). Ou encore «M. Souchère, promoteur, a reçu la visite d'un individu, M.X, qui lui a demandé un milliard d'anciens francs pour un permis de construire».

Maurice Arreckx, sénateur UDF-PR du Var et ancien président du conseil général, a été écroué à la prison-hôpital des Baumettes, à Marseille. L'après-midi, le juge d'instruction l'avait mis en examen pour corruption active, recel

⁶ 57% des français contre 84% des américains déclarent «Il est injustifiable d'accepter un pot de vin dans l'exercice de ses fonctions» Donc presque la moitié de nos compatriotes acceptent la corruption (Source : Transparency International)

⁷ Affaire Mellick-Tapie à Valencienne ou la réélection du maire de Charvieu-Chavagneux désigné par le Canard Enchaîné (5 mars 2008) de «Maire très constructif» ou encore Guérini, toujours président du Conseil Général des Bouches du Rhône.

⁸ Stock, 312 p.

d'abus de confiance et complicité. Le «maire du Var» sous les verrous, la loi du silence qui régnait sur ce département a peut-être vécu.

On voit défiler les scandales de ce que l'on appelait le «gaullisme immobilier» notamment le plan d'urbanisme de Val-d'Isère qui en 1970 «zona» en espaces constructibles un couloir d'avalanche entraînant mort d'hommes. Ou encore les autorisations d'endigage de Bormes-les-Mimosas (Var) dénoncé par rapport Lamourey, Cannes-Marina, énorme barre de béton de 3000 m² construits en violation du permis de construire, affaire de Chanteloup-les-Vignes, affaire Philippe Dechartre⁹....

Sous la forme d'une fiction passionnante «Le roman des Hauts-de-Saint Jean» Yves Courrière¹⁰ met en scène une galerie de portraits du département imaginaire des «Bouches-Maritimes». Financiers, hommes politique, promoteurs, avocats, fonctionnaires, architectes, juges, et même hommes du «milieu» s'entendent, s'affrontent....et surtout s'enrichissent comme l'atteste ce dialogue éclairant :

-- «Mon cher président, je vous garantis un bénéfice record supérieur. Voici notre projet.» Vaugeadeau et son architecte François Galli, prévoient non seulement la construction de quais artificiels, mais l'implantation de milliers de tonnes de rochers permettant de construire sur la mer.

-- «Une fois débarrassé du plan protecteur, explique l'avocat, nous pourrons construire sur 35 ha et gagner au moins 150 maisons qui, non seulement auront vue sur la mer, mais encore construites directement sur l'eau. Vénézia dans les Bouches- Maritimes ! Sans compter les 200 places de bateaux qui ainsi deviendront rentables»(p. 31)¹¹

Une nouvelle période s'ouvre avec les lois de décentralisation qui, à partir de 1982, ont conféré les compétences d'urbanisme aux élus locaux. Il en est résulté un changement sensible du champ d'action de la corruption qui désormais s'exerce pour l'essentiel au niveau local. En même temps les documents d'urbanisme doivent prendre en compte de plus en plus de contraintes environnementales. Le champ potentiel de la corruption était donc élargi dans la

⁹ Ce dernier, figure de proue du «gaullisme de gauche» et Secrétaire d'Etat a été obligé de démissionner en 1972 à la suite d'une condamnation pour corruption dans une affaire immobilière de l'île de Ré. Ceci ne l'a d'ailleurs pas empêché de poursuivre une carrière politique importante, notamment au Conseil économique et social.

¹⁰ Fayard, 1974, 426 p.

¹¹ La tradition n'est pas perdue : par exemple en 2012 «l'ex sous-préfète de Grasse a été mise en examen» in <http://www.lebulletininvoglanais.fr/la-corruption-s-etend-en-fr> «pour que la zone devienne constructible, il faut construire un chemin forestier DFCI pour les camions de pompiers ...» Pot de vin demandé : 200 000 € !

mesure où la pression sur les élus locaux est plus aisée que sur les fonctionnaires. En effet le principe de non 'indemnisation des servitudes tel que généralisé par l'ordonnance du gouvernement de Vichy de juin 1943 était acceptable tant que les documents d'aménagement se limitaient à régler les problèmes d'urbanisme stricto sensu sous la tutelle de fonctionnaires réputés impunis et incorruptibles. Mais dès lors que le maire, soumis tout naturellement la pression de ses électeurs, est responsable du devenir de chaque parcelle du territoire de sa commune afin d'équilibrer développement et environnement, il devient de facto le redistributeur des valeurs foncières. Il en résulte suspicion, rancœur, intrigue et donc sinon corruption du moins soupçon de corruption. Comme le note prudemment le rapport du Service central de prévention de la corruption «selon la relation que telles catégories de population et de propriétaires aura avec la collectivité locale concernée, elle deviendra plus riche ou plus pauvre en fonction de la décision du pouvoir local»

4. LA SPECIFICITE DE LA CORRUPTION ENVIRONNEMENTALE

La corruption est un phénomène ancien dont déjà Cicéron dénonçait les méfaits dans ses célèbres diatribes contre Verrès. Mais en matière d'environnement ses conséquences sont d'une nature autre que morale et économique. En effet imaginons qu'un document d'urbanisme, idéalement élaboré par une équipe compétente et indépendante, définisse pour chaque parcelle les contraintes et les aptitudes environnementales¹². Soumis pour examen aux responsables politiques locaux on peut s'attendre à une certaine de modification du zonage afin, pour simplifier, de rendre constructibles certaines parcelles et inversement déclarer inconstructible des espaces sans valeurs environnementales ou paysagères particulières. Les intérêts financiers ou électoraux auront eu donc raison de la rationalité urbanistique et environnementale.

On peut avancer, qu'à défaut de mécanismes de péréquation entre les gagnants et les perdants, les valeurs environnementales seront mal prises en compte dans le contexte de décentralisation. Les conséquences peuvent d'ailleurs revêtir une forme dramatique : les avalanches à Val-d'Isère, déjà cité, mais aussi les inondations de 1992 à Vaison-la-Romaine (une cinquantaine de morts), la tempête Xynthia, les incendies réputés volontaires des forêts en Grèce durant l'été 2006 (une centaine de victimes), ou encore l'explosion de l'usine à A. Z. F à Toulouse dont le périmètre de sécurité avait été progressivement urbanisé. On peut donc dire que les réglementations que l'on est incapable de faire respecter peuvent produire des effets pervers dramatiques¹³. En

¹² Selon les principes de bon sens de la «planification écologique» telle qu'exposée dans «Composer avec la Nature» (Ian McHarg et Max Falque, IAURIF, 1980)

¹³ Le département du Var a été le théâtre de plusieurs meurtres, dont probablement celui de la députée Yann Piat, liés à des «affaires immobilières» et du «suicide» du Ministre Robert Boulin

outre, les alternances politiques ne garantissent aucunement la pérennité de la protection environnementale....un plan chassant l'autre !

5. LES RISQUES ET LES DIFFICULTES DES RESPONSABLES

Si les règlements d'urbanisme ont depuis des siècles guidé le développement urbain, les nouvelles contraintes environnementales conduisent les responsables locaux à prendre des décisions affectant les valeurs foncières sur l'ensemble du territoire communal. Dès lors sont multipliés les risques de corruption ou tout simplement la suspicion¹⁴. Ceci est extrêmement grave car, à la différence de la «corruption noire»¹⁵ portant sur les ouvrages où les ventes d'armes, ce «bruit de fond» de malhonnêteté potentielle mine la crédibilité des élus locaux même si, le plus souvent, les décisions d'affectation de l'espace ne sont pas guidées par l'intérêt privé. Bien entendu les perdants de ce qui peut ressembler à un jeu de Monopoly, auront le sentiment d'une injustice et auront tendance à parler de favoritisme électoral «(corruption grise) ou simple relation amicale (corruption blanche) , jetant ainsi la suspicion sur toutes les nécessaires mesures d'organisation et de protection de l'espace.

6. LE MECANISME ILLUSTRE DE CORRUPTION

Dans sa célèbre pièce de théâtre «Topaze»,¹⁶ Marcel Pagnol analyse parfaitement le mécanisme de la corruption municipale et a le mérite d'aborder dès les années 1920 les problèmes environnementaux qui sont aujourd'hui devenus prioritaires. En effet le système de la «pissotière à roulettes»¹⁷ qui permet au maire de rançonner¹⁸ à tour de rôle les cafés, relève bien de l'environnement olfactif. De même les commissions occultes sur l'achat des «balayeuses municipales» concernent la collecte des ordures ménagères !

On notera que dans un état de droit la pollution olfactive ouvrirait un droit à indemnisation égal au montant de la baisse du chiffre d'affaires. Ce

¹⁴ Royer-Collard disait aux futurs hauts fonctionnaires de la Restauration que ce qui importe c'est moins ce qu'ils feront que ce que l'opinion pense qu'il peuvent faire

¹⁵ On distingue trois niveaux de corruption : noire, blanche et grise (P. Laacscoumes)

¹⁶ La pièce a d'ailleurs fait l'objet de deux versions filmées également remarquables mais je donne la préférence à l'interprétation de Fernandel plutôt que celle de Jouvet.

¹⁷ «L'année dernière, nos services de l'hygiène ont construit devant la brasserie l'un de ces petits monuments de tole qui perpétuent le souvenir de l'empereur Vespasien....or à mesure que l'été s'avance et que le soleil chauffe, cette vespasienne rend la terrasse de la brasserie proprement inhabitable et la clientèle s'en vaVous lui direz que vous vous chargez d'obtenir sa suppression mais que vous avez des frais et qu'avant toute démarche vous exigez une somme de mille francs....Avant que cet édicule ait fait le tour de l'arrondissement nous aurons encaissé plus de trois cents billet. C'est une affaire sûre, pratique et même amusante. nous pourrions faire cinq ou six cafés par an d'une façon régulière....»

¹⁸ Ou plus exactement à «acheter» le déplacement de la nuisance !

«ticket modérateur» aurait découragé la municipalité et la corruption. En définitive la réglementation et la puissance publique sont bien responsables de la corruption.

Si Pagnol ne prend pas pour cible la corruption liée à la constructibilité des terrains c'est qu'à cette époque (l'action se situe dans les «années folles») le zonage et les multiples réglementations d'urbanisme n'avaient pas encore transféré l'essentiel des droits de propriété aux pouvoirs publics.

Mais c'est probablement le film de «Main basse sur la ville» de Dino Risi qui illustre le mieux la corruption liée au zonage. À Naples, au début des années 1960 un promoteur, membre du conseil municipal de la ville, parvient à persuader le maire d'étendre les infrastructures afin de rendre constructibles des terres agricoles préalablement acquises à bas prix.. Bien entendu la corruption est le moteur de ces décisions. En un sens le récent film «Gomorrah» qui décrit la corruption criminelle de la Camora dans le trafic des déchets ménagers complète cette terrible fresque sur l'Italie du Sud.

A Marseille¹⁹ le système a même été tout récemment perfectionné puisque c'est un terrain préempté pour ses qualités environnementales et paysagères qui a servi au déversement des déchets au profit d'une organisation mafieuse. !

7. DE LA CORRUPTION A LA COMPASSION

Marbella en Andalousie qui est le plus parfait et le plus pur cas de corruption :

«L'essentiel des rétributions se faisait en nature. Quand un promoteur voulait obtenir des permis de construire, le maire lui demandait en échange de lui céder un terrain inconstructible. Puis il le requérait en terrain à bâtir et un autre promoteur était autorisé à construire, à la condition qu'une partie des réalisations soit

¹⁹ «Le président PS du conseil général des Bouches-du Rhône, Jean-Noël Guérini, a été convoqué le 8 septembre par le juge d'instruction Charles Duchaine. Il a été mis en examen pour association de malfaiteurs (c'est-à-dire le fait de préparer à plusieurs la commission d'infractions graves), prise illégale d'intérêt et trafic d'influence, dans le cadre d'une affaire sur des marchés publics présumés frauduleux, notamment dans le domaine du ramassage des déchets. Son frère Alexandre a déjà été mis en examen puis incarcéré entre décembre 2010 et mai 2011 pour cette même affaire. Cette histoire de poubelle remonte à 2004 explique L'Express: cette année-là, la SMAE, société de traitement des ordures d'Alexandre Guérini, remporte le marché pour exploiter –et étendre– une décharge à La Ciotat, pour le compte de l'agglomération d'Aubagne. Le maire UMP de La Ciotat s'y oppose, et le conseil général (dirigé par Jean-Noël Guérini) préempte alors le terrain d'extension prévu, soi-disant pour préserver son paysage et milieu naturel. Sauf que le conseil général vote le même jour une subvention à Aubagne dédiée à l'extension de la décharge sur ce même terrain. Deux ans plus tard, la préfecture des Bouches-du-Rhône cède le terrain à Aubagne (ce qui fait les affaires d'Alexandre Guérini), après une commission permanente à laquelle a pris part Jean-Noël Guérini.» Slate.fr 2011

mise à dispositions du maire, qui la plaçait au nom de l'un de ses multiples hommes de paille, au premier rang desquels figuraient les associés d'un cabinet d'avocats à Madrid»²⁰

La lecture de ce texte suggère deux images

- un alchimiste moderne transformant le plomb en or,
- un petit nuage d'or survolant une ville et crevant au gré de politiciens véreux.

Bien entendu chacun sait que de telles pratiques ne sauraient se produire de ce côté-ci des Pyrénées !

D'ailleurs bien souvent la corruption est quasiment innocente voire compassionnelle. À cet égard le témoignage d'André Aschiéri, député-maire (Vert) de Mouans-Sartoux dans les Alpes-Maritimes est intéressant. Il expliquait²¹ benoîtement qu'il ne pouvait refuser de rendre constructibles des parcelles agricoles afin de permettre la survie de petits agriculteurs en difficulté....comme d'ailleurs en avait profité son père auparavant. Rien d'illégal à cela, sauf qu'à la rationalité urbanistique et environnementale, le maire aura substitué une logique compassionnelle et sociale. S'il n'y a pas eu de contrepartie financière matérielle on ne peut cependant s'empêcher de penser que les agriculteurs concernés seront des électeurs reconnaissants ! En outre on peut imaginer que les deux rationalités soient cohérentes. S'agit-il de corruption «grise» ou «blanche» ?

On le voit, la limite entre corruption et gestion politique n'est pas évidente mais le risque de dérive met tous les responsables locaux en position délicate vis-à-vis de l'opinion voire de la justice.²²

²⁰ «Le Monde», 25 avril 2006 «Le système Marbella décapité»

²¹ France-Culture 2008

²² «Encore une SAFER prise les mains dans le beurre Cette affaire est limpide. Non contente d'attribuer la propriété à la personne de son choix, la SAFER s'est fait un profit facile sur le dos du vendeur et de l'acheteur. Une fois découverte, la SAFER a introduit des manoeuvres dilatoires pendant 7 ans portant notamment sur la date d'affichage de la vente en mairie ou sur le délai mis par les Martin à contester le prix de vente. Les Tribunaux de grande instance puis d'Appel ont heureusement repoussé ces arguties. Mais pour l'iFRAP, ces problèmes de forme n'ont aucun poids par rapport au fond : la SAFER a fait baisser le prix prétendument "au nom de la lutte contre la spéculation foncière", et a finalement revendu la propriété au prix initial de 3 500 000 F.

8. ANALYSE THÉORIQUE DU PHÉNOMÈNE²³

De nombreux observateurs ont mis en évidence les risques liés aux inégalités voire l'arbitraire de traitement des propriétaires qu'implique le zonage en l'absence de mécanismes de péréquation.

Ainsi Edgar Pisani remarquait dans son ouvrage²⁴ préfacé par Michel Rocard

«tant que le tire-ligne de l'urbaniste et de l'ingénieur fera et défera des valeurs sans justification claire nous pouvons craindre deux phénomènes également graves :

-- nul ne peut supputer que les fonctionnaires qui tranchent, resteront toujours et partout à l'abri des tentations. Lorsqu'un acte administratif fait et défait les fortunes, la morale publique est bien vite menacée et c'est miracle que notre administration ait si bien résistée,²⁵

-- nul n'a le droit de penser que les citoyens auront durablement le respect des disciplines urbanistiques, s'ils ont le sentiment que la décision urbaine est livrée au hasard, à l'arbitraire et à la concussion»

Tout est dit... Mais les contraintes environnementales ont depuis aggravé la situation.

Aux États-Unis, où le zonage a couvert progressivement l'ensemble des collectivités locales depuis 1915, on trouve des critiques du même ordre. Ainsi s'exprime un conseiller municipal : «*Vous devez savoir que la seule fois où l'on m'a proposé de l'argent depuis que je suis conseiller municipal est lorsque j'ai appartenu à la commission d'urbanisme*»²⁶.

Alan Altshuler²⁷ a bien analysé les risques que le soupçon de corruption fait courir à la crédibilité de l'action des pouvoirs publics :

«lorsque la puissance publique est respectée et inspire la confiance, de nombreuses politiques deviennent possibles. En particulier la réglementation efficace de l'utilisation des espaces privés implique de conférer un pouvoir discrétionnaire considérable aux responsables. L'exercice de ce pouvoir détermine largement

²³ Pour une analyse théorique et approfondie voir la monographie de M. Georgieva et B..Lemennicier «Qui est réellement corrompu : l'électeur ou l'homme politique ?» Contribuables Associés, avril 2007, 49 p.

²⁴ «Utopie Foncière», Gallimard, 1977, 213 p.

²⁵ Cet optimisme aurait pu être tempéré par la lecture de l'ouvrage de G. Aranda paru six ans auparavant !

²⁶ Weaver and Babcock «City Zoning : the ounce and future frontier», Planning Press

²⁷ «The City Planning Process, a political analysis" Cornell University press, 1965, 461 p.

les valeurs foncières relatives à l'intérieur d'une collectivité locale... Dès lors que la suspicion apparaît que certaines décisions d'affection du sol répondent à des pressions politiques ou à des pots-de-vin, la survie politique du système de maîtrise foncière devient extrêmement précaire .Aux États-Unis la suspicion et si endémique qu'elle est devenue partie prenante de notre culture politique»

Au Québecaussi .²⁸

On ne peut s'empêcher de penser que cette analyse pourrait s'appliquer à la France. C'est d'ailleurs ce que confirme Vincent Renard²⁹, excellent observateur de la réalité française :

«Étant donné qu'il existe 36 000 communes en France, la décentralisation des compétences en matière de planification au niveau municipal a rendu difficile pour l'État le contrôle de la mise en oeuvre locale. Il en est résulté un accroissement sans précédent des relations entre promoteurs, constructeurs et pouvoirs locaux. Dans certains cas des relations ont conduit à la corruption, plus particulièrement pendant le boum immobilier des années 1985 -- 1990».

On peut penser que la situation n'a fait qu'empirer lors de la nouvelle période de pression foncière qui a débuté en 2002

9. CONCLUSION

Nous ferons notre conclusion du Service Central de Prévention de la Corruption:

«s'il y a relativement peu d'exemples de sanction, la corruption prise au sens large et pourtant susceptible de toucher d'une manière générale l'élaboration des règles d'urbanisme, les décisions individuelles, les autorisations, les permis de construire et d'occupation du sol, les autorisations d'urbanisme commercial etc.. Elle touche plus généralement l'ensemble des actes entraînant un droit d'occuper, de construire, de créer, de forer, d'exploiter un

²⁸ «Il y a de quoi de profondément déprimant... et de réjouissant dans la dernière rafle de l'Unité permanente anticorruption (UPAC) à Châteauguay. Les policiers ont freiné un nouveau stratagème vieux comme le monde. Deux entrepreneurs (Éric Lafrance et Michel Bergevin), un courtier immobilier et ex-conseiller municipal (René Lafrance) et un militant libéral fédéral de longue date (Jacques Roy) auraient proposé des enveloppes brunes bien garnies à la mairesse, Nathalie Simon. En retour, ils voulaient placer une personne de confiance dans un poste-clé de l'administration municipale et obtenir des changements de zonage sur des terrains convoités pour des projets immobiliers. Comme à la vieille époque, quoi !»

²⁹ «Compensation rights for reduction in property values due to planning decision : the case of France» in Washington University Global Studies Law Review, vol 5

territoire quel que soit, ce qui représente des enjeux financiers considérables»

Ce texte, dont la formulation a été certainement pesée au trébuchet d'un Ministère de la Justice par nature prudent, n'incite pas à l'optimisme. En effet au moment où la réglementation environnementale monte en puissance et où le zonage des documents de planification devient de plus en plus complexe, il est évident que l'absence de confiance des citoyens constitue un obstacle dirigeant à la mise en oeuvre des politiques environnementales.

Que faire ?

- Il faut d'abord examiner la réalité, non seulement de la corruption, mais de sa perception dans l'opinion. En ce sens un sondage d'opinion auprès des quelques 550 000 élus locaux et de l'ensemble de la population constituerait un préalable.

- Ensuite réfléchir sur les mécanismes qui permettront sinon de supprimer du moins d'atténuer les inégalités des contraintes pesant sur les citoyens réputés égaux devant les charges et avantages de l'intérêt public. Certains outils existent, d'autres sont à inventer³⁰ mais leur mise en oeuvre suppose de remettre en cause le principe de non indemnisation des servitudes généralisé par l'ordonnance de 1943 et d'une façon générale reconnaître qu'en matière environnementale la collaboration de l'intérêt privé et de l'intérêt public est incontournable sauf à détruire la liberté, première des trois valeurs inscrites sur nos monuments publics.

- Enfin soumettre chaque projet de loi, décret, circulaire et bien sûr chaque document d'urbanisme à une évaluation des risques de dérive corruptrice.

Reste que la tentation du statu quo, sinon de l'omerta et du tabou, risque de paralyser les réformes qu'exigent aussi bien la morale publique que l'aménagement harmonieux de notre cadre de vie.

Lors des toutes récentes élections municipales le sujet n'a pas été abordémais si ça ne se dit pas ça se siffle !

Un espoir cependant : la réforme des compétences des collectivités locales envisage de confier l'urbanisme à l'intercommunalité ce qui risque pourtant de faire remonter la corruption ...en quelque sorte le mouvement inverse de celui de la décentralisation de 1982.

³⁰ Voir Falque, Lamotte, Saglio «Droits de propriété, Economie et Environnement : les ressources foncières» Bruylant, 2007, 729 p.

Aujourd’hui la corruption municipale concernant l’affectation du foncier constitue le bruit de fond de la corruption qui mine la confiance des citoyens et renforce leur cynisme. La multiplication des réglementations environnementales risque plus d’ouvrir la voie à la corruption que de participer à l’amélioration de notre cadre de vie.

En la matière il est difficile d’affirmer avec Bernard Mandeville (1729) que «les vices privés font le bien public» et il convient de noter que, dans son brillant plaidoyer «Les discrètes vertus de la corruption» G. Koenig n’aborde pas un problème dont les conséquences sont toujours préjudiciables pour l’environnement et la morale publique.

Il est grand temps de mettre le problème sur la place publique, condition préalable à la recherche de solutions.

RÉFÉRENCES

«Golf à bâtir», J. Comby, Combat Nature mai 1988 et Etudes Foncières n° 16, 1987

«Corse : les incendies opportuns, une enquête sur les faux éleveurs incendiaires de l’île de Beauté» le Figaro 22/06/95

«Piston, combines et passe-droits : la grande foire aux permis de construire : l’émir, le maire et le préfet organisent un Grenelle de l’enrichissement» Le Canard enchaîné 10 et 17/05/13

«Comment Michel-Edouard Leclerc a appris à se taire» Marianne, 29/10/08

«Le système Marbella» décapité» Le Monde 25/04/06

«Corrida judiciaire à la mairie de Nîmes», Le Canard Enchaîné, 01/07/09

«Petits immeubles entre amis sur le beau rivage varois» Le Camard Enchaîné 13/02/13

«Le témoin clé de Drucker n’était pas en béton» Le Canard Enchaîné 23/01/13

«Bormes les Mimosas, une affaire en or» in «Chirac ou la fringale du pouvoir» H. Deligny, 1977

«Inondations : des bonnes intentions aux effets pervers», M. Falque in Le Moniteur 01/06/10

«Démolition de la villa Pellerin à Antibes,» BatiActu 03/10/02

«Des Guérini à la mafia, des ordures pas très légales» Slate.fr 08//09/11

«Autodemolizione dell’Italia» Corriera della Sera 22/02/68

«Forest fires in Europe : Government incompetence and corruption encourage arsonists» The Economist 30/06/07

«Charvieu-Chavagneux, un maire très constructif» Le Canard Enchainé, 05/03/08

«Israël : l'ex premier ministre reconnu coupable de corruption» Courrier International 31/03/14

Koenig G. «Les discrètes vertus de la corruption» Grasset, 2009, 282 p.

Falque M., Lamotte H et J.-F. Saglio ; (sous la direction de) «Les ressources foncières» Bruylant 2007, 729 p. ; voir plus spécialement les communications de Maitre C. Boitel «Réglementations environnementales et risques de corruption» et J.-P. Bueb «Les problèmes éthiques liés aux documents d'urbanisme».

* Recebido em 14 fev. 2015.