

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE

# DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Número 20  
1/2013

 **Newton**

Quem se prepara, não para.

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva / Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2013-. Disponível na Internet: <  
[http://npa.newtonpaiva.br/direito/?page\\_id=34](http://npa.newtonpaiva.br/direito/?page_id=34)>  
n.1.-

Semestral  
ISSN 1678-8729

1. Direito - periódicos. 2. Revista Científica. I. Centro Universitário Newton Paiva

CDU 050:34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton Paiva)

Centro Universitário Newton Paiva  
Campus Carlos Luz, 220  
Unidade Buritis  
Belo Horizonte – Minas Gerais



Quem se prepara, não para.

# EXPEDIENTE

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE

Antônio Roberto Beldi

REITOR

João Paulo Beldi

VICE-REITORA

Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

Marcelo Vinicius Santos Chaves

SECRETÁRIA GERAL

Dorian Gray Rodrigues Alves

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Emerson Luiz de Castro

EDITOR DA REVISTA

Gustavo Costa Nassif

CONSELHO EDITORIAL

Professora Mestre Cândice Lisboa Brandão (Newton)

Professor Mestre Emerson Luiz de Castro (Newton)

Professor Doutor Gustavo Costa Nassif (Newton)

Professor Doutor Jorge Claudio de Bacelar Gouveia (Universidade Nova de Lisboa)

Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães (UFMG)

Professor Doutor Ricardo Rabinovich-Berckman (Universidade de Buenos Aires)

Professor Doutor Rubén Martínez Dalmau (Universidade de Valência - Espanha)

Professora Doutora Tatiana Ribeiro de Souza (Newton)

## APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

Cynthia Mara da Fonseca Pacheco

EDITORA DE ARTE E PROJETO GRÁFICO

Helô Costa

Registro Profissional: 1.27/MG

DIAGRAMAÇÃO:

Geisiane de Oliveira

(estagiária da Central de Produção Jornalística da Newton Paiva - CPJ)



# **EDITORIAL**

Apresentamos a 20.<sup>a</sup> edição da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva que se destina a dar publicidade à produção científica da comunidade acadêmica “NEWTON” além de reproduzir as pesquisas de diversos autores com quem ela dialoga. Destaca-se mais uma vez essa produção se constitui em um espaço aberto à diversidade de saberes com a garantia da liberdade e do pluralismo de ideias.

Em um momento em que a educação superior passa por grandes transformações a produção acadêmica procura resistir aos impactos da mudança para contribuir com as necessidades de um mundo cujas exigências se voltam cada vez mais para a formação de lideranças qualificadas. Desta forma é travada uma luta quase inglória entre a qualidade do ensino superior e a indiferença daqueles que só almejam o diploma. Quer-se dizer com isso que deveria existir uma visceral intimidade entre o título e o conhecimento.

A Revista Eletrônica de Direito tem publicado por meio digital excelentes trabalhos produzidos por alunos, professores e pela comunidade acadêmica, os quais se denominam simplesmente autores. Assim, a revista contribui para o aprofundamento e disseminação do saber jurídico, permitindo uma maior aproximação entre a produção do conhecimento técnico e a realidade social.

Seu conselho editorial renovado é composto por professores e profissionais de destaque no cenário nacional e internacional. Sua publicação é semestral e está aberta para receber novas contribuições para alcançar seus objetivos: o fortalecimento da pesquisa científica e o aprofundamento da reflexão.

A 20.<sup>a</sup> edição da Revista Eletrônica de Direito além dos importantes artigos incluiu o caderno “Opinião” que doravante irá explorar em cada publicação o ponto de vista jurídico e a experiência de diversos juristas e operadores do Direito. Caminhando, assim, contra as formas arcaicas do ensino jurídico e almejando uma nova perspectiva para a formação do bacharel em Direito e o amadurecimento da comunidade jurídica.

**Professor Gustavo Costa Nassif**

**Editor da Revista**



# SUMÁRIO

## OPINIÃO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 37/2011

Carlos André Mariani Bittencourt - Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais 10

## CONVIDADOS

“DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS: “Conquistas” exclusivas de la cultura occidental?”

Pablo Guadarrama González 13

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS INCIDENTE SOBRE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Lucas Gabriel Molina dos Santos 27

CONTRIBUIÇÃO DA RESERVA LEGAL PARA UM AMBIENTE SUSTENTÁVEL

Elaine Cristina Moreira e Ângela Silva 39

DIREITO PENAL DAS MÍDIAS SOCIAIS

Grégore Moreira de Moura 46

ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

Rubén Alberto Duarte Cuadros 51

O PODER LEGISLATIVO E O DEVER DE MOTIVAÇÃO NO JULGAMENTO DAS CONTAS ANUAIS DO CHEFE DO EXECUTIVO

Flávio Freire de Oliveira 61

REFLEXÕES ACERCA DO PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE

Tarso Duarte de Tassis e Leonardo Dias Saraiva 75

INTEGRAÇÃO DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS: fatores sociopolíticos que devem ser considerados para combater a guerra fiscal e a crise de confiança

Jamir Calili Ribeiro e Simone Amália Calili 86

AÇÃO AFIRMATIVA PARA PROMOÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL: SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Marília Souza Diniz Alves 99

## PROFESSORES

A CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

Débora Caroline Pereira da Silva e Daniela Lage Mejia Zapata 112

O DESAFIO DO ENSINO JURIDICO FRENTE A FORMAÇÃO FILOSÓFICA, ÉTICA E POLÍTICA DOS BACHARÉIS EM DIREITO NO BRASIL Emerson Luiz de Castro	123
OMBUDSMAN: Alguns Aparentamentos Históricos e Filosóficos Gustavo Costa Nassif	127
PASSOS PARA UMA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO José Carlos Henriques e Bernardo Gomes Barbosa Nogueira	132
A POSSIBILIDADE DA PERDA DA NACIONALIDADE POR PARTE DO BRASILEIRO NATO Fernando Gonçalves Coelho Júnior, Ronaldo Passos Braga e Valéria Edith Carvalho de Oliveira	137
A PROPRIEDADE VISTA POR JOHN LOCK E SUAS ATUAIS LIMITAÇÕES Rodrigo Barroso de Oliveira e Thiago Augusto de Freitas	141
A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL COMO INSTRUMENTE DE REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Juliano Junqueira de Faria	146
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO JUIZ NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, DIANTE DA MANIFESTAÇÃO DE VOTO DOS CREDORES Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade, André Pablo dos Santos Crescêncio, Brenda Lima Costa e Rodrigo Vaz Mendes Sampaio	157
BIOPOLÍTICA E FORMAÇÃO DO ESTADO SOBERANO: reflexão a partir do exemplo do Estado português Igor de Matos Monteiro	164
DIREITO DIGITAL: uma análise preponderante sobre o mais novo ramo do direito e suas transformações sócio-jurídicas Elisa Mariano da Silva, Nathália Guariento, Rafaele Oliveira Queiroz, Thamires Resende e Cristian Kiefer da Silva	169
DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL: uma crítica à vinculação econômica do direito Cândice Lisbôa Alves e Christiane Costa Assis	179
O confisco da renda na Previdência Complementar Tatiana Maria Oliveira Prates Motta e Luis Henrique Moreira Lamego	193
SOCIEDADE CONJUGAL: interpretação do artigo 977 do código civil Leandro Henrique Simões Goulart e Matheus Adolfo Gomes Quirino	205
TERRORISMO E DIREITO INTERNACIONAL: Reflexões acerca do fenômeno terrorista no século XXI. Hassan Magid de Castro Souki	215



# OPINIÃO

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 37/2011

Carlos André Mariani Bittencourt  
Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 37/2011, que tramita na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Federal Lourival Mendes (PT do B-MA), acrescenta o § 10º ao Art. 144 da Constituição Federal, com a seguinte redação: "Art. 144. (...) § 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civil dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente." (grifo nosso), criando monopólio das investigações criminais pelas polícias federal e civil.

A aprovação da emenda, a par de representar grave retrocesso no sistema judicial em nosso país, implica em inaceitável enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, com sérias consequências à eficiência do Estado no combate à criminalidade.

Travado o debate público sobre a oportunidade e acerto da proposição, argumenta-se que a aprovação da PEC n. 37/2011 não implicará em restrição aos poderes do Ministério Público, órgão ao qual não teria sido atribuído, pelo legislador constituinte, a função investigatória. Argumenta-se, ainda, que o monopólio das investigações pela polícia federal e civil visa restabelecer a "imparcialidade" da investigação.

Nada mais inexato. Por primeiro, porque o legislador constituinte originário atribuiu implicitamente ao Ministério Público poder investigatório criminal, seja conferindo-lhe a titularidade exclusiva da ação penal<sup>1</sup>, seja conferindo-lhe poder requisitório<sup>2</sup> ou ao atribuir-lhe o controle externo da atividade policial<sup>3</sup>.

Por segundo, porque não é o Ministério Público órgão meramente acusador, mas *sim defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*<sup>4</sup>, o que afasta o argumento de parcialidade em investigação por ele conduzida, já que não busca a Instituição outro resultado que não a defesa da sociedade.

Em outras palavras, embora o Ministério Público tenha o poder-dever de dar início à persecução penal para apuração de fato ilícito, somente lhe interessa a condenação obtida de

forma justa, observado o devido processo legal e respeitadas as garantias individuais do acusado.

Some-se, ainda, a conveniência da investigação criminal pelo Ministério Público quando o mesmo fato produz reflexos em diversas áreas (seara administrativa, cível e penal). Em inquérito civil instaurado para apurar, por exemplo, ato de improbidade administrativa, as provas colhidas pelo Ministério Público, evidenciando ilícitos penais, seriam nulas apenas por não terem sido colhidas pela Autoridade Policial?

Creemos que o mais relevante questionamento a ser feito pela sociedade é se a concentração do poder investigatório criminal exclusivamente na polícia federal e civil trará maior efetividade ao sistema de segurança pública – *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, nos termos do art. 144 da CF – ou, ao revés, implicará no abrandamento do sistema de Justiça, gerando maior impunidade.

A nosso ver, a única resposta possível é a de que a PEC 37/2011 não interessa à sociedade, por enfraquecer o Estado Democrático de Direito, conduzindo à maior ineficiência do Estado no combate à criminalidade.

Por tais motivos, o Ministério Público brasileiro está mobilizado contra a proposição em foco, tendo levado, nos últimos meses, ao conhecimento da sociedade e da imprensa, a dura realidade de nosso país no que diz respeito aos elevados índices de criminalidade, violação de direitos humanos e corrupção, e, infelizmente, ao baixo percentual de delitos efetivamente apurados segundo o atual modelo, já passível de diversas críticas.

Somos favoráveis à estruturação das polícias e à valorização das respectivas carreiras e apostamos nas parcerias com diversos organismos do Estado para enfrentamento das diversas formas de criminalidade. Da soma dos esforços, virão melhores resultados. Da exclusividade, conforme redação da PEC, nada de positivo virá.

## NOTAS DE FIM

1 Art. 129, I, da CF. Nesse aspecto, releva salientar que, sendo o inquérito policial dispensável para a propositura da ação penal (art. 39, §5º, do CPP),

nada impede que o titular da ação, ao receber notícia de crime, proceda às diligências que entender necessárias para formação de sua opinio delicti.

2 Cf. Art. 129, VI, da CF. E, mais, se a normatização pátria confere ao Parquet o poder requisitório de diligências, nada impede que ele próprio as conduza, mormente quando aquelas requisitadas não foram satisfatoriamente cumpridas, inclusive pela Autoridade Policial. Seria benéfico à sociedade que, não cumprida a diligência requisitada, não restasse outra alternativa ao Ministério Público que não o arquivamento da investigação por falta de indícios suficientes à instauração de instância?

3 Art. 129, VII e VIII, da CF. Nesse viés, a aprovação da PEC 37/2011 implicará em grave enfraquecimento do controle externo da atividade policial, impedindo que o Ministério Público proceda à investigação de policiais suspeitos da prática de crimes, quando o próprio STF reiteradamente tem reconhecido o poder investigatório do Ministério Público em tal hipótese, cf. RE 468.523, HC 93.930, HC n.º 97.969-RS, **HC 84965/MG**, HC n. 96638/BA.

4 Art. 127 da CF.



**CONVIDADOS**

# “DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS: “CONQUISTAS” EXCLUSIVAS DE LA CULTURA OCCIDENTAL?”

Pablo Guadarrama González<sup>1</sup>

RESUMEN: La democracia y los derechos humanos no constituyen conquistas exclusivas de la llamada cultura occidental, con independencia de que en ella hayan logrado un valioso nivel de desarrollo para todos los pueblos del mundo. En verdad, ambos son un producto del proceso de transculturación universal en el que, de manera indiscutible, unos pueblos han aportado más que otros; pero eso no significa que algunos tengan el protagonismo exclusivo de sus avances. Tales logros no han sido tampoco solo el resultado del pensamiento de grandes personalidades, las cuales, como líderes religiosos, filósofos, políticos, científicos sociales, etc., de distintas regiones del orbe, sin duda, han contribuido notablemente a su adecuada fundamentación y realización. Han sido en realidad el resultado de la simbiosis creativa de bienes intelectuales y culturales aportados por tales pensadores, dialécticamente articulados con las luchas sociales por diversas formas de poder de distintos sectores sociales que, en diferentes regiones del mundo y en distintas etapas del proceso de civilización, se han opuesto a los poderes enajenantes y han ido alcanzando con los procesos de universalización y globalización el perfeccionamiento de la democracia y de los derechos humanos encaminados hacia formas superiores de humanismo práctico.

## 1 INTRODUCCIÓN

Tanto en el mundo académico como político y jurídico, ha sido nota común considerar que el humanismo, la democracia y los derechos humanos son conquistas exclusivas de la cultura occidental. A partir de este eurocéntrico criterio, se sostiene que otros pueblos anteriores al devenir de dicha cultura o que han existido desvinculados de ella, no han sido capaces de desarrollar formas de vida democráticas, y mucho menos de elaborar un pensamiento filosófico, ético, jurídico, político, etc., que lo fundamente.

Por supuesto, detrás de tales posturas discriminatorias se esconden razones no solo ideológicas, sino también estrictamente políticas y económicas de gran actualidad, pues se pretende sostener el criterio de que siempre los países de bajo nivel socioeconómico deberán reproducir miméticamente los esquemas de gobierno, prácticas políticas, jurídicas, éticas, etc., de los países desarrollados, fundamentalmente europeos y de Norteamérica.

La tarea de demostrar la falsedad de tales concepciones —con independencia de reconocer los debidos méritos a la modernidad y los aportes de la cultura occidental, en cuanto al desarrollo del humanismo, la democracia y los derechos humanos—, aunque difícil, no deja de ser necesaria, especialmente para aquellos sujetos de la actividad cultural que son también producto, y a la vez coautores, de esa simbiótica cultura occidental, la cual supo desde sus orígenes nutrirse de los valores culturales de los pueblos del Oriente antiguo y de los nuevos pueblos de África y América que “fagocitósicamente” pudo colonizar, pero sin que, a la vez, lograra evadirse, hasta nuestros días, de los necesarios procesos de transculturación,<sup>2</sup> mediante los cuales ha continuado nutriéndose de sus valores culturales.

## 2 EL HUMANISMO COMO PILAR DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA

El humanismo, entendido en su formulación más amplia, ha encontrado innumerables definiciones. Usualmente se maneja de manera limitada en su expresión clásica histórica como ese movimiento cultural europeo que se despliega en la época renacentista entre aquellos intelectuales, profundos admiradores de la cultura grecolatina, que intentaban rescatar la dignidad humana, tan atrofiada por siglos de servidumbre feudal durante el Medioevo. Resulta muy común considerar que la democracia y los derechos humanos son un producto exclusivo de la maduración de la modernidad y de la sociedad burguesa, cuyos pilares ideológicos se presume radican en el Renacimiento.

Tal perspectiva eurocéntrica, por lo general, no toma en consideración la existencia de pensamiento, así como de praxis humanistas y democráticas, en otras culturas del orbe anteriores a la cultura occidental o al margen de ella.

En ocasiones, el humanismo se presenta también como una especie particular de fe en los valores humanos cultivados por y para el hombre. En tal situación, el humanismo no se diferenciaría mucho de otros tipos de religiosidad, aunque tal vez, en tal sentido, con mayor carga antropocéntrica. En definitiva, todas las grandes religiones han tenido en sus orígenes y fundamentos una proyección humanista.

El humanismo no constituye una corriente filosófica o cultural homogénea. En verdad se caracteriza en lo fundamental por propuestas que sitúan al hombre como valor principal en todo lo existente, y partir de esa consideración, subordina toda actividad a propiciarle mejores condiciones de vida material y espiritual,

de manera tal que pueda desplegar sus potencialidades, siempre limitadas históricamente, como se revela en el caso de las conquistas democráticas y de los derechos humanos.

La toma de conciencia de las limitaciones para realizar formas concretas y reales de humanismo no deviene obstáculo insalvable, sino que constituye un pivote que moviliza los elementos imprescindibles para que el hombre siempre sea concebido como fin y nunca como medio —según la sabia formulación kantiana—, como debe ser en lo referido a la democracia y los derechos humanos.

Siempre las propuestas humanistas deben estar dirigidas a reafirmar al hombre en el mundo, a ofrecerle mayores grados de libertad y a debilitar todas las fuerzas que de algún modo puedan alienarlo. Por eso se debe tomar en cuenta la diferencia existente entre concepciones antropológicas en sentido general, que incluso pueden ser hasta misantrópicas, y las propiamente humanistas.

Pero las ideas y prácticas humanistas desde sus distintas expresiones originarias en las diversas latitudes del mundo y en sus diversas épocas, han tenido que enfrentarse a fuerzas alienadoras.

Es sabido que todo poder supuesto a fuerzas aparentemente incontroladas por el hombre —lo cual es expresión histórica de incapacidad de dominio relativo sobre sus condiciones de existencia, engendradas consciente o inconscientemente por el hombre, y que limitan sus grados de libertad—, se inscriben en el complejo fenómeno de la enajenación. La violación de los derechos humanos o el desconocimiento del debido respeto a las prácticas democráticas, constituyen unas de las formas alienantes más usuales desde la antigüedad hasta la época contemporánea.

El pensamiento filosófico, político y jurídico se ha ido construyendo en la historia universal como un permanente proceso de aportación parcial, por parte de sus cultivadores en diferentes regiones del orbe, de distintos instrumentos humanistas y desalienadores ante el Estado y la sociedad civil, que contribuyen en diferente grado a la consolidación del lugar del hombre, del individuo humano, de la persona en el mundo. Cuando se han constatado los distintos peligros enajenantes que en circunstancias diversas afloran en la sociedad humana, se han aportado en la mayor parte de los casos las vías para superarlos.

No es menos cierto que no han faltado quienes se han limitado a constatar o a poner de manifiesto formas enajenantes, como la subordinación al poder de los gobernantes, de amos, señores, dueños, de las fuerzas ocultas de la naturaleza, la economía, la sociedad, etc., sin contribuir mucho a encontrar los mecanismos para evadirlos, porque han partido de la fatal consideración de que estos son consustanciales a la condición humana. Pero de haber prevalecido tales criterios fatalistas en la historia de la civilización, hoy difícilmente podríamos las nuevas generaciones humanas enorgullecerse de los avances alcanzados en todos los órdenes

de perfeccionamiento social en cuanto a la vida democrática y el respeto de los derechos humanos.

La elaboración de concepciones, el desarrollo de prácticas y la constitución de instituciones para lograr una sociedad más justa, democrática y humana, es ancestral en múltiples culturas de todo el orbe desde sus primeras expresiones históricas, lo mismo en el Oriente Antiguo que en las sociedades americanas prehispánicas.

En las culturas egipcia, china, india, persa, lo mismo que en la grecorromana y en las precolombinas americanas, existen innumerables testimonios de ideas humanistas, comunitarias y utópicas, algunas de las cuales proliferaron también durante la Edad Media con su necesaria tonalidad religiosa. Es muy cierto también que estas irrumpieron con mayor fuerza a partir del Renacimiento y se acrecentaron en la misma medida en que el capitalismo evidenciaba su contradictoria naturaleza inhumana, lo cual explica la temprana aparición de las ideas socialistas utópicas.

Muy valiosas para la cultura democrática universal resultaron algunas de las ideas del humanismo renacentista y las conquistas sociales desde el nacimiento de la modernidad. Al mismo tiempo no parece lógico suponer que careciesen de razones suficientes aquellos sectores sociales que emprendieron la tarea de iniciar la construcción de sociedades más justas donde se respetaran los derechos de los trabajadores y los sectores populares.

De tal manera, surgieron partidos políticos, sindicatos, organizaciones, instituciones culturales, etc., al frente de los cuales siempre han estado hombres de talento y de aspiraciones humanistas muy concretas.

No resulta fácil suponer que estos líderes intelectuales y políticos hayan sido por lo regular unos aberrados mentales o no tuviesen razones suficientemente justificadas para emprender sus tareas reivindicadoras de la democracia y los derechos humanos. Sin embargo, de acuerdo con esta lógica del discurso, podrían formularse las mismas conclusiones en relación con los que han puesto en práctica regímenes totalitarios, militaristas, racistas y fascistas. Por supuesto, debe considerarse que los hechos no siempre justifican los derechos.

La historia de la humanidad parece estar condenada a sufrir permanentemente los desastres de proyectos y experimentos sociales basados en doctrinas que siempre se las ingeniarán para asirse de los más sofisticados fundamentos aparentemente racionales, como lo demuestran el nazismo, el stalinismo o el reciente fracaso del neoliberalismo —supuestamente justificado con la aplicación de la “infalible” lógica del mercado— con la actual crisis financiera internacional que ha tenido su mayor expresión con el derrumbe bancario de Wall Street.

El humanismo en sus expresiones concretas y prácticas, que no reduce su existencia al mundo occidental, y distanciado

de cualquier abstracta formulación filantrópica, ha sido y seguirá siendo el pilar principal de políticas democráticas y fomentadoras de los derechos humanos. Por esa razón, todas las vías que promuevan en cualquier parte, tanto desde la vida académica como en la actividad política, social, religiosa y cultural, su fortalecimiento, contribuyen en algún modo a enriquecer la condición humana de los diferentes pueblos del mundo.

### 3 EL SUPUESTO PROTAGONISMO EXCLUSIVO DE LA CULTURA GRECOLATINA EN LA GÉNESIS DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

El hecho de que el término *cultura* sea de origen latino, no significa que los griegos no tuvieran la más mínima idea de lo que era la cultura. Tal vez, en verdad, sí tenían el concepto, pero lo denominaban con otro término, como quizás fuese el de *paideia*.

Lo mismo puede haber sucedido con el término de *filosofía* o el de *democracia*, cuyos orígenes etimológicos nadie duda están en el griego; pero significa esto que ningún otro pueblo antes o al margen de la civilización griega desarrollase concepciones y prácticas sociales de actividad filosófica y democrática?

Con este objetivo, resulta de gran utilidad la indicación de Diógenes Laercio —quien nadie duda que fue griego—, referida a que los griegos acuñaron el término de *filosofía*, pero eso no significaba desconocer la existencia de *filosofía* en los pueblos bárbaros,<sup>3</sup> o sostener que la *praxis filosófica* fuese un invento exclusivamente griego. Esta consideración puede servirnos para descubrir y valorar también el posible origen y desarrollo de concepciones y prácticas de la democracia y los derechos humanos en pueblos y culturas al margen de la civilización de origen grecolatina.

Un factor condicionante de la consideración sobre la supuesta “exclusividad” de la cultura occidental respecto a la democracia, por supuesto depende de lo que se entienda por este concepto. En el mundo ateniense el pueblo (demos) era concebido de una forma muy reducida, pues ni las mujeres (gineco), ni los esclavos (ilotas), ni los extranjeros (metecos), ni la oligarquía (aristos) propiamente, participaban de su ejercicio, por lo que resulta algo cuestionable ese presunto paradigma “primigenio” de democracia.

Es necesario cuestionarse con lógicas razones si es o no aceptable considerar que la ciudad-estado griega (*polis*) era en verdad un espacio abierto construido y reconstruido para el acceso, el encuentro y la participación de todos los hombres libres e iguales de aquella época: los ciudadanos.

En relación con los orígenes de la democracia ateniense, Estanislao Zuleta advertía: “La democracia implica la aceptación de un cierto grado de angustia. Grecia, a pesar de ser una sociedad esclavista, tenía a su modo una democracia, y desde el punto de

vista ideológico era una sociedad pluralista... Sin embargo, la democracia griega, a pesar de ser funcional e importante, era supremamente limitada ya que estaba restringida a una parte minoritaria de la población”.<sup>4</sup>

Por otra parte, con independencia de la consideración sobre la cuestionable condición de igualdad de los hombres en aquella época antigua, la condición de igualdad ha sido o no posible con la modernidad.

La modernidad abrió las puertas a una pluralidad de modelos de hombre, aunque partiese del endeble presupuesto de la igualdad entre ellos.

Este fue el presupuesto que animó a Tomas Paine en su aportadora labor a las ideas democráticas y sobre a los derechos humanos, cuando sostenía: “Cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que la precedieron, por la misma razón que cada individuo nace con los mismos derechos que cualquier contemporáneo suyo. Todas las historias de la creación, todos los relatos tradicionales, ya sean del ambiente erudito o iletrado, aunque pueden variar en sus opiniones o creencias sobre algunos particulares, coinciden siempre en un punto, *la unidad del hombre*; por lo cual, entiendo que todos los hombres tienen el mismo nivel, y, por lo tanto, que todos los hombres nacen iguales y con los mismos derechos naturales, del mismo modo que si la posterioridad se hubiese continuado por creación en lugar de por generación, no siendo esta última sino la forma en que se continua la primera”.<sup>5</sup>

Aunque siempre resulta aconsejable recordar el criterio de Abraham Lincoln, según el cual todos los hombres nacen iguales, pero ese es el último momento en que lo son.

Está muy generalizada la opinión de algunos autores que consideran que la democracia ateniense estableció un principio esencial de todo tipo de democracia, a partir del criterio de que toda acción política debe lograrse no por la violencia física del poder armado, sino por el debate consensuado, la deliberación, la participación, la organización y la toma de decisiones por parte de las mayorías de sus ciudadanos. Sin embargo, las conquistas de la democracia normalmente están aseguradas por los Estados a través de las instituciones armadas, y estos utilizan también la coacción física cuando consideran que esta puede estar en peligro. De manera que una cuestión es el ideal democrático y otra la realidad sociopolítica en que este ha tratado de lograrse.

Aunque la literatura al respecto usualmente sea reacia a admitirlo, es un hecho innegable que algunos pueblos con anterioridad al desarrollo de la civilización occidental o con posterioridad, pero con independencia de ella, desarrollaron y aún cultivan formas de vida democrática y de derechos a la persona, que no tuvieron necesariamente que haberse nutrido de la cultura grecolatina.

Lamentablemente, en la mayoría de las escuelas y universida-

des solo se hace referencia, y no solo en este aspecto del desarrollo de la cultura universal, a los aportes grecolatinos, con lo que se cultiva el orgullo de pertenecer a la cultura occidental, pero se desdeñan los valores de las culturas de otras regiones del mundo.

Hace unos años, el destacado filósofo mexicano Leopoldo Zea me contaba que, en ocasión de efectuarse una de las primeras exposiciones de la cultural mundial en la UNESCO, en París, le correspondió acompañar a ese evento al entonces ministro de Cultura de su país, a fin de exponer, entre otras muestras precolombinas, una enorme cabeza de piedra de la cultura olmeca. En ese acto, el ministro de Cultura de Francia les comentó que los mexicanos debían sentirse orgullosos de aquella cultura olmeca, al igual que los franceses se sentían de proceder de la civilización grecolatina. A lo que Zea replicó que, en verdad, ellos se sentían más orgullosos que los franceses, porque la cultura latinoamericana también es heredera de la grecolatina, pero no solo de ella, sino también de todas las culturas precolombinas, así como de las africanas, que llegaron durante la esclavitud colonial, y las de múltiples migraciones de Asia y Europa que se han ido imbricando en la cultura latinoamericana. De ahí que José Vasconcelos tuviera razón al sostener que América Latina era el crisol de una *raza cósmica*.

Por otra parte, aceptar exclusivamente el origen de la vida democrática y no solamente la etimología griega del término (δημοκρατία) acaso no implica de algún modo desconocer que otros pueblos y culturas anteriores o posteriores, pero al margen de la cultura occidental, también han desarrollado formas de vida democráticas y por tanto de algunos derechos humanos?

Aunque el término democracia sea de origen griego, esto no significa que la concepción y las diferentes prácticas de ella tengan exclusivamente sus expresiones en el mundo grecolatino, pues hay muchas evidencias antropológicas de manifestaciones democráticas en numerosos pueblos al margen de la cultura occidental, algunos de los cuales trascienden hasta nuestros días, como puede apreciarse en la actualidad en las comunidades aborígenes (indígenas) latinoamericanas.

Una significativa anécdota narrada por el dominico Bartolomé de las Casas, puede contribuir a esclarecer este entuerto. Este sacerdote, —defensor de los derechos de los aborígenes, pero no igualmente de los esclavos africanos— presentó a un cacique indígena ante las cortes reales en Madrid con el objetivo de que comprobaran allí que eran seres racionales y gentiles. Al concluir la presentación, el cacique le preguntó a Las Casas de qué forma los españoles elegían al sustituto del monarca cuando este fallecía.

Algo perplejo y sin entender tal vez bien en lengua náhuatl el verbo elegir, el fraile le respondió que por ley natural y divina, el rey fallecido debía ser reemplazado por su primogénito varón. El cacique entonces le comentó cómo ellos procedían en ese caso.

Reunían a todos los miembros de su pueblo, y por aprobación colectiva seleccionaban al más fuerte, capaz, inteligente, honrado, etc., y ese debía ser el nuevo jefe, sin importar su grado de parentesco con el anterior.

Sin embargo, algunos todavía se cuestionan si eran o no democráticas y siguen siendo las formas de gobierno de estos pueblos originarios de América, como de otros continentes, ya que no parten de las ideas de Platón, Aristóteles y mucho menos de Locke, Montesquieu, Rousseau o Rollins.

Por supuesto, para comprender el proceso universal de transculturación que se ha producido en la historia respecto a los derechos humanos, es imprescindible justipreciar el aporte de los griegos en cuanto a la conformación de concepciones filosóficas que fundamentan algunos análisis sobre la democracia, algunos muy cuestionadores de sus ventajas —como se observa en Platón y Aristóteles— y otros en defensa abierta de ella y de los derechos que trae esta aparejada, como se observa en el caso de Demócrito, cuando sostiene: “Es preferible la pobreza en una democracia a la llamada felicidad que otorga un gobierno autoritario, como lo es la libertad a la esclavitud”.<sup>6</sup>

Se deben valorar adecuadamente las incipientes reflexiones de los primeros filósofos griegos sobre la justicia y los derechos, en particular la consideración del nomos, es decir, documentos como garantía de legalidad y seguridad, como puede apreciarse en Heráclito, para quien: “Es preciso que el pueblo luche por la ley como por las murallas”.<sup>7</sup>

Según Hernán Ortiz: “Con Heráclito se produce una ruptura en el concepto clásico de justicia heredado de Homero, Hesíodo, Anaximandro y la escuela pitagórica, según la cual la justicia es la marca que distingue a la barbarie de la civilización, la protección del débil frente al fuerte, la clave de dar cuenta del individuo en la cultura y el universo, el mero sometimiento al orden cósmico o la representación de la igualdad, todo lo cual sigue repercutiendo en la tradición ética-jurídica posterior”.<sup>8</sup>

Tampoco se debe subestimar el valor de algunas de las posturas éticas de estoicos, neoplatónicos y atomistas, como Epicuro con su elaboración de la teoría de la soberanía popular, que posteriormente fueron asumidas por Tomás de Aquino que justificaban el derecho de los pueblos a deponer a sus monarcas cuando estos no satisfacían sus intereses.<sup>9</sup>

Es necesario también analizar en la evolución histórica de la aparición de la vida política y jurídica de los pueblos, y en especial de la democracia y los derechos humanos, el valor informativo de las obras literarias, como en el caso del drama de Sófocles *Antígona*, cuando esta reclama ante su tiránico tío Creonte su derecho a la piedad para dar sepultura a su rebelde hermano Polinices, vencido por su otro hermano Eteocles, ante las murallas de Tebas.



Nadie puede negar el valor fundacional de la cultura greco-latina para la civilización occidental y para el mundo en general, pero lo que resulta insustentable es que no hayan existido otras expresiones de vida democráticas y de derecho antes o la margen de ella. Del mismo modo que no resiste la crítica presuponer que absolutamente todo el pensamiento y la praxis político-jurídica, así como la producción filosófica, fueron invención exclusiva y original de griegos y romanos, descontaminados de las influencias culturales de su entorno en aquella época.

Otra cuestión es que resulta indiscutible el papel de los romanos en cuanto a la sistematización de las bases del saber jurídico, pues aún hoy contribuyen de algún modo a la sustentación de los derechos del hombre, especialmente en circunstancias de amenaza penal o de participación política.

En particular se hace necesario valorar las diferentes posturas éticas de neoplatónicos y estoicos, como Cicerón en su tratado "De legibus", frente al tema de los derechos, tales como la seguridad personal y la felicidad individual, conceptos filosóficos de los estoicos en relación con la dignidad de los seres humanos, que constituyen antecedentes imprescindibles para conocer la génesis de los derechos humanos. Pero esto no debe conducir a la conclusión de que solo en la cultura grecolatina se deben buscar de manera exclusiva todas y cada una de las formas de vida democrática y de consideración de los derechos de los seres humanos de todo el orbe.

Aunque la cultura occidental se haya destacado por la conformación, promoción y defensa de la democracia y los derechos humanos a escala universal, eso no significa que otros pueblos, antes o simultáneamente al desarrollo de ella, no hayan desarrollado reflexiones antropológicas en el plano ético, jurídico, filosófico y político de determinada trascendencia, y que ameritan ser considerados como antecedentes también o elementos a considerar en cuanto a la constitución a nivel mundial de los derechos humanos, aunque tal vez estos no hayan trascendido a otros pueblos debido a múltiples factores obstaculizadores de la comunicación.

El hecho de su mayor o menor trascendencia universal no debe conducir a ignorar su existencia y validez, al menos para aquellos pueblos que los han cultivado; factor este que les ha permitido una mejor comprensión de las conquistas democráticas de otros pueblos y ha podido facilitar ese proceso de transculturación en el plano filosófico, político y jurídico.

Respecto a los antecedentes históricos de los derechos humanos, prevalecen de manera común criterios como el de Gregorio Peces-Barba, según el cual: "Ni en la Edad Antigua ni en la Edad Media se habla de este concepto. No es que no hubiera conciencia de la dignidad ni se hubiese reflexionado sobre la libertad o sobre la igualdad en alguna de sus dimensiones, solo que estos materiales no habían encontrado todavía el catalizador

que les transformase en una concepción de derechos humanos y los vinculase al derecho positivo. Sin organización económica capitalista, sin cultura secularizada, individualista y racionalista, sin el Estado soberano moderno que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, sin la idea de un derecho abstracto y de unos derechos subjetivos, no es posible plantear esos problemas de la dignidad del hombre, de su libertad o de su dignidad, desde la idea de los derechos humanos, que es una idea moderna que solo se explica en el contexto del mundo con esas características señaladas, con su interinfluencia y con su desarrollo, a partir del tránsito a la modernidad".<sup>10</sup>

Por supuesto, con el despliegue de la modernidad y, en especial, de las relaciones capitalistas de producción, la sociedad burguesa demandaba no solo elaboración teórica de un sistema de derechos inherentes a la condición de la ciudadanía, sino ante todo su puesta en práctica inmediata para superar las ataduras de los regímenes monárquico-absolutistas y autárquico-feudales, para de este modo desatar los elementos propiciadores de nuevas y superiores formas de democracia y derechos humanos.

Resulta muy comprensible que el pensamiento político y jurídico moderno, marcado por el proceso de mundialización capitalista, tratase de buscar sus fuentes nutritivas mucho más en la expansiva cultura grecolatina —la cual se caracterizó también por conquistar pueblos, dominarlos y constituir un amplio imperio debidamente reglamentado—, que en posibles fuentes provenientes de los pueblos de Asia, África y América, que no obstante su sabiduría por su probada antigüedad, tenían el inconveniente de que iban a ser devorados por las "modernas" potencias coloniales europeas. Estas eran modernas muy contradictoriamente porque mientras por un lado abogaban en sus respectivos países por derechos ciudadanos, gobiernos democráticos, etc., por otro en las regiones que colonizaban restablecían las formas esclavistas de explotación de la fuerza de trabajo, ya superadas por el feudalismo. Por tal motivo no les convenía tampoco hurgar demasiado en las legislaciones, códigos éticos y jurídicos de los pueblos que iban a avasallar, y lo mejor fue ocultarlos. Del mismo modo que en lugar de un "descubrimiento" de América se produjo en verdad un *encubrimiento* de las culturas de estos pueblos, al punto que se construyeron iglesias sobre pirámides y templos aztecas, como hoy puede apreciarse en la ermita de Cholula, en Puebla, o en la Catedral de Ciudad de México. Algo similar hicieron portugueses, franceses, belgas, holandeses e ingleses no solo en este continente, sino también en África, la India y China.

La ideología democrática y liberal del capitalismo naciente fue tan demagógica como lo ha sido recientemente la neoliberal, al indicar a los pueblos de los países periféricos lo que deben hacer —como liberar los mercados, eliminar subsidios, etc.—, en

tanto los países centrales se reservan el privilegio de hacer todo lo contrario.

La investigación sobre los orígenes y diversas expresiones de la democracia y los derechos humanos en la actualidad tiene el reto de superar los enfoques etnocentristas que han caracterizado por lo regular la eurocéntrica vida académica.

Hoy más que nunca se hace necesario completar aquel planteamiento de Marx según el cual cuando se busquen las fuentes de numerosas actuales ideas filosóficas, jurídicas, estéticas, políticas, etc., siempre habrá que voltear la mirada sobre el hombro para contemplarlas en aquel pueblo de la Hélade que si no supo resolver todos los problemas, al menos supo plantearse los. Parece que la historia demuestra que no basta voltearla sobre un solo hombro, sino también del otro para justipreciar los aportes de múltiples pueblos y civilizaciones anteriores o al margen de la cultura occidental que también han contribuido al enriquecimiento de la condición humana.<sup>11</sup>

#### **4 APORTES DE LA CULTURA OCCIDENTAL AL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS**

No cabe la menor duda de que el cristianismo es una de las doctrinas antecedentes fundamentales sobre el reconocimiento de la igualdad y la fraternidad de todos los seres humanos.

A esta religión se le atribuye la condición de cuna de la civilización occidental. Pero es un hecho innegable también que la doctrina cristiana a su vez se nutrió de diversas fuentes éticas y religiosas cultivadas en muchas culturas del Medio Oriente.

El cristianismo constituye una de las doctrinas fundamentales que en algunas de sus expresiones debe ser considerada como antecedente del reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos, así como de reivindicación de las necesidades de los sectores populares y pobres, de ahí que sirviese de ingrediente en la conformación de ideas y prácticas de carácter socialista o comunista. Este último término tiene su origen en las comunas cristianas que compartían entre sus miembros el pan común (*comunis*), sus bienes, y creencias.

Con razón Rubén Jaramillo Vélez sostiene que "La Biblia había aportado algo definitivo en relación con la dignidad del ser humano, la idea de que este había sido creado a imagen y semejanza de Dios. Naturalmente, la concepción cosmopolita de los estoicos, la idea, que ellos formulan por primera vez de una 'ciudadanía universal' del hombre, la idea de la humanidad considerada como una entidad universal, se prestaba a esta convergencia".<sup>12</sup>

No obstante ese carácter igualitario y comunitario de los primeros cristianos, en otras de las manifestaciones del cristianismo, especialmente durante la Edad Media, la Iglesia católica justificó

las desigualdades sociales y la existencia de derechos especiales a monarcas y nobles en detrimento de la servidumbre.

Algunas expresiones del cristianismo, a partir de la Reforma luterana y la consolidación de una ética protestante, promovieron sin duda criterios de igualdad social promotores de prerequisites básicos para el despliegue de la modernidad y, en particular, del orden social burgués y el desarrollo capitalista.

Los aportes teóricos sobre los derechos humanos y la democracia no son solo un producto del pensamiento político y jurídico de personalidades de la Baja Edad Media, como Tomás de Aquino, o de varias figuras del Renacimiento y la Ilustración. Ellos tienen fundamentos filosóficos y epistemológicos básicos anteriores, etc., mucho más amplios y profundos con el temprano triunfo del racionalismo de Renato Descartes con *Discurso del método*, y Baruch Spinoza, con el *Tratado teológico político*, entre otros, sobre el fideísmo escolástico y el triunfo en general del pensamiento laico de la modernidad, con todas sus implicaciones más allá de la política, como el humanismo renacentista, la confianza en la educación, la ciencia y la tecnología, como se aprecia en Francis Bacon en *La nueva Atlántida*.

Entre los pilares del pensamiento temprano moderno que contribuyó a la fundamentación de los derechos humanos debe destacarse al holandés Hugo Grocio, quien en la primera mitad del siglo XVII se convirtió en uno de los precursores del derecho constitucional y el derecho internacional. En su obra *Sobre el derecho de guerra y paz* formuló la tesis de cierto impulso innato del hombre a la sociabilidad, que denominó *apetitos socialis* y que él considera, al igual que Aristóteles, el origen de los contratos.

A su juicio, lo injusto es lo que se opone a una comunidad reglamentada de seres individuales racionales, porque todo lo que no es injusto debe ser objeto del derecho. De tal modo justificó el derecho a la propiedad como natural y desvinculado del derecho divino, con lo que contribuyó a la secularización del derecho.

La mayoría de los precursores del jusnaturalismo, como el inglés Thomas Hobbes en su *Leviatán*, conciben la existencia de un "estado de naturaleza" en el hombre que puede conducirlo al enfrentamiento de unos contra otros como lobos, si no existiese un *contrato social* por medio del cual los hombres transfieren algunos de sus derechos a favor de otros y bajo la fiscalización del Estado, encarnado en la figura de algún poder soberano, como un rey.

El alemán Samuel Puffendorf, en esa misma época bajo la influencia de Grocio y Hobbes, promovió la idea del origen del Estado como un pacto racional y no genético entre los hombres para evitar el caos y las guerras, por lo que consideró como una necesaria conquista de la civilización la tolerancia, especialmente religiosa, que asegurara el derecho a la libertad de cultos entre los hombres.

Mérito especial se les debe conceder a algunos aportes de pensadores renacentistas a la consolidación de los derechos humanos, como el neoplatónico florentino Giovanni Pico Della Mirandola, quien escribió en el siglo xv una *Oración por la dignidad del hombre*, en la que se plantea que Dios creó al hombre libre para que por su propio esfuerzo en la educación y la cultura se ennoblezca.

Algo muy significativo fue el aporte ecuménico del Cardenal Nicolás de Cusa, que en el siglo xv, animado por el espíritu de la fraternidad cristiana, propuso una "paz religiosa perpetua" y una "concordia universal" que facilitara se les respetase a ortodoxos griegos, musulmanes e hindúes su derecho a rendir culto a tales religiones, en lugar de ser perseguidos intolerantemente por los católicos. Tal vez hayan sido estas algunas expresiones del espíritu de tolerancia que emergería de la modernidad, tan útil y necesaria para el desarrollo del espíritu democrático y el cultivo de los derechos humanos.

De modo similar se debe valorar el significado del ideal de la tolerancia en Erasmo de Róterdam, quien se opuso a la violencia que acompañó el proceso de la Reforma luterana y propugnó la renuncia al uso de la violencia contra aquellos que tuvieran ideas políticas o religiosas diferentes a las monárquicas y católicas.

Tales actitudes de estos destacados pensadores pueden y deben considerarse como precursoras de una comprensión más universal y ecuménica de los aportes culturales de los distintos pueblos del orbe al desarrollo de la democracia y los derechos humanos.

También la democracia y la conquista de los derechos humanos encuentran un antecedente fundamental y aportes sustanciales en el pensamiento socialista utópico. En particular, en uno de sus precursores, Tomás Moro, quien inspirado en los comentarios de un marino llamado Rafael, recién llegado del continente americano, planteaba la existencia de sociedades comunitarias donde no existía la propiedad privada, por lo que proponía en su obra *Utopía* "que sería útil no ignorar, como son en primer término, las cosas justas y sabiamente dispuestas que advirtió en pueblos que vivían ciudadanamente en algunos sitios. [...] así como vio entre esos nuevos pueblos muchas instituciones erróneas, notó, en cambio, no pocas que podrían proporcionar ejemplos adecuados para corregir los errores de ciudades, naciones, pueblos y reinos [...]"<sup>13</sup>

A partir de la humanista consideración de que "la vida humana está por encima de todas las riquezas del mundo",<sup>14</sup> prefiguraba una posible sociedad en que los derechos fundamentales del hombre, como la integridad física, la alimentación, la salud, la vivienda, la educación, etc., estuviesen asegurados.

Entre los pensadores que concibieron este tipo de sociedades fraternales y pensaron en la posibilidad de un Estado democrático de beneficio para todos los sectores populares, se destaca el italiano Tomás Campanella. En su obra *La ciudad del Sol*, además de sustanciales ideas sobre el mejoramiento económico

y social de los trabajadores, quienes eran dignificados por su labor, concebía una forma de gobierno en la que toda decisión trascendental se sometía a consideración colectiva y pública: "Allí se tratan todas las cuestiones que interesan a la República y se elige a los magistrados anteriormente propuestos en la asamblea general. [...] Aman tanto a la República y son tan buenos y dóciles que gustosamente transmiten su cargo al más sabio y se convierten en sus discípulos".<sup>15</sup>

Las concepciones de Campanella sobre las leyes y la democracia constituyen un antecedente valioso del desarrollo del pensamiento moderno sobre los derechos humanos, cuando plantea: "La ley es el consenso de la razón común de todos escrito y promulgado para el bien común y de acuerdo con la razón eterna".<sup>16</sup> Y en relación con la democracia considera que: "La república perfecta es aquella en la que cada uno es elegido para desempeñar aquel oficio para el que ha nacido, porque entonces gobierna la razón".<sup>17</sup>

Tales antecedentes de utópicas sociedades de justicia y democracia propiciaron los cambios en el pensamiento político y jurídico que fundamentaron las ideas democráticas que cristalizarían posteriormente en las transformaciones revolucionarias de los Países Bajos, Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia entre los siglos xvii y xviii, que cuando no pudieron ser aplastadas por la oleada conservadora prevaleciente en Europa en la primera mitad del siglo xix se vieron precisados en algunos casos, irremediablemente, al menos a aceptar como un hecho.

Sin embargo, fueron varios los acontecimientos históricos trascendentes y los movimientos sociales significativos —como la Revolución Inglesa; la independencia de las trece colonias inglesas en Norteamérica, que originó el nacimiento de los Estados Unidos de América; y la Revolución Francesa— que favorecieron las tendencias reivindicativas de los derechos de los sectores populares y constituyen componentes imprescindibles en el despliegue de la modernidad, así como los antecedentes en la antigüedad y el medioevo que impulsaron los movimientos sociales para conseguir mejores condiciones de vida para la mayoría de la población.

El supuesto protagonismo exclusivo de la cultura occidental como centro universal expansivo de la democracia y los derechos humanos, subestima a los restantes pueblos del mundo, al considerarlos como periféricos y exigirles copiar las formas de gobierno que cumplan los requisitos de los "democratómetros" fabricados por los países desarrollados.

Algunos de manera ilusa aún pretenden pronosticar un futuro necesario y próximo de los países considerados actualmente como "atrasados", según el cual estos están obligados por ley fatal a cumplir teleológicamente las etapas de desarrollo político, económico, social y cultural de los países del G8 o ahora del G20, etc., como paradigmas absolutos del apetecido democrático porvenir.<sup>18</sup>

No se deben desconocer los trascendentales aportes que ha hecho la cultura occidental, y en especial las conquistas de la modernidad, a la construcción de formas superiores de democracia y de derechos humanos. Pero también se debe tomar en consideración que múltiples pueblos al margen de la cultura occidental, desde el antiguo Lejano Oriente como la China y la India, hasta los pueblos del Cercano y Medio Oriente, especialmente persas, hebreos, palestinos, eslavos, etc., y también de África, sobre todo las culturas más próximas al Mediterráneo, desplegaron un inusitado desarrollo del pensamiento filosófico, científico, religioso, jurídico y político, además de un extraordinario desarrollo tecnológico, expresado fundamentalmente en su arte y sus obras arquitectónicas, así como formas de gobierno y de regulación jurídica de sus respectivas comunidades.

Lógicamente, estas experiencias de vida económica, social, política, jurídica y cultural de tales civilizaciones ancestrales condujeron a sus filósofos, profetas, sacerdotes, políticos, etc., a profundas reflexiones antropológicas, que no siempre han sido coincidentes o confluyentes con las del mundo occidental, pero no por eso deben ser consideradas ni superiores ni inferiores a ellas, sino únicamente distintas.

## **5 EXPRESIONES DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN SOCIEDADES AL MARGEN DE LA CULTURA OCCIDENTAL**

A partir de los estudios antropológicos, sociológicos e históricos y otras fuentes documentales fidedignas, se está en condiciones de inferir cuáles han sido algunas de las primeras expresiones de reconocimiento de democracia y de derechos humanos aparecidas en las etapas tempranas de evolución de las sociedades humanas.

En la antigua Mesopotamia, unos 3000 años antes de nuestra era, en la ciudad de Uruk se estableció el reinado de Gilgamesh. Según Fernández Bulté: "Ese rey es un igual entre iguales. No puede imponer su voluntad al senado ni al pueblo en general, que requiere la aprobación de éste. Pero además, tampoco la opinión del senado, de los ancianos, es prevaleciente contra la decisión popular. Estamos, sin duda, ante una estructura política en embrión, un Estado en formación, en etapa de democracia militar cuanto más".<sup>19</sup> Todo parece indicar que independientemente de las prerrogativas que disponía cierta casta militar —privilegios que estas poseen en la actualidad en muchos regímenes considerados como democráticos—, algunas formas de control político y jurídico lograban ciertas expresiones indudablemente democráticas en aquel tipo de monarquía.

En la evolución histórica de la vida política y jurídica de los pueblos se han ido configurando algunos deberes y derechos exi-

gidos por las distintas comunidades históricas, las cuales constituyen la antesala necesaria de los derechos humanos que se aprecian en códigos éticos y religiosos de la antigüedad, tanto occidental como oriental.

Al respecto, es innegable el papel desempeñado por los códigos de conducta promovidos por las ideas religiosas ancestrales como tránsito hacia la construcción de concepciones éticas, jurídicas y políticas de mayor envergadura en relación con la conformación de los derechos humanos.

Algunos de los principios del contenido jurídico del que trata el código de Hammurabi, podrán considerarse como una forma de antecedentes de los derechos humanos en lo referido a los procesos penales, como puede apreciarse en las siguientes leyes que establece este documento: "Ley 9: Si uno que perdió algo lo encuentra en manos de otro, si aquel en cuya mano se encontró la cosa perdida dice: 'Un vendedor me lo vendió y lo compré ante testigos'; y si el dueño del objeto perdido dice: 'Traeré testigos que reconozcan mi cosa perdida', el comprador llevará al vendedor que le vendió y los testigos de la venta; y el dueño de la cosa perdida llevará los testigos que conozcan su objeto perdido; los jueces examinarán sus palabras. Y los testigos de la venta, y los testigos que conozcan la cosa perdida dirán ante el dios lo que sepan. El vendedor es un ladrón, será muerto. El dueño de la cosa perdida la recuperará. El comprador tomará en la casa del vendedor la plata que había pagado. Ley 10: Si el comprador no ha llevado al vendedor y los testigos de la venta; si el dueño de la cosa perdida ha llevado los testigos que conozcan su cosa perdida: El comprador es un ladrón, será muerto. El dueño de la cosa perdida la recuperará. Ley 11: Si el dueño de la cosa perdida no ha llevado los testigos que conozcan la cosa perdida: Es culpable, ha levantado calumnia, será muerto. Ley 12: Si el vendedor ha ido al destino (ha muerto), el comprador tomará hasta 5 veces en la casa del vendedor del objeto de la reclamación de este proceso. Ley 13: Si este hombre no tiene sus testigos cerca, los jueces fijarán un plazo de hasta 6 meses; si al sexto mes no ha traído sus testigos, es culpable y sufrirá el castigo de este proceso".<sup>20</sup> Independientemente del fundamento religioso y de la crudeza de las penalidades, no caben dudas de que en este código se establecen algunos derechos para los presuntos delincuentes que los protegen contra posibles arbitrariedades o injusticias.

Es un hecho fácil de demostrar que las distintas civilizaciones han manejado criterios bien definidos respecto a la justicia y su implementación —no exclusivamente orales, sino plasmados en códigos y otros textos—, como puede apreciarse en el caso de la India en el contenido profundamente humanista de las enseñanzas de Bud. Este puede apreciarse en relación con el derecho que le asiste a toda persona de ser objeto de un juicio imparcial.

Así, en el Capítulo 19 de sus enseñanzas titulado "El justo",

plantea: "256. Aquel que decide un caso con parcialidad no es justo. El sabio debe investigar imparcialmente tanto lo correcto como lo incorrecto. 257. Está establecido verdaderamente en la buena ley aquel sabio que, guiado por ella, decide lo justo y lo injusto con imparcialidad".<sup>21</sup> Es evidente que la articulación entre sabiduría y virtud están contenidas en estas consideraciones éticas y jurídicas de Buda, con anterioridad significativa a su formulación por parte de Sócrates, del mismo modo que se adelantó al eudemonismo de Epicuro, al considerar que la causa del dolor radicaba en el exceso de placer.

La mayoría de las grandes religiones más universalmente extendidas, como el budismo, el confucianismo, el judaísmo, el cristianismo, el islamismo, a través de sus profetas, filósofos y mentores, como Buda, Confucio, Sócrates, Aristóteles, Jesucristo, San Agustín, Mahoma, Santo Tomas, etc., le han otorgado tanta atención al problema de las reglas de conducta moral del hombre, del lugar del individuo humano y la persona, que prácticamente este tema se convirtió en el eje principal de convivencia comunitaria de los seguidores de las doctrinas del maestro que las propugnaba.

Uno de los derechos considerado una gran conquista de los trabajadores, incluso relativamente reciente —pues comienza a hacerse efectivo en el siglo XIX— fue el derecho al descanso. Sin embargo, cuando se analizan algunos de los principios del contenido jurídico tratado en las tablas de Moisés y que posteriormente formaron parte sustancial del cristianismo, como antecedente de los derechos humanos, sobresale el derecho a descansar al menos un día de la semana. En dichas tablas se plantea: "Seis días trabajarás, mas en el séptimo día descansarás; aun en la arada y en la siega, descansarás".<sup>22</sup> Como puede apreciarse, incluso se concede el derecho a descansar en las épocas de mayor apogeo de las siembras y las cosechas. A la vez que se considera que se deben descansar otras jornadas más largas durante el año, por lo que se plantea: "También celebrarás la fiesta de las semanas, la de las primicias de la siega del trigo, y la fiesta de la cosecha a la salida del año".<sup>23</sup> Esto es determinados días festivos o vacacionales que eran merecedores los trabajadores. De manera que lo que parece en este plano una exclusiva conquista de la cultura occidental, tiene expresiones muy antiguas.

Por otra parte, una versión en blanco y negro de la confrontación entre el Imperio Romano y los pueblos considerados bárbaros, francos, germanos, vándalos, etc., ha conducido erróneamente a imponer el criterio de que estos pueblos desconocían por completo la vida democrática y de derechos.

Pero la historia real es algo testaruda. Parece que los germanos —al margen en esa época de la cultura occidental— desarrollaron en muchos aspectos de su vida política elementos muy similares a los cultivados por griegos y romanos. Engels planteaba

que: "Según Tácito, en todas partes existía el consejo de los jefes (príncipes) que decidía en los asuntos menos graves y preparaba los más importantes para presentarlos a la votación de la asamblea del pueblo [...] la colectividad era el juez entre los germanos".<sup>24</sup> Y algo que llama mucho la atención y que fue una conquista muy tardía en occidente, ya existía entre los germanos, al igual que en la mayoría de los pueblos americanos precolombinos: "Las mujeres tenían voto en las asambleas del pueblo".<sup>25</sup>

A juicio de Engels: "En general, las tribus alemanas reunidas en pueblos tienen pues la misma constitución que se desarrolló entre los griegos de la época heroica y entre los romanos del tiempo llamado de los reyes: asambleas de pueblo, consejo de los jefes de las gens, jefe militar supremo que aspira ya a un verdadero poder real".<sup>26</sup> Según su criterio, entre los germanos el verdadero poder pertenecía a la asamblea del pueblo, y el rey o jefe de tribu preside y el pueblo era el que realmente decidía con aclamaciones o con ruidos con las armas. Tales asambleas eran a la vez tribunal de justicia donde se resolvían demandas y querellas. Y los jefes militares, al igual que entre los incas, eran elegidos sin atender a su origen, solo según su capacidad. Tenían escaso poder y debían influir con el ejemplo. En fin, quién puede poner en duda fermentos democráticos en aquellos pueblos considerados "bárbaros", del mismo modo que posteriormente los pueblos africanos, americanos y asiáticos fueron considerados "salvajes" para justificar su esclavización "civilizatoria".

De la misma forma, las concepciones antropológicas, éticas, políticas y jurídicas de los mayas, aztecas, incas, chibchas, mapuches, guaraníes, aimaras, etc., relacionadas con la democracia y los derechos humanos, tampoco deben ser ni subestimadas ni sobreestimadas, sino simplemente justipreciadas en su real dimensión y valores.

Así, al analizar el orden jurídico de los chibchas, Armando Suescún considera: "Era un derecho no escrito, constituido por las instituciones y normas de carácter consuetudinario, emanadas de una larga tradición de costumbres y comportamientos sociales autóctonos, que hacían parte integral de la ética y de la religión, y que habían demostrado ser eficaces para mantener la convivencia de la sociedad y resolver sus conflictos. Tales normas eran de obligatorio cumplimiento para todos".

El hecho de que estuvieran o no recogidos en códigos escritos no le atribuye mayor valor a tales instituciones y normas, pues no hay que olvidar que en los pueblos originarios de América, como en otras partes del mundo, la oralidad desempeña un papel vital en la conservación de todos sus valores culturales, y los acuerdos orales poseen significado y son dignos de respeto como los escritos.

Esta condición de oralidad no posibilita en modo alguno que sean fácilmente violadas tales normas, como puede apreciarse aún hoy en día en las comunidades indígenas. Sin embargo, pa-

rece que, por el contrario, la cultura occidental fundamenta todo su derecho en el culto a la escritura. Es común considerar en el mundo occidental que si algún acuerdo o norma no está debidamente escrito, no posee valor legal ni reconocimiento, o lo que es lo mismo, prácticamente no existe.

Sin embargo, resulta más común que se violen tales normas y leyes por parte de los defensores del derecho escrito, que los de los pueblos originarios, los cuales por lo general respetan profundamente el valor de la tradición oral, que de algún modo permeó también a la cultura occidental y aún en algunas partes y épocas recientes mantiene su valor. Resulta al respecto muy ilustrativa la anécdota de García Márquez en su autobiografía, cuando hace referencia a la ocasión en que acompañó a su madre a reclamar la herencia de una finca ante un amigo de su abuelo. Fue suficiente que aquel reconociese que efectivamente se trataba de la hija de su amigo fallecido, y sin necesidad de ningún documento legal se la entregó.

Suescún sostiene también que “en algunos sistemas de provisión de altos funcionarios, como el Suamox, jefe supremo del Estado de Iraca, o de los *tibas* o capitanes de los *tybines*, se encuentran mecanismos de elección democrática en los cuales participaban con su voto, en el primer caso, determinados caciques de tribus importantes, y en el segundo, toda la población adulta, incluyendo a las mujeres. La presencia de estos mecanismos de elección en el Estado chibcha permite señalar en su interior algunos elementos de carácter democrático.”

Estas formas de búsqueda de consenso entre todos los miembros de la comunidad para tomar una decisión, se mantienen en la mayor parte de los pueblos indígenas y otros pueblos originarios del mundo. Sin embargo, algunos, a partir del culto a la individualidad, la personalidad y la ciudadanía desplegado por la modernidad, consideran que tal dependencia de las decisiones colectivas frena el desarrollo de la sociedad

Por supuesto, muchos de los valores y significados de estos pueblos chocaban abiertamente con los de la cultura occidental conquistadora y dominante, hasta el punto que las expresiones autóctonas fueron aplastadas, pero aun así han subsistido a través de los siglos y se mantienen vivas y florecientes en innumerables expresiones intelectuales que revelan el lugar del ser humano en el mundo y sus deberes y derechos en relación con la sociedad.

Al analizar la situación actual sobre formas de vida democrática en los pueblos aborígenes de México, no aprendidas precisamente de los colonizadores españoles, sino que existían con anterioridad a la conquista europea, Gerardo Pérez Viramontes plantea: “En las comunidades indias, la participación de todos los habitantes del pueblo en trabajos de beneficio colectivo —el *tequio*— es una tradición que va pasando de generación en generación desde hace varios cientos de años. Así mismo, a lo largo de

su vida el joven, el señor o el anciano mixe, zapoteco o chinanteco, tiene que asumir alguno de los cargos necesarios para el desarrollo de la vida comunitaria —*topil*, policía, mayordomo, miembro del consejo de ancianos, etc.—. Las decisiones trascendentales para la vida del pueblo son tomadas sobre la base del consenso comunitario, no sólo por mayoría de votos. Las autoridades siguen siendo elegidas según las tradiciones de sus ancestros, con una fuerte connotación de índole religiosa”.<sup>27</sup>

En relación con el posible aporte de civilizaciones al margen de la cultura occidental al tema de la democracia y los derechos humanos, se debe observar el hecho de que independientemente de que los distintos pueblos del mundo han elaborado concepciones y criterios éticos, políticos, jurídicos, religiosos, etc., particulares y específicos, es evidente la existencia de componentes comunes al acervo universal de la cultura y la humanidad, por lo que es posible encontrar más puntos de confluencia que de separación en cuanto a la aceptación de valores y derechos humanos que deben ser respetados y cultivados comúnmente.

Moisés Rodríguez Mazabel, en un análisis sobre la interacción entre derechos humanos y democracia, fundamenta la tesis según la cual aunque “la democracia se desarrolló en el mundo occidental, no se trata de un fenómeno estrictamente occidental, lo que sí es occidental es esa relación con los derechos humanos, el capitalismo y la democracia, ya que igualmente en culturas milenarias como la India, persisten todavía los *Panchayats* o consejos de aldea que desde tan remota tradición continúan con autonomía local con administración propia”.<sup>28</sup> Según este autor, la unión entre democracia y derechos humanos en los últimos doscientos cincuenta años no ha sido una unión de hecho, sino un matrimonio por conveniencia.

Otra cuestión importante es que un adecuado análisis histórico debe conducir a concebir los derechos humanos como conquistas en las luchas sociales emprendidas por los marginados, explotados, discriminados, etc., esto es, esclavos, siervos, campesinos, etc. Las primeras expresiones de tales batallas se encuentran en la Antigüedad y el Medioevo, especialmente en el papel de los movimientos sociales, insurrecciones de esclavos, como la de Espartaco en Roma y las de siervos o campesinos al concluir el Medioevo; la de Thomas Münzer en Alemania o la del Rector de la Universidad de Praga Juan Hus, quien fuera quemado en una hoguera por proponer una Biblia vernácula. Todas estas insurrecciones, concebidas por los poderes dominantes como herejías, se desarrollaron para conseguir mejores condiciones de vida y, por tanto, obtener determinados derechos.

Pero de la misma forma no es correcto ignorar el papel de innumerables sublevaciones de indígenas, esclavos, campesinos, etc., que se produjeron en toda América antes del proceso inde-

pendentista, como las sublevaciones de Tupac Amaru, Tupac Katari, Wilka en el Alto Perú, los comuneros liderados por Galán en la Nueva Granada, las insurrecciones en la Sierra Madre Oriental en México, así como la permanente y ancestral lucha de mapuches, pijaos y otros pueblos originarios que no se sometieron al conquistador o se enfrentaron con las armas a su poder. Del mismo modo fueron expresiones de tales luchas por la justicia social los próceres de la independencia, como Bolívar, San Martín, O'Higgins, Artigas, José Martí, etc., acompañados por miles de criollos, mestizos, negros, indios, en la lucha no solo por la independencia política, sino también por la justicia social.

Tales luchas son también expresiones de luchas por la democracia del mismo modo que lo han sido en épocas más recientes las batallas de los jacobinos, ludistas, anarquistas, obreros comuneros de París, soviets en Petrogrado o campesinos dirigidos por Pancho Villa, Emiliano Zapata, Augusto César Sandino, Farabundo Martí, etc. Estos luchadores deben ser justipreciados como reivindicadores de los derechos humanos de grandes sectores de la población de sus respectivos países o regiones, del mismo modo que lo son, sin duda, Ghandi o Martin Luther King.

La historiografía moderna está marcada por el prisma de la visión occidentalizada, por lo que constituye una tarea pendiente profundizar en los aportes de las culturas orientales, especialmente la China, durante la Antigüedad y el Medioevo en ese proceso de transculturación en el cual no solamente especias, esclavos, productos como la pólvora, la brújula, el astrolabio y la imprenta fueron llevados a Europa, sino también ideas, concepciones, códigos de conducta, sistemas jurídicos, políticos, etc., junto a expresiones artístico-literarias, religiosas, científicas, que enriquecieron el proceso de transculturación universal.

Es necesario orientar también la búsqueda de los gérmenes racionalistas que se fueron formando en el seno del Medioevo en Europa, especialmente en el Renacimiento con la revitalización del humanismo que propició el orden secularizado laico de la modernidad. Es importante destacar que tal proceso se corresponde con el proceso de nacimiento y expansión del capitalismo, expresado en la conformación del mercado mundial, en el cual las potencias coloniales desarrollaron un proceso "fagocitósico" no solo de metales preciosos y otras riquezas, sino de algo más sutil, que son las expresiones ideológicas.

Luego de considerar la esclavización de África y de América como dos grandes asesinatos propios del origen del capitalismo y del imperio del mercado, Franz Hinkelammert sostiene: "El Occidente realizó sacrificios, sigue realizándolos y tiene que proseguir, para que los sacrificios pasados mantengan su sentido. Esto lleva a una expansión frenética del mercado como una esfera pretendida de la humanidad. Cuanto más el mercado para que las viola-

ciones resultantes de los derechos humanos, sigan apareciendo como pasos necesarios en el camino hacia la humanización por medio del mercado".<sup>29</sup>

Es de suponer que los promotores de aquel proceso expansionista del capitalismo europeo y de la presunta cultura occidental, marcado por símbolos de evangelización, no tenían conciencia de en qué medida los valores culturales de los pueblos sometidos y esclavizados dejarían a su vez profunda huella sincréticamente en una modernidad cada vez más impura y permeada por instituciones e ideas en el plano de la vida democrática y de derechos de los pueblos devorados.

Con el incremento del proceso de transculturación propiciado por la globalización se ha hecho más común la recíproca incorporación de experiencias democráticas que se experimentan en diferentes países del orbe, sin necesidad de hiperbolizaciones occidentalistas.

De tal modo, la interpenetración recíproca que se ha producido entre la mayor parte de los pueblos del mundo no solo se manifiesta en procesos económicos, financieros, productivos, de servicios, comerciales, etc., sino también en el plano cultural, ideológico, político, jurídico; de manera que en la actualidad se hace cada vez más difícil, en el creciente proceso de transculturación, precisar la exclusiva paternidad de una idea y de una práctica sociopolítica o jurídica. Si en el mundo científico y tecnológico se presentan serias dificultades en el reconocimiento de patentes y derechos de autor, mucho más complicada es la cuestión en el terreno de la filosofía, el arte, la política y el derecho.

Pareciera que el ideal kantiano de lograr un "ciudadano del mundo" (*Weltbürger*), independientemente de la raíz eurocéntrica y originalmente discriminatoria en relación con otros pueblos del mundo, al igual que se observa en Hegel, comenzara a realizarse de algún modo con la sorpresa de ver inundadas las calles de ciudades europeas y norteamericanas de enjambres de inmigrantes provenientes de esos pueblos considerados por ellos al margen de la historia y que en la actualidad han asumido destacados protagonismos y saben reclamar con dignidad sus derechos no solo en sus países de origen, sino también en aquellos adonde han emigrado. España se ha visto precisada a reconocer los pagos de seguridad social a los inmigrantes que deseen acogerse al "voluntario retorno" a sus países de origen.

El cultivo de la democracia y de los derechos humanos ha adquirido cada vez mayores niveles superiores de universalidad. Ambos elementos tan esenciales a la vida sociopolítica contemporánea no se circunscriben, en cuanto a sus antecedentes y fuentes, así como en relación con sus prácticas consecuentes y nuevas formas de existencia, a la cultura occidental. La historia más reciente de la humanidad, especialmente en momentos de crisis económica y social a nivel mundial, demuestra que no obs-

tante unipolaridades en el plano militar, el mundo se hace cada vez más pluralista en todos los planos sociopolíticos y es reactivo a protagonismos exclusivistas de países o culturas.

## 6 CONCLUSIONES

Un renovado análisis, como lo exige siempre la actividad investigativa y académica, está en la obligación, a la hora de justificar los orígenes y diversas expresiones de la democracia y los derechos humanos en la actualidad, de dejar atrás enfoques eurocentristas y cualquier manifestación de etnocentrismo, lo mismo occidental que oriental o de cualquier otra índole.

Las concepciones, prácticas e instituciones de contenido humanista, alcanzaron indudablemente un desarrollo especial a partir del Renacimiento y la construcción de la modernidad. La cultura occidental se ha constituido en un privilegiado reservorio de sus manifestaciones, aunque hayan tenido múltiples expresiones, tanto anteriores a su irrupción como simultáneas, pero al margen de ella en el Oriente Antiguo, como en el mundo precolombino americano y en otras latitudes.

Un justo análisis de la situación actual de los derechos humanos y la democracia exige la valoración de algunos de sus antecedentes, expresados en las prácticas éticas y jurídicas en las primeras etapas de la evolución de las sociedades humanas —por lo general, fundamentados en presupuestos religiosos—, incluso antes de la aparición del Estado, especialmente durante el tránsito de la comunidad primitiva hacia el esclavismo, proceso este que no es simultáneo en el proceso civilizatorio universal.

El diferenciado ritmo de desarrollo entre las diferentes civilizaciones desde la Antigüedad e incrementado en la modernidad —condicionado por contactos de diferentes tipos entre los pueblos, con predominio de los nexos comerciales y los conflictos bélicos—, propició los procesos de transculturación en todas las esferas de la dinámica social, y en particular, en cuanto a las formas de vida democrática.

A su vez, el estudio del origen y evolución de los derechos humanos y la democracia obliga a profundizar en el conocimiento de las primeras expresiones del pensamiento filosófico, político y jurídico desde la Antigüedad hasta nuestros días, así como de las principales luchas sociales de los sectores que en distintas épocas históricas han reclamado sus derechos y mejores formas de vida política y social.

Una correcta valoración, tanto de los aportes de pensadores y documentos, declaraciones y legislaciones que se fueron elaborando en el nacimiento de la modernidad en el mundo occidental, como del proceso de transculturación con concepciones filosóficas, normas éticas, prácticas políticas, jurídicas, etc., de pueblos al margen de la cultura occidental, posibilita una mejor comprensión del significado histórico trascendental de la conformación

jurídica y la defensa de los derechos humanos, así como de la institucionalización de la democracia a nivel auténticamente universal y no limitada a la cultura occidental.

Aunque los diferentes pueblos en distintas etapas de la historia universal han elaborado concepciones y criterios éticos, políticos, jurídicos, religiosos, etc., propios y específicos, es apreciable la existencia de componentes comunes al acervo universal de la humanidad, y mayores elementos de confluencia que de diferencia en cuanto al cultivo de diferentes expresiones de democracia, así como la aceptación de valores y derechos humanos respetados y cultivados en común.

Las premisas teóricas y sociales sobre el origen de la democracia y los derechos humanos se fueron gestando embrionariamente en las sociedades premodernas, aunque lograron su consolidación de madurez en el pensamiento y la praxis jurídico-política de la modernidad, proceso en el cual participó significativamente el movimiento independentista americano.

El carácter histórico y circunstancial de las formas de democracia no debe hiperbolizarse hasta el punto de considerarla como una construcción política contingente e incierta, pues esta tesis puede resultar contraproducente al poderse entender que en la democracia vale todo o puede producirse cualquier fenómeno no deseado, y este hecho podría incluso convertirse en un boomerang y atentar contra la propia democracia.

El creciente proceso de transculturación favorecido por la globalización posibilita la recíproca incorporación de experiencias democráticas que se experimentan en diferentes países del orbe, sin necesidad de hiperbolizaciones occidentalistas. Del mismo modo, el respeto por los derechos humanos se ha convertido en una cuestión que atañe por igual a países y pueblos enmarcados dentro de esa nebulosa civilización occidental, como a los que se presupone están al margen de ella.

## 7 REFERÊNCIAS

CAMPANELLA, T. *La política*. Alianza Editorial. Madrid. 1991

CAMPANELLA, T. "La ciudad del sol" ... en *Utopías del Renacimiento*. Fondo de Cultura Económico. México. Segunda edición. 1956.

CAPELLETTI, A. *Los fragmentos de Heráclito*. Editorial Tiempo Nuevo. Caracas. 1972.

ENGELS, F. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", en Marx, C. y F. Engels. *Obras escogidas*. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1955. t. II

FERNÁNDEZ Bulté. J. *Siete milenios de Estado y de Derecho*. Editorial Cien-



cias Sociales. La Habana. 2008. t. I.

HINKELAMMERT, F. Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia. Editorial del Departamento Ecueménico de Investigaciones. San José de Costa Rica. 1998.

JARAMILLO Vélez, R. Problemática actual de la democracia. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2004.

KIRK, G.S. y J.E. Raven. Los filósofos presocráticos. Leucipo y Demócrito. Trad. de M.I. Santa Cruz y N.L.Cordero. Editorial Gredos. Madrid. 1974. t. III.

MORO. T. "Utopía" en Utopías del Renacimiento. Fondo de Cultura Económico. México. Segunda edición. 1956.

OESTREICH, G. y K. Sommermann. Pasado y presente de los derechos humanos. Madrid. Edit. Tecnos. 1990

ORTIZ, H. La especulación iusfilosófica en Grecia Antigua: desde Homero hasta Platón. Temis. Bogotá. 1990.

PAINE, Thomas. Los derechos del hombre. Colección Clásicos de la Democracia. Universidad Autónoma de Centro América. San José, Costa Rica. 1986.

PECES-Barba, G. Los fundamentos de los derechos humanos. Editorial Debate. Colección Universitaria. Madrid. 1998.

PÉREZ Viramontes, G. Derechos humanos y democracia. Programa Universitario de Derechos Humanos y Educación para la Paz. 1998

RODRÍGUEZ Mazabel, M. "Acerca de la relación entre derechos humanos y democracia". [www.democr.juridicas.unam.mx/sisjurinternacpdf10-472s.pdf](http://www.democr.juridicas.unam.mx/sisjurinternacpdf10-472s.pdf)

VÉASE, El pensamiento latinoamericano del siglo XX ante la condición humana. [www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/](http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/)

ZULETA, S. Educación y democracia. Un campo de combate. Corporación Tercer Milenio. Bogotá, 1995.

## NOTAS DE FIM

1Pablo Guadarrama González. Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba. Doctor en Ciencias (Cuba) y Doctor en Filosofía (Leipzig). Doctor Honoris Causa en Educación (Perú). Profesor Titular de la Cátedra de Pensamiento Latinoamericano de la Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, Cuba. Profesor de la Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

2 El concepto de transculturación, formulado por el antropólogo cubano Fernando Ortiz, fue aceptado por la comunidad académica internacional, y por tal se entiende el proceso según el cual las nuevas culturas se gestan y nutren de anteriores al asumir valores de distinta procedencia y a la vez crear valores nuevos, de la misma forma que un niño hereda rasgos de sus padres, pero siempre él será un individuo diferente.

3 "Dicen algunos que la Filosofía, excepto el nombre, tuvo su origen entre los bárbaros, pues como dice Aristóteles en su Mágico y Soción en el libro XXIII De las sucesiones, fueron los magos sus inventores entre los persas; los caldeos entre los asirios y babilonios; los gimnosofistas entre los indios; y entre los celtas y galos los druidas, con los llamados semnoteos." Laercio, D. Vida de los filósofos más ilustres. Editorial de Ciencias Sociales. La Habana. 1990. p. 9.

4 Zuleta, S. Educación y democracia. Un campo de combate. Corporación Tercer Milenio. Bogotá, 1995. p. 122.

5 Paine, Thomas. Los derechos del hombre. Colección Clásicos de la Democracia. Universidad Autónoma de Centro América. San José, Costa Rica. 1986. p. 53.

6 Kirk, G.S. y J.E. Raven. Los filósofos presocráticos. Leucipo y Demócrito. Trad. de M.I. Santa Cruz y N.L.Cordero. Editorial Gredos. Madrid. 1974. t. III. p. 415.

7 Capelletti, A. Los fragmentos de Heráclito. Editorial Tiempo Nuevo. Caracas. 1972, frag. 44 p. 86.

8 Ortiz, H. La especulación iusfilosófica en *Grecia Antigua: desde Homero hasta Platón*. Temis. Bogotá. 1990. p. 66.

9"La doctrina jusnaturalista tomista renovó el antiguo concepto de razón al instalar el derecho natural en la razón natural, puesto que la ratio humana parte de la eterna ley divina. De lo cual se extraen consecuencias práctico-políticas bien radicales. Así pues, existe un derecho a negar la obediencia frente a la omnipotencia de los poderes estatales, frente a la tiranía injusta". Oestreich, G. "Los derechos humanos a través de la historia". Oestreich, G. y K. Sommermann. Pasado y presente de los derechos humanos. Madrid. Edit. Tecnos. 1990. p. 40.

10 Peces-Barba, G. Los fundamentos de los derechos humanos. Editorial Debate. Colección Universitaria. Madrid. 1998. p. 268.

11 Véase: El pensamiento latinoamericano del siglo XX ante la condición humana. [www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/](http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/)

12 Jaramillo Vélez, R. Problemática actual de la democracia. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2004. p. 22.

13 Moro. T. "Utopía" en Utopías del Renacimiento. Fondo de Cultura Económico. México. Segunda edición. 1956. pp. 10-11.

14 Idem. p. 20.

15 Campanella, T. "La ciudad del sol". . . " en Utopías del Renacimiento. Fondo de Cultura Económico. México. Segunda edición. 1956. p. 145.

16Campanella, T. La política. Alianza Editorial. Madrid. 1991. p. 175.

17 Idem. p. 173.

18 Véase: Freie Universität de Berlín. Sergio Costa. "Derechos humanos en el mundo poscolonial" [www.nuso.org/revista.php?n=188](http://www.nuso.org/revista.php?n=188)

19 Fernández Bulté, J. Siete milenios de Estado y de Derecho. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 2008. t. I. p. 118.

20 [www.historiaclasica.com/.../el-codigo-de-hammurabi.html](http://www.historiaclasica.com/.../el-codigo-de-hammurabi.html)

21 [www.edu.mec.gub.uy/.../Buda%20-%20dhammapada.html](http://www.edu.mec.gub.uy/.../Buda%20-%20dhammapada.html)

22 [es.wikipedia.org/wiki/Diez\\_mandamientos](http://es.wikipedia.org/wiki/Diez_mandamientos)

23 Idem.

24 Engels., F. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", en Marx, C. y F. Engels. Obras escogidas. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1955. t. II. p. 314.

25 Idem. p. 300.

26 Idem. pp. 312-313.

27 Pérez Viramontes, G. Derechos humanos y democracia. Programa Universitario de Derechos Humanos y Educación para la Paz. 1998. iteso. [mx/~gerardpv/dh/dh-democracia.html](http://mx/~gerardpv/dh/dh-democracia.html) - 19k

28 Rodríguez Mazabel, M. "Acerca de la relación entre derechos humanos y democracia". [www.democrjuridicas.unam.mxsisjurinternacpdf10-472s.pdf](http://www.democrjuridicas.unam.mxsisjurinternacpdf10-472s.pdf)

29 Hinkelammert, F. Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia. Editorial del Departamento Ecueménico de Investigaciones. San José de Costa Rica. 1998. p. 38.

# ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS INCIDENTE SOBRE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Lucas Gabriel Molina dos Santos<sup>1</sup>

RESUMO: O presente trabalho teve como escopo tratar da cobrança de ICMS sobre operações interestaduais que destinem bens a consumidor final não contribuinte do imposto. Atualmente, o comércio eletrônico possui um papel relevante para a economia e para os estados-membros da Federação, em função da arrecadação tributária. No entanto, há uma disputa entre os entes a fim de assegurarem a fonte de receita que provém dessas operações. Frente a isso, foi posto em discussão teses favoráveis e contrárias à inconstitucionalidade de leis e decretos estaduais, bem como o Protocolo ICMS nº 21, elaborado com o fim de possibilitar que os estados de destino da mercadoria ou bem também cobrem o imposto na sua entrada. Por fim, tendo em vista que é comum a compra por meio de lojas virtuais de produtos e serviços, a pesquisa teve como objetivo incentivar a discussão acerca do tema, tendo como parâmetro as jurisprudências consolidadas dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: inconstitucionalidade; ICMS; comércio; eletrônico.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Tributário e Direito Constitucional.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal foi promulgada em 5 de outubro de 1988, consagrando o Estado Constitucional Democrático, um modelo em que se efetiva a participação do povo no governo e, também, não obstante a preocupação com o caráter formal, há maior atenção ao caráter substancial, principalmente dos direitos fundamentais. Busca-se, atualmente, a efetividade, uma vez que os direitos já foram consagrados.

No que toca ao sistema tributário, as normas constitucionais a ele concernentes são relativas ao modelo econômico vigente na década de 1980, em que não havia informatização. Atualmente, o comércio está pautado pelas inovações tecnológicas e a derrubada de barreiras que, à época da promulgação da Carta Maior, pareciam intransponíveis.

Quando da elaboração da Constituição, a comercialização de mercadorias era por meio presencial e todo o sistema tributário foi baseado nesse costume. Ocorre que a informatização e o acesso à *internet* trouxeram uma mundialização do comércio, na qual qualquer pessoa realiza compras por um site disponível na rede mundial de computadores.

Com isso, Estados de destino do produto ou serviço, onde os consumidores do comércio eletrônico residem, não arrecadam o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), sendo este absorvido pelo Estado de origem.

Sentindo-se prejudicados, alguns Estados elaboraram um

ato normativo conjunto que determina a cobrança do tributo, arrecadando também o Estado de destino. Entidades e instituições ligadas ao comércio e à indústria ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) com o argumento de desrespeito às normas constitucionais.

Desse modo, focar-se-á o presente trabalho no controle de constitucionalidade que deverá ser feito pelo STF, apontando as teses ventiladas a respeito da inconstitucionalidade da cobrança, tanto a favor como as contrárias.

## 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DA COBRANÇA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DECORRENTES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

A Constituição da República, promulgada em 1988, elaborou um sistema tributário complexo, visando garantir a distribuição de renda entre os estados e diminuir a discrepância econômica entre as regiões.

O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é o tributo mais importante e a maior fonte de receitas para os estados.

Nesse desiderato, qualquer divergência a respeito da arrecadação do imposto pode gerar uma guerra fiscal envolvendo inúmeros estados, como ocorre atualmente. Isso se deu fruto da tributação de ICMS pelo estado de destino de mercadorias destinadas à venda a consumidor final de forma não presencial e não

contribuinte do imposto.

Em outras palavras, conflito entre estados oriundo de operações interestaduais decorrentes de comércio eletrônico, utilizando-se de uma ferramenta que à época da Constituição de 1988 não era possível imaginar que atingisse a relevância dos dias atuais, a *internet*.

As inúmeras empresas que vendem mercadorias pela rede mundial de computadores situam-se nas regiões Sul e Sudeste, especialmente nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. Como a arrecadação de ICMS nas operações de comércio eletrônico é destinada ao estado de origem da mercadoria, a maioria dos estados, os de destino, não recolhe o imposto, gerando um desconforto.

Tal desconforto foi o ponto de partida para a elaboração do Protocolo nº 21, de 01 de abril de 2011, pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Por meio deste, a grande maioria dos estados de destino também tributariam a mercadoria ou bem.

Por conseguinte, inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, tais como as de número 4.565, 4.705, 4.713 e 4.885 que, no Recurso Extraordinário nº 680.089, reconheceu repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Apesar de não ter havido julgamento definitivo, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e competente para dirimir mais esse capítulo da guerra fiscal entre os estados, já concedeu liminares a favor da inconstitucionalidade da cobrança.

### **2.1 Comércio eletrônico e o impacto no cenário mercantil**

O comércio eletrônico ou *e-commerce* é uma transação comercial feita através de um equipamento eletrônico, utilizando a *internet* como ferramenta de interligação entre as partes envolvidas. A finalização do negócio termina com o pagamento feito, em sua grande maioria, por meio eletrônico.

Os levantamentos destinados a medir a importância do comércio eletrônico no Brasil atingiram números convincentes. De acordo com matéria publicada na revista Pequenas Empresas Grandes Negócios, o Brasil já conta com 36,7 milhões de *e-consumidores* e faturou, apenas no primeiro semestre de 2012, R\$10,2 bilhões. (LIRA, 2012).

No mesmo período, foram realizadas 29,6 milhões de encomendas com valor médio de R\$346. Os produtos mais vendidos foram os eletrodomésticos e itens de saúde, beleza e medicamentos.

De acordo com os números divulgados pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, o Brasil poderia alcançar R\$25 bilhões em faturamento, expansão de 22% em relação a 2011. (*E-commerce...*, 2012)

Logo, com um faturamento previsto de R\$25 bilhões e atingindo quase 40 milhões de brasileiros, o comércio eletrônico assume papel relevante nas transações comerciais e, em razão da tributação, uma fonte de renda inabdicável por partes dos estados.

### **2.2 Disciplina normativa do ICMS**

O ICMS é o imposto mais relevante na esfera de arrecadação dos estados para o custeio de suas atividades. É de competência estadual ou distrital e pode ser disposto mediante lei ordinária.

A definição legal vem prevista na Lei Complementar nº 87, de 1996, e na Constituição Federal, precisamente no artigo 155, II, na qual é competência dos Estados e do Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (BRASIL, 1996).

Por circulação, como bem explica Leandro Paulsen, entende-se a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob um título jurídico, sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica. (PAULSEN, 2010, p. 221).

O acrônimo "ICMS" alcança, ao menos, cinco impostos diferentes. Desse modo, embora esses impostos não se confundam, possuem o mesmo "núcleo central comum", como a regra da não-cumulatividade. Roque Antonio Carrazza enumera os cinco impostos:

- a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior;
  - b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal;
  - c) o imposto sobre serviços de comunicação;
  - d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica;
  - e) o imposto sobre extração, circulação, distribuição e consumo de minerais.
- (CARRAZZA, 2009, p. 36-37).

A função predominante do ICMS é a fiscal, sendo, como já mencionado, fonte de receita expressiva para os estados. Todavia, assimila a função extrafiscal quando é seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, na forma do artigo 155, §2º, III, da Constituição Federal.

Trata-se de tributo não vinculado, cuja consistência tem por hipótese de incidência uma situação independente de qualquer atividade estatal. (ATALIBA, 2010, p. 134).

Também é imposto indireto, pois admite a repercussão do

encargo econômico. José Morschnacher, citado por Leandro Paulsen, explanou acerca do conceito de imposto indireto:

*Especificamente em termo de Direito Tributário, imposto indireto será aquele no qual a norma jurídica de tributação vincula ao Estado, como sujeito passivo da relação de imposto, não a pessoa de cuja renda a hipótese de incidência seja fato-singlo presuntivo, mas aquele ou aquelas antepostas a ela dentro do relacionamento econômico objeto da imposição. (Paulsen apud Morshnacher, 2009, p.39).*

A característica principal que carrega o ICMS é o respeito ao princípio da não-cumulatividade. Na dicção do artigo 155, §2º, I, da Constituição Federal, o referido imposto será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. (BRASIL, 1988).

Ensina Fabiana Del Padre Tomé:

*O conceito de 'não-cumulatividade' utilizado pela Constituição Federal é uniforme: consiste em uma sistemática constitucional erigida com a finalidade de evitar superposição de cargas tributárias, impedindo a incidência de um mesmo tributo mais de uma vez sobre o valor que já serviu de base à sua cobrança em fase anterior do processo econômico. (TOMÉ, 2002, p. 204).*

Em continuidade, é necessário tecer breves comentários sobre as alíquotas do ICMS com o objetivo de explicitar a tributação em relação ao comércio envolvendo operações interestaduais, sendo o consumidor não contribuinte.

Existem duas alíquotas de ICMS: as internas, quando o vendedor e o adquirente da mercadoria encontram-se situados no mesmo estado; as externas, divididas em alíquotas interestaduais, aplicadas quando vendedor e adquirente da mercadoria situam-se em estados diferentes, e alíquotas de exportação.

As alíquotas internas são definidas por lei estadual. De seu turno, as externas são determinadas por resoluções do Senado Federal. Atualmente, as alíquotas interestaduais são de 7% e 12%, conforme prevê a Resolução nº 22, de 19 de maio de 1989, do Senado Federal.

Em caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro estado, adota-se, com fulcro no artigo 155, §2º, VII, b, a alíquota interna do estado de origem, ou seja, onde está sediada a empresa que distribui as mercadorias.

Em razão dessa disciplina normativa, os estados de destino se reuniram e votaram um ato normativo em conjunto, enfoque do presente trabalho, consoante as anotações abaixo.

### **2.3 CONFAZ e o Protocolo ICMS nº 21/2011**

Tal como trazido à baila nas linhas anteriores, o *e-commerce* permite que qualquer pessoa acesse um site de uma loja virtual e adquira mercadorias ou bens, recebendo o mesmo no local indicado pelo consumidor.

Roque Antonio Carrazza traz a conceituação de mercadoria:

*Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tao-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à pratica de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria. (CARRAZZA, 2009, p. 43)*

Na mesma linha, discorre Hugo de Brito Machado que:

*O que caracteriza uma coisa como mercadoria é a destinação. Mercadorias são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas adquiridas pelos empresários para revenda, no estado em que as adquiriu, ou transformadas, e ainda aquelas produzidas para venda. (MACHADO, 2012, p. 377)*

Na forma da legislação tributária pátria, em especial o artigo 155, §2º, VII, b, da Constituição Federal, na qual estabelece que em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, será adotada a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.

Isso quer dizer que o Estado de origem da mercadoria ou bem, na qual se situa a sede empresa virtual, arrecada o ICMS devido na operação utilizando-se de sua alíquota interna, definida por lei estadual.

Em função da concentração das maiores empresas do ramo estarem localizadas nas regiões Sul e Sudeste, os estados das regiões norte, nordeste e centro-oeste formalizaram um ato normativo em conjunto a fim de preservar a repartição do produto da arrecadação da operação entre as unidades federadas: o Protocolo ICMS nº 21, de 1 de abril de 2011.

Aderiram ao protocolo 19 os estados de Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Sergipe, Tocantins e também pelo Distrito Federal.

O Protocolo foi elaborado pelo CONFAZ, um órgão deliberativo

constituído pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação de cada estado e Distrito Federal e pelo Ministro de Estado da Fazenda, instituído em decorrência de preceitos previstos na Constituição Federal, com a missão maior de promover o aperfeiçoamento do federalismo fiscal e a harmonização tributária entre os Estados da Federação. (Conselho Nacional de Política Fazendária).

O que ensejou a criação do Protocolo ICMS nº 21 foi a crescente mudança do comércio tradicional para o eletrônico, persistindo, entretanto, a tributação apenas na origem, não preservando a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino.

A cláusula primeira diz:

*Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom. (Conselho Nacional de Política Fazendária, 2011)*

A grande controvérsia reside na exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplicando-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias do Protocolo.

O procedimento de exação funciona da seguinte maneira: os estados de origem da mercadoria ou bem arrecadam o ICMS de acordo com a quantia da operação realizada, aplicando a alíquota interna. O Estado de destino, aquele onde o consumidor não contribuinte do imposto reside, também arrecada da mesma forma, aplicando a alíquota interna, entretanto, deduzindo-se do valor equivalente a alíquota interestadual.

Conforme as disposições na cláusula terceira, que já foram previstas em resoluções do Senado Federal, a alíquota interestadual de mercadorias ou bens oriundos da região Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo, é de 7%. De seu turno, a alíquota interestadual correspondente a mercadorias ou bens procedentes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo é de 12%.

Por exemplo, o estado de Mato Grosso do Sul fixou a alíquota interna em 17%. Se um consumidor situado no referido estado adquire uma mercadoria pela internet, cujo custo foi de R\$1.000,00, amoldando-se nas definições do Protocolo, poderá o cálculo ser feito de duas formas.

Primeiro, caso a empresa situada seja da região Sul ou Su-

deste, exceto Espírito Santo, o Estado de origem cobra a exação normalmente e o estado de Mato Grosso do Sul também arrecada através da exigência de pagamento de 10%, que é a diferença entre a alíquota interna do estado (17%) e a alíquota interestadual (7%), correspondendo a R\$100,00.

Segundo, caso a empresa situada seja da região Norte, Nordeste, Centro-Oeste ou do estado do Espírito Santo, o percentual adequado ao estado de Mato Grosso do Sul é 5%, porquanto a alíquota interestadual, nesse caso, é de 12%, correspondendo a R\$50,00.

Após a entrada em vigor do referido ato normativo elaborado por 19 estados e o Distrito Federal, empresas e outras instituições ligadas ao setor questionam a constitucionalidade da cobrança. Para ambos, surgem teses convincentes que serão postas em discussão, no mérito, pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3. DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS**

As discussões a respeito da cobrança de ICMS sobre operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom tem dedicado muita atenção por parte dos juristas e empresas diretamente interessadas.

Desta feita, imperioso tratar nesse momento das teses ventiladas a favor e contrárias à inconstitucionalidade da exação. Em breve, após admitir a repercussão geral do tema no plenário virtual, o STF deve enfim sedimentar o entendimento sobre o assunto.

#### **3.1 Posicionamento favorável à inconstitucionalidade**

Com a elaboração do Protocolo ICMS nº 21, os Estados signatários normatizaram em seus territórios a situação por meio de decretos, o que gerou a impugnação de instituições e empresas contrárias a conduta estatal. Isso fez gerar inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), em tramite na Corte Suprema.

As teses que sustentam a inconstitucionalidade do Protocolo e dos decretos estaduais que regulamentam a exação estão alicerçadas na Constituição Federal, precisamente na parte que define o sistema tributário nacional.

O primeiro argumento é a bitributação jurídica, com violação do artigo 155, §2º, VII, b e VIII, da Constituição Federal. Diz a referida norma:

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*[...]*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte*

*interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea «a» do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; (BRASIL, 1998).

O texto constitucional prevê que deve ser adotada a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, sendo este tributo devido à unidade federada de origem e não à unidade federada destinatária.

O Protocolo, todavia, institui nova incidência de ICMS, de titularidade dos estados de destino signatários, que só tem sujeição jurídica ativa do diferencial de alíquota previsto no artigo 155, §2º, VII, a, da Constituição Federal.

Isso quer dizer que, com o Protocolo e os decretos estaduais que o regulamentam, regras exclusivas incidentes sobre os destinatários contribuintes são aplicadas do mesmo modo a destinatários não contribuintes do ICMS, em contrariedade com o previsto na Constituição.

Tocante à regra constitucional que se aplica às operações interestaduais sobre destinatários contribuintes do imposto, a Confederação Nacional da Indústria, na ADI 4.713<sup>2</sup>, que é uma das ações propostas no Supremo Tribunal Federal para o fim de declarar inconstitucional o Protocolo 21 e suspender a cobrança pelo estado de destino, dispôs:

*Como a alíquota interna é, na quase totalidade dos casos, maior que a interestadual, o Estado de destino se apropria, na operação interna subsequente à interestadual, da diferença entre a alíquota interna aplicada ao preço total do produto e o crédito correspondente ao percentual da alíquota interestadual, menor, sobre o preço da operação anterior, também menor. Caso não haja operação subse-*

*quente, então haverá uma incidência específica, a prevista no inciso VIII do art. 155, § 2.º, da CF.*

Em conclusão, tomando-se por base as operações interestaduais de compra de mercadorias efetuadas por não contribuinte do imposto tem-se que a alíquota a ser aplicada é a interna, sendo o ICMS devido somente ao Estado onde se encontram os fornecedores, que são os remetentes das mercadorias.

O segundo argumento está no sentido da violação do artigo 146, III, da Constituição Federal, que dispõe:

*Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (BRASIL, 1988).*

Se houvesse competência comum dos estados para cobrar o ICMS, tanto na saída como na chegada da mercadoria, seria necessário lei complementar para dirimir os conflitos de competência entre os estados signatários e não signatários do Protocolo nº 21.

O Supremo já se dedicou ao assunto quando julgou se seria possível a cobrança de adicional estadual do imposto sobre a renda. Manifestou, através do Recurso Extraordinário 136.215, pela impossibilidade de cobrança sem prévia lei complementar, pois a mesma é indispensável materialmente à dirimência de conflitos de competência entre os estados da federação.

Ives Gandra Martins ressalta que a lei complementar em questão cumpre dupla função tutelar, pois, além de representar elemento de estabilização do sistema jurídico-tributário instituído pela Carta da República, atua como fator de insuprimível garantia dispensada ao próprio contribuinte. (MARTINS, 1990, p. 75).

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 136.215, julgado em 16 de abril de 1993, discorreu sobre a lei complementar:

*A lei complementar a que se refere o preceito inscrito no art. 146 da Carta Política tem o caráter de lei nacional, projetando-se e impondo-se, na esfera jurídico-normativa, e no que concerne aos estritos limites materiais de sua incidência, à compulsória observância das pessoas estatais investidas, pelo ordenamento constitucional, de competência impositiva.*

*Nessa condição formal, a lei complementar, que veicula regras disciplinadoras do conflito de competências tributárias e que dispõe sobre normas gerais de direito tributário, evidencia-se como es-*

*pécie normativa que, embora necessariamente obediente às diretrizes traçadas pela Carta da República, constitui manifestação superior da vontade jurídica do próprio Estado Federal. A autoridade dessa lei complementar – cuja gênese reside no próprio texto da Constituição – vincula, em sua formulação normativa, as pessoas políticas que integram, no plano da Federação brasileira, a comunidade jurídica total. (BRASIL, 1993)*

Em síntese, caso fosse possível a titularidade comum entre Estados de origem e destino do ICMS, seria necessária a confecção de lei complementar para dirimir conflito de competência entre entes estatais signatários ou não do protocolo em comento.

O terceiro argumento está na violação do artigo 150, V, da Constituição Federal, que reza:

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

*[...]*

*V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; (BRASIL, 1988)*

A norma em testilha define o princípio da liberdade de tráfego. Kiyoshi Harada define o seu conceito:

*O referido princípio é uma decorrência natural da unidade econômica e política do território nacional. Objetiva assegurar a livre circulação de bens e pessoas ou meios de transportes, que não pode ser limitada ou embaraçada por tributação interestadual ou intermunicipal, ressalvada a cobrança de pedágio. (HARADA, 2009, p. 374).*

As disposições constitucionais a respeito legitimam a liberdade de ir e vir e, no caso em estudo, de empresários estruturarem seu negócio em um estado e buscarem compradores em todo território nacional, por meio de ferramentas que estejam disponíveis no mercado. A própria Carta Política assegura a livre concorrência, na forma do artigo 170, IV.

A Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, na ADI 4.628<sup>3</sup> em trâmite no Supremo Tribunal, cujo conteúdo se assemelha ao da ADI 4.713, trouxe a lume a seguinte explanação:

*O disposto no art. 150, V, da Constituição da República tem como objetivo maior impedir barreiras*

*fiscais que imponham limitações ao tráfego de pessoas e bens entre as unidades federadas e, mesmo que saibamos que impor restrições tributárias não foi o objetivo principal a nortear a edição do Protocolo, e sim aumentar arrecadação de ICMS, constata-se inegavelmente que foram criadas limitações a entrada de bens, por conta de ônus tributário abusivo criado pelas unidades federadas signatárias do Protocolo nas operações interestaduais nas quais se adquire mercadorias ou bens de forma não presencial.*

O Protocolo, ao assentar que o ICMS incidirá de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação, revela tentativa de impedir ou dificultar o ingresso de mercadorias e bens provenientes de outros estados, em descompasso com o artigo 150, V, da Constituição, que visa impedir barreiras fiscais entre os estados.

O quarto argumento situa-se na proibição de utilizar o tributo com efeito confiscatório, com violação do artigo 150, IV, da Constituição Federal, que determina:

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

*[...]*

*IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (BRASIL, 1988)*

Confiscatório é o tributo que derriba as forças econômicas do contribuinte. Roque Antonio Carrazza afirma que o artigo 150, IV, da Constituição Federal encerra um preceito vinculativo, na qual será inconstitucional a lei que imprimir à exação conotações confiscatórias, esgotando a "riqueza tributável" dos contribuintes. (CARRAZZA, 2010, p. 518).

Reitera na mesma linha Hugo de Brito Machado:

*Assim, o tributo com efeito de confisco, no regime da vigente Constituição, está proibido sob todos os aspectos, seja qual for a interpretação adotada para os dispositivos pertinentes ao direito de propriedade (art. 5º, item XXII), e ao regime econômico prevalente (art. 170, itens II e IV). O disposto em seu art. 150, item IV, não permite dúvidas a este respeito". (MACHADO, 1989, p. 68).*

O STF bem definiu sobre a ação normativa do Estado na ADI 2.551<sup>4</sup>, na qual a Confederação Nacional do Comércio pleiteou contra o Governador do Estado de Minas Gerais a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de expediente sobre as sociedades



seguradoras em face da garantia constitucional da não-confiscatoriedade. Foi dito:

*A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado. (BRASIL, 2006)*

Desse modo, o Protocolo ratificado por boa parte dos estados-membros da Federação induz à injusta apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, o que resulta, na colocação de Aliomar Baleeiro, no aniquilamento da empresa ou no impedimento de exercício de atividade lícita e moral. (BALEEIRO, 1997, p. 564).

O quinto argumento resulta da violação do artigo 152 da Constituição Federal, ao prescrever

*Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. (BRASIL, 1988)*

Paulo de Barros Carvalho aduz que "a procedência e o destino são índices inidôneos para efeito de manipulação de alíquotas e da base de cálculo pelos legisladores dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal." (CARVALHO, 2009, p. 184).

O artigo 152 em análise impede o estabelecimento de diferenças tributárias entre bens e serviços em razão de sua procedência. O Supremo Tribunal Federal esposou a respeito do tema na ADI 3936<sup>5</sup>, na qual tratou de norma produzida pelo Estado do Paraná que contribuía para a guerra fiscal e foi contestada pelo Estado do Amazonas. Disse:

*A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. (BRASIL, 2007)*

Logo, a sobretaxa em razão da origem feita pelos estados de destino das mercadorias adquiridos por meio de comércio eletrônico por consumidores não contribuintes do ICMS revela-se em desconformidade com as normas constitucionais.

O sexto argumento está situado na violação do artigo 1º da Carta Maior, base do princípio do pacto federativo, na qual ressalta que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

O Ministro Celso de Mello, na ADI 1.237-MC<sup>6</sup>, examinou da seguinte maneira:

*O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS. (BRASIL, 1995)*

A Ordem dos Advogados do Brasil, parte autora da ADI 4.885<sup>7</sup>, na qual também se assemelha à ADI 4.713 e a 4.628, ressaltou:

*O princípio constitucional adotado para as vendas diretas a consumidor final foi o da TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NA ORIGEM, sendo indubitoso que o ato ora questionado viola tanto a partilha constitucional de competência (por adentrar o campo de tributação alheio), quanto à própria partilha constitucional de receitas (que, no caso, cabem ao estado de origem).*

Em suma, foram apresentados os argumentos que sustentam a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS sobre comércio eletrônico quando se trata de operações interestaduais de consumidores não contribuintes do imposto.

### **3.2 Posicionamento contrário à inconstitucionalidade**

De outra feita, os estados signatários do Protocolo ICMS nº 21 do CONFAZ defendem a constitucionalidade da exação, sustentando-se em argumentos consistentes, que serão tratados a seguir.

O primeiro argumento reside na ocorrência de fato gerador do ICMS dentro do território da unidade federada consumidora. O artigo 155, §2º, VII e VII, da Constituição Federal, trata de disposições referentes a uma realidade já ultrapassada, em que o consumidor se deslocava até uma loja física e adquiria uma mercadoria.

No contexto atual, o e-commerce transformou em uma nova realidade, cujas consequências eram impossíveis de serem previstas à época da Constituição de 1988. Não há mais necessidade de deslocamento do consumidor, porquanto a compra se realiza

dentro da sua casa ou do seu trabalho por meio de um sistema eletrônico conectado a *internet*.

Nesse ponto é que se sustenta a constitucionalidade da cobrança de ICMS nas operações referidas, visto que o conceito de estabelecimento até então caracterizado sofre profundas alterações, tratando-se de empresas que veiculam suas atividades no ambiente da *internet*. Na defesa apresentada pelo estado de Mato Grosso do Sul na ADI 4.713, em trâmite no STF, foi dito:

*Para empresas que atuam conectadas à rede mundial de computadores, o estabelecimento passa a ser muito mais que uma realidade física ou jurídica. Seu estabelecimento é uma realidade, sobretudo, virtual.*

*Realidade virtual significa dizer que um estabelecimento dessa natureza é capaz de funcionar de forma autônoma em qualquer lugar do País e até do mundo por meio de um computador que a ele esteja conectado. Cada uma das pessoas que o acessa tem condições de realizar operações, usufruindo de ferramentas disponibilizadas.*

Reiterando, nas operações de venda não presencial constata-se a existência de estabelecimento virtual com sede no município destinatário das mercadorias, com base no artigo 11, I, a, da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, que diz:

*Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:*

*I - tratando-se de mercadoria ou bem:*

*a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador; (BRASIL, 1996).*

Desta feita, o estabelecimento não corresponde a um lugar físico, mas a um ambiente virtual, na qual a sociedade empresária se "teletransporta" para o computador de todas as pessoas que o estejam acessando de um determinado lugar.

O desembargador Vladimir Abreu da Silva, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ao se pronunciar sobre o tema no Mandado de Segurança 2012.015705-2/0000-00 - Campo Grande, julgado em 8 de agosto de 2012, em especial sobre o sujeito passivo e o fato gerador do ICMS no caso analisado, dispôs:

*No caso, o fato gerador ocorre no local do Estado Consumidor, também denominado de Estado de Destino, pois a circulação da mercadoria ocorre no local onde foi feita a operação, mesmo que tenha sido de modo virtual, como no caso vertente, onde foram feitas através de "e-comércio".*

*Logo, ao contrário do que afirma a impetrante, o sujeito passivo da obrigação tributária é a empresa que vende ao consumidor final as mercadorias por eles adquiridas através de showroom, internet e telemarketing e, o local do fato gerador é o local em que tenha sido efetuada a operação. (MATO GROSSO DO SUL, 2012).*

O estabelecimento comercial, reestruturado em seu conceito para se adequar à realidade atual, é que comparece virtualmente perante o comprador, por meio da rede mundial de computadores, sendo capaz de funcionar de forma autônoma em qualquer computador ou celular conectado à *internet*.

Em continuidade, não houve bitributação ou nova incidência do ICMS, pois há uma nova realidade fática tributável, que vem até a casa do consumidor, aperfeiçoando-se a operação no estado de destino da mercadoria ou bem, em face da mobilidade do estabelecimento comercial, razão pela qual pode situar-se em vários lugares ao mesmo tempo para fins de tributação.

O segundo argumento se insere na definição de mutação constitucional, que se aplica ao caso em discussão. Para Uadi Lammêgo Bulos, citado por Pedro Lenza:

*Mutação constitucional é o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais. (LENZA, 2007, p.110).*

O fenômeno da mutação origina-se em virtude de uma evolução na situação de fato sobre o qual incide a norma. Isso faz com que a Constituição mude sem que seu texto se modifique.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso Mello, no *Habeas Corpus* nº 90.450/MG, manejado em face do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na qual tratava da infidelidade depositária e prisão civil, julgado em 6 de fevereiro de 2009, discorreu acerca da contemporaneidade da Constituição. Disse:

*Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do "corpus" constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de "aggiorna-*

*mento”, o estatuto fundamental não se desqualifica em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamento, pelas forças do seu tempo. (BRASIL, 2009)*

O Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, em debate quando da análise da medida cautelar na ADI 4.705<sup>8</sup>, novamente trata da mesma matéria e se assemelha às ADI 4.885, 4.713 e a 4.628, que trata do tema em destaque do presente trabalho, ressaltou que se trata de “mutação constitucional por alteração do quadro factual, cultural, do País”. (BRASIL, 2012).

Nesse ínterim, em se tratando de comércio eletrônico, o texto constitucional, baseado numa interpretação teleológica, deve ser interpretado a fim de perpetuar as premissas irretocáveis lá descritas, como a repartição tributária e o desenvolvimento igualitário de todos os entes da federação. Portanto, a cobrança de ICMS pelo estado de destino é constitucional.

O terceiro argumento traz à baila um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, III da Constituição Federal, que é reduzir as desigualdades sociais.

Atualmente, o cenário socioeconômico mostra que as regiões Sul e Sudeste domina as atividades produtivas do país. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que os estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul detém quase 70% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012).

Conforme dados disponibilizados pelo CONFAZ, levando em consideração a balança comercial dos produtos negociados entre os estados, tendo por base vendas a quem não é contribuinte do imposto, o estado do Ceará teve um déficit com a arrecadação de ICMS no comércio eletrônico de R\$15 milhões, apenas nos primeiros meses de 2012, podendo chegar a R\$90 milhões no final do ano. (DÉFICIT..., 2012).

Note-se que tais estados formam as regiões Sul e Sudeste, com exceção do Espírito Santo, e são os únicos que não aderiram o Protocolo ICMS nº 21. Isso demonstra a concentração industrial que há nesses estados, em especial São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Além do poderio econômico e industrial presente nessas regiões, os estados menos desenvolvidos, caso não formulassem o protocolo, deixariam de arrecadar quantias de suma importância para a tentativa de diminuir as discrepâncias regionais.

O protocolo trouxe a justiça fiscal, em forte compasso com o princípio constitucional da partilha do ICMS. Tal ato normativo surgiu para diminuir as desigualdades entre os estados, vez que toda

a tributação do ICMS oriunda das transações comerciais por meio da internet era recolhida pela unidade federativa da origem, onde se situam as grandes empresas do mercado virtual.

A norma do artigo 170, VII, da Constituição, estabelece o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais. Com a medida elaborada pelos estados, o comércio fortalece, gerando mais emprego e renda, evitando o fechamento de empresas.

Da mesma banda o artigo 173, §4º, da Constituição Federal, na qual afirma que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O quarto argumento situa-se na não infringência ao princípio da não discriminação e da vedação a liberdade de tráfego, artigo 152 e 150, V, da Constituição, respectivamente. Em primeiro, repise-se as colocações enumeradas acima que sustentam a necessidade de arrecadação do ICMS por todos os estados, a fim de que se diminuam as desigualdades sociais.

Logo, tratando de comércio eletrônico, cujas regras não foram previstas pela legislação constitucional e nem pela infraconstitucional, precipuamente a *Lei Kandir* (Lei Complementar nº 87 de 1996), não se discrimina ou limita o tráfego de mercadorias, mas apenas regula a tributação interestadual, por meio de regras uniformes para todos os estados, com fulcro na justiça fiscal federativa.

O quinto argumento está na insubsistência da alegação de ofensa ao princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, IV, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Com o advento do comércio eletrônico, como já mencionado, a tributação do ICMS fica toda com o estado de origem da mercadoria ou bem, ao passo que cria uma injusto desequilíbrio no sistema tributário e na repartição de receitas provenientes do referido imposto.

Desse modo, o Protocolo e os decretos estaduais posteriores em nada contrariam a livre concorrência, pois tem como objetivo primordial a preservação da partilha de receitas tributárias do ICMS nas operações interestaduais.

Por último, também não ofendem o artigo 146, I, da Carta da República, tendo em conta que não há conflito de competências entre estados ou entre estados e União. Ainda, não há que se falar em edição de lei complementar, visto que o protocolo não invade o campo de atuação reguladora das normas gerais de direito tributário, que são reservadas à lei complementar.

### **3.3 Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em liminar**

Já informado, inúmeras ações foram manejadas perante o STF com o fito de discutir a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS sobre operações interestaduais, bem como do Protocolo ICMS nº 21 e dos decretos e leis estaduais subsequentes.

O Pretório Excelso já se pronunciou, em primeiro, na ADI 4.565<sup>9</sup> proveniente do estado do Piauí. O Relator Ministro Joaquim Barbosa desenvolveu o tema comparando a partilha tributária com o famigerado caso norte-americano *Quill v. North Dakota*, concernente às vendas por catálogo postal.

Após, mencionando o critério híbrido adotado pelo constituinte originário, nos termos do artigo 155, VII da Constituição, especificou sobre o procedimento aplicação das alíquotas interestaduais da seguinte forma:

- a) *Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Há, portanto, tributação concomitante, ou "partilha simultânea do tributo". Quer dizer, ambos os estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas;*
- b) *Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não-contribuinte: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna;*
- c) *Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual;*
- d) *Se a operação envolver combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem. (BRASIL, 2011).*

Apesar de compreender a diferença abissal entre as diversas regiões do país, o relator entendeu que a alteração pretendida depende de reforma tributária, que não pode ser realizada individualmente por cada ente político da Federação.

Também observou que o texto impugnado, uma lei estadual do estado do Piauí baseada no Protocolo ICMS nº 21, fixa alíquota interestadual que é de competência do Senado Federal por meio de resolução, com base no artigo 155, §2º, IV, da Constituição.

O Ministro Luiz Fux seguiu a linha adotada pelo relator, apenas acrescentando, em termos claros, tratar-se de tributação no estado de origem e destino, o que poderia ocasionar uma guerra fiscal. Desse modo, fora concedida medida cautelar para suspender a eficácia da Lei 6.041/2010, do estado do Piauí.

Do mesma forma, na ADI 4.705, também sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foi concedida medida cautelar para suspender a eficácia da Lei 9.582/2011, do estado da Paraíba. Os argumentos foram os mesmos, sendo ressaltado como uma preo-

cupação a ser enfrentada pelo tribunal a questão da guerra fiscal.

Finalmente, insta ressaltar que no debate realizado no julgamento da medida cautelar na ADI 4.705, o Ministro Luiz Fux inferiu:

*Essas liminares, nas ações de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, muito embora elas sejam de caráter urgente, elas não são, necessariamente, cautelares; na verdade, elas são satisfativas, elas antecipam uma definição jurídica final de mérito e que, dificilmente - como disse o Ministro Gilmar Mendes -, será modificado. (BRASIL, 2012).*

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito de alguma ADI, deve se manter em uníssono a favor a inconstitucionalidade do protocolo do CONFAZ e dos decretos e leis estaduais que tratam do tema, repisando que a Corte Suprema já admitiu repercussão geral no Recurso Extraordinário 680.089.

#### 4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo aprofundar a discussão acerca da inconstitucionalidade da cobrança de ICMS pelos estados signatários do Protocolo ICMS nº 21 do CONFAZ, porquanto, por envolverem todos os estados e o Distrito Federal, assume um grande risco ao pacto federativo e a harmonia entre as unidades federadas.

O julgamento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal sinalizou já o entendimento que se deve manter nas decisões de mérito, entendendo pela inconstitucionalidade da exação.

Mesmo assim, esse novo capítulo da guerra fiscal ainda não estará finalizado. Apesar das medidas tomadas pelos estados menos desenvolvidos com vistas à proteção de sua receita, o que torna o país mais igualitário em função da distribuição mais uniforme dos recursos, o ato jurídico-normativo está eivado de inconstitucionalidade, porquanto não pode um estado-membro instituir reforma tributária nesses moldes.

Com efeito, não podem um ou vários estados legislar e irem de encontro à Constituição Federal. Logo, é necessária a intervenção do Poder Legislativo para dirimir esse conflito, uma vez que também se trata de autêntica briga de estados, que põe em risco também a economia do país.

A disputa por maior arrecadação envolve o imposto de maior geração de renda e o grande alicerce dos estados para manterem suas atividades. A redistribuição do ICMS é medida de justiça fiscal e deve atender às necessidades das regiões, cujo desenvolvimento econômico está abaixo das outras, com o intuito de atender os princípios norteadores da República Federativa do Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7a ed., Rio. Forense, 1997.
- BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). *Diário Oficial da União*. Brasília, 16 set 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm)>. Acesso em: 16 dez. 2012.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.237. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 08 de setembro de 1995.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.551. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de abril de 2006.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.936. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 19 de setembro de 2007.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.565 - Medida Cautelar. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 27 jun. 2011.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.628. Relator Ministro Luiz Fux.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.705 - Medida Cautelar. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 de junho de 2012.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.713. Relator Ministro Luiz Fux.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.885. Relator Ministro Marco Aurélio.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. *Habeas Corpus* 90.450. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de fevereiro de 2009.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 136.215. Relator Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 16 de abril de 1993.
- CÂMARA-E.NET. *E-commerce deve faturar R\$ 23,4 bi em 2012 no Brasil*. 20 abr. 2012. Disponível em: < <http://www.camara-e.net/2012/04/20/e-commerce-deve-faturar-r-234-bi-em-2012-no-brasil/>>. Acesso em: 3 jan. 2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito tributário constitucional*. 26 ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14 ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. Protocolo ICMS 21, de 1º de abril de 2011. Estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente. *Diário Oficial da União*. Brasília. 13 abr. 2011. Disponível em: < [http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/protocolos/icms/2011/pt021\\_11.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/protocolos/icms/2011/pt021_11.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. *SOBRE O CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária*. Disponível em: < <http://www.sefaz.mt.gov.br/portal/confaz/?acao=sobre>>. Acesso em: 18 dez. 2012.
- E-COMMERCE BRASIL. *Déficit do Ceará no e-commerce já chega a R\$ 15 milhões só em 2012*. 23 abr. 2012. Disponível em: < <http://www.e-commercebrasil.com.br/noticias/deficit-do-ceara-no-e-commerce-ja-chega-a-r-15-milhoes-so-em-2012/>>. Acesso em: 3 jan. 2013.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Participação Regional no PIB brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2265&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2265&id_pagina=1)>. Acesso em: 15 jan. 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIRA, Adriano. Comércio eletrônico fatura R\$ 10,2 bilhões no primeiro semestre. *Pequenas Empresas Grandes Negócios*. 2012. Disponível em: < <http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,EMI316866-17180,00-COMERCIO+ELETRONICO+FATURA+R+BILHOES+NO+PRIMEIRO+SEMESTRE.html>>. Acesso em: 15 dez. 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 6, tomo I. Saraiva, 1990.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 2012.015705-2/0000-00 - Campo Grande. Rel. Vladimir Abreu da Silva. *Mato Grosso do Sul*. Campo Grande. 8 ago. 2012.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Contribuições para a seguridade social à luz da Constituição Federal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

## **NOTAS DE FIM**

1 Advogado, Pós-Graduando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Direito Tributário e Direito Constitucional. Rua Sabino José da Costa, 1402, São Jorge, Três Lagoas - MS. CEP: 79645-320 lucasmolina-adv@uol.com.br .

2 Relator Luiz Fux. Ainda não julgada.

3 Relator Luiz Fux. Ainda não julgada.

4 Relator Celso de Mello. Julgada em 20/04/2006.

5 Relator Gilmar Mendes. Julgada em 09/11/2007.

6 Relator Celso de Mello. Julgada em 08/09/1995.

7 Relator Marco Aurélio. Ainda não julgada.

8 Relator Joaquim Barbosa. Medida liminar concedida em 19/06/2012.

9 Relator Joaquim Barbosa. Medida liminar concedida em 29/06/2011.

# CONTRIBUIÇÃO DA RESERVA LEGAL PARA UM AMBIENTE SUSTENTÁVEL

Elaine Cristina Moreira<sup>1</sup>

Ângela Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo pretende apresentar a das funções ambientais da correta preservação das áreas destinadas à Reserva Legal (conservação de espécies da fauna e flora, regime dos recursos hídricos) a partir de conceitos jurídicos e de conceitos de outras disciplinas. Para tanto, recorda-se a origem do instituto da Reserva Legal na legislação brasileira, desde o Brasil Colônia até a atualidade. Além disso, são apresentadas visões de disciplinas como a geografia e a biologia, para ampliar o sentido das funções ambientais desse Espaço Especialmente Protegido. Finalmente, o estudo apresenta a tendência legislativa nacional do Direito Florestal, realizando uma análise comparativa com o dispositivo legal ora em vigor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código Florestal; Reserva Legal; Função Ambiental

Área de Interesse: Direito Ambiental, Direito Constitucional.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Em meados do século XIX, quando da revolução industrial, desenvolvimento era sinônimo de expansão fabril e incentivo ao consumo. A importância das atividades desenvolvidas estava na construção de uma infra-estrutura eficiente, capaz de extrair da matéria prima o seu maior aproveitamento.

Tratava-se de período em que o homem se relacionava com o meio ambiente privilegiando a perspectiva econômica, o que resultou em uma série de impactos negativos à natureza.

A mudança de paradigma começou a ser formulada com a constatação dos impactos negativos ao meio ambiente, e com o início das discussões de alternativas de desenvolvimento, que levassem em consideração os prós e os contras do uso dos recursos naturais. Essas discussões culminaram nos movimentos ecológicos dos anos 70, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa.

Na pauta dos discursos observou-se a desigualdade entre o que o homem deseja e o que a natureza pode oferecer, e quebraram-se paradigmas relacionados a muitas fontes, anteriormente consideradas inesgotáveis, que na verdade não o são. Essas e outras discussões estão contribuindo até hoje para novas posturas frente à relação homem-natureza.

Por consequência dessa mudança de pensamento, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Estocolmo, Suécia, em 1972, ocasião em que o termo desenvolvimento sustentável foi apresentado oficialmente como expressão de desenvolvimento, de acordo com os estudos da economista polonesa Ignacy Sachs.

A Expressão foi primeiro divulgada pelo chamado Relatório

Brundtland (Nosso futuro comum) de 1987, fruto da reiterada adoção do conceito no início dos anos 80 pelos relatórios da União Internacional para a Conservação da Natureza.

No referido relatório, o desenvolvimento sustentável é definido como aquele que atende às necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas.

Com as discussões provocadas pela Eco-92, (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro) e em 2002, pela Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, (Rio+10), ocorrida em Johannesburgo (África de Sul), ampliou-se o conceito sobre o desenvolvimento sustentável, elaborando-se o já consolidado tripé da sustentabilidade ou "triple bottom line".

Nesse tripé estão contidos os aspectos econômicos, ambientais e sociais, que devem interagir, de maneira equilibrada, para a promoção do desenvolvimento sustentável.

Na prática, para alguns autores, o conceito de desenvolvimento sustentável deve abranger as seguintes dimensões: a sustentabilidade social; a sustentabilidade ecológica; a sustentabilidade econômica; a sustentabilidade espacial; a sustentabilidade político-institucional e a sustentabilidade cultural.

A implementação de medidas que possibilite a sustentabilidade, nas referidas dimensões, deve contar com a participação conjunta e ordenada do Poder Público e da sociedade civil.

No que tange à intervenção do Poder Público, a legislação cumpre um papel importante na promoção da sustentabilidade, quando estabelece obrigações e penalidades, resguardando as

situações de fato, orientando e conduzindo as ações da iniciativa privada.

Não por acaso a Constituição Federal (discutida pela Assembleia Constituinte no mesmo período em que o conceito de desenvolvimento sustentável havia sido publicado) prevê, em seu art. 225, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como um Direito Fundamental, e destina ao Poder Público uma série de incumbências para a promoção da sustentabilidade.

Dentre essas incumbências está a de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, locais que em razão da riqueza de seus atributos não poderão sofrer alterações que não forem previstas em lei. Os Espaços Especialmente Protegidos devem ser vistos como instrumentos fundamentais para consolidar o desenvolvimento territorial sustentável.

Dentre os diversos espaços especialmente protegidos apontados vamos nos ater ao instituto da Reserva Legal.

## **2 ORIGEM DO INSTITUTO RESERVA LEGAL**

Inicialmente, a preocupação e a atenção dedicadas às florestas revestiam-se de caráter eminentemente econômico, não se levando em consideração questões preservacionistas ou outras imbuídas de uma consciência ecológica.

Com a escassez da madeira no mercado interno e para exportação, "em 1821, José Bonifácio determinou que todas as propriedades afastadas dos grandes centros urbanos deveriam preservar 1/6 de sua área, equivalente a 16,67%"

Em se tratando de edição de normas Constitucionais voltadas à proteção ambiental, como mencionado, verificou-se uma mudança gradativa de mentalidade ao longo dos anos, culminando no surgimento do primeiro Código Florestal Brasileiro, aprovado pelo Decreto 23.793, de 23 de Janeiro de 1934.

O Contexto dessas mudanças era: o aumento das lavouras de café, o aumento da pecuária extensiva, a introdução do eucalipto e a diminuição de araucárias no sul do País.

Na vigência da Constituição Federal de 1946 surgiu o mais importante instrumento da Política Ambiental Brasileira voltado para a proteção das florestas: O Código Florestal Brasileiro, instituído pela Lei nº 4.771 de 15 de Setembro do ano de 1965 e estabelecido com base no regime constitucional de 1946.

Uma das razões da publicação da nova lei foi a dificuldade de aplicação da norma anterior.

No Brasil dos anos 70, era claro o paradoxo existente entre a necessidade de proteção ao meio ambiente e a idéia de desenvolvimento econômico, imaginando-se que proteção ambiental e crescimento econômico eram auto-excludentes e por isso a idéia dominante era de que "qualquer composição entre os dois, en-

volveria uma troca: mais qualidade ambiental significaria menos crescimento econômico"

Ressaltam-se as modificações introduzidas pelas leis 7.803/89 e 7.875/89, bem como pela Medida Provisória nº. 2.166-67/01.

O tramitou no Congresso Nacional a proposta de um novo Código Florestal que deu origem a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. A proposta surgiu em um contexto semelhante ao vivenciado quando da publicação da Lei 4.771.

Uma das motivações para a modificação seria o fato de o Código Florestal anterior ser largamente desrespeitado. Segundo Girardi e Fanzeres, mais de 80 milhões de hectares de terra no país estão em situação de não conformidade com o Código.

Dentre os pontos considerados mais polêmicos do Novo Código Florestal existem alguns particularmente críticos: as normas para as Áreas de Preservação Permanente (APP) - que incluem as matas ao longo dos rios e a vegetação em morros e serras -, as definições acerca de Área de Reserva Legal (ARL) - porções de vegetação nativa que devem ser mantidas no interior das propriedades - e a responsabilização por desmatamentos irregulares.

## **3 NATUREZA JURÍDICA DA RESERVA LEGAL**

A denominação de "Reserva Legal" somente veio a partir da Lei 7.803, de 18 de julho de 1989. O referido conceito apresentava natureza ontológica bem diversa da definição atual, explicando a Reserva Legal simplesmente como sendo a área de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso.

Hoje, com as modificações introduzidas pela Medida Provisória 2.166/2001, a Reserva Legal encontra-se definida pelo art. 1º, § 2º, III, do Código Florestal, sendo denominada como "área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuando a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas".

O Código Florestal em vigor define, em seu artigo 16, que as florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de Reserva Legal, no mínimo:

I - 80% (oitenta por cento), na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - 35% (trinta e cinco por cento), na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada



na mesma microbacia;

III – 20% (vinte por cento), na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV – 20% (vinte por cento), na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

#### **4 FUNÇÃO SOCIAL DA RESERVA LEGAL**

A propriedade rural, como meio de produção, deve servir ao homem na medida de sua necessidade. Todavia, a função social impõe observar o modo como dela se extraem os produtos e benefícios. A apropriação dos bens ambientais, como a água e as florestas privadas, sujeita o usuário a dar-lhes destinação ambientalmente adequada, visando a um objetivo maior, qual seja, o bem-estar coletivo.

A Reserva Legal permite o reconhecimento da função social da propriedade rural, princípio fundamental para a proteção do meio ambiente, dos ecossistemas, da biodiversidade e da produção natural de água, elementos essenciais à sadia qualidade de vida e a sustentabilidade para nossas comunidades atuais e futuras.

A função social, concomitantemente com a sustentabilidade, encontra-se, portanto, necessariamente atrelada à questão atinente à instituição da Reserva Legal da propriedade rural, visto que se constitui em importante instrumento de utilização adequada dos recursos naturais e de preservação ambiental.

#### **5 FUNÇÕES AMBIENTAIS DA RESERVA LEGAL**

A Reserva Legal, dadas as suas características, possui inúmeras funções ambientais. Por essa razão, a imposição de conservação desses espaços torna-se instrumento necessário para garantir o exercício das funções ambientais.

Nesse sentido, embora esclarecida a necessidade de atendimento as funções sócioambientais da propriedade, previstas no ordenamento jurídico, ressalta-se a importância de enumerar as possíveis funções ambientais da Reserva Legal, conhecidas por estudiosos do meio ambiente, ecologia e biologia, como forma de contribuição de uma visão sustentável da necessidade de preservação desse espaço protegido por lei.

As funções ambientais foram agrupadas em quatro categorias principais por De Groot, R.S., 1992:

**Regulação:** regular processos ecológicos essenciais, contribuindo para a saúde do ambiente e sustentabilidade ambiental e econômica de uma região.

**Suporte:** decorre da capacidade de prover espaço e substrato adequado para atividades humanas

**Produção:** decorre da capacidade de prover recursos para o uso industrial, diferentes fontes de energia e recursos genéticos e

de Informação: decorre da capacidade de contribuir para a manutenção da saúde mental, provendo oportunidades de conhecimento de belezas cênicas e do valor histórico, por exemplo.

Sob o ponto de vista das funções ambientais de regulação pode-se perceber que a Reserva Legal contribui diretamente com a conservação do clima, uma vez que o aumento da densidade da vegetação favorece o micro clima.

Além disso, evita-se um número maior de queimadas, e se favorece o seqüestro do carbono, retirando o excesso de CO<sub>2</sub> e outros gases emitidos, devido à queima dos combustíveis fósseis não renováveis.

Outras funções beneficiadas pela Reserva Legal são as de melhor escoamento da água, evitando inundações, maior conservação do solo, evitando-se a erosão. O instituto também promove a melhor conservação dos recursos hídricos, uma vez que, quando associada às Áreas de Preservação Permanente, próxima a cursos d'água e nascentes, vai garantir a conservação e o aumento do volume da água.

Quando se permite o uso da área destinada à Reserva Legal, sob regime de manejo florestal sustentável, sem que se descaracterizem ecologicamente os recursos florestais e os ecossistemas, é para que se produza recursos de primeira necessidade (medicamentos, energia, alimento, etc...) sem que se deixe de preservar outros de igual importância (oxigênio, oferta de água, etc...), esse Espaço Especialmente Protegido relaciona-se diretamente com a Função de Produção.

A Reserva Legal também possui a função de informação na medida em que estará associada a práticas religiosas em certas regiões do Brasil, oferecendo espaço e materiais, e, principalmente porque servirá para as gerações vindouras como testemunho da vegetação existente, diante de processos produtivos que provocam a alteração das paisagens naturais.

A perda das funções ambientais pode resultar em danos irreversíveis aos ecossistemas sendo necessário o investimento de energia e dinheiro para se recuperar, mitigar ou substituir as funções afetadas. Além disso, pode-se falar em perda da qualidade de vida, identidade cultural e desenvolvimento científico.

Para Cangussu, (2010) a Reserva Legal se apresenta como uma excelente opção para preservação da biodiversidade e como compensação ambiental pela grande expansão prevista das monoculturas da cana-de-açúcar, da soja e até do eucalipto. Este se apresenta como fonte renovável de energia para as siderúrgicas e produção de celulose.

#### **6.TENDÊNCIAS DO DIREITO FLORESTAL**

Dado o esclarecimento das funções sociais e ambientais da reserva legal e o atual panorama histórico da legislação brasileira

a respeito, o que passaremos a fazer é uma comparação entre as disposições do antigo Código Florestal em Vigor e os a principais Modificações Propostas pelo Novo Código Florestal, especialmente no que tange a Reserva Legal.

A Lei Federal 4.771/65 determina que toda propriedade rural deve preservar parte de sua área a título de Reserva Legal, entretanto, segundo o § 6º do artigo 12 do Novo Código Florestal: "Os empreendimentos de abastecimento público de água não estão sujeitos à constituição de Reserva Legal."

Ainda segundo § 7º do artigo 12 do Novo Código definiu-se que não será exigido Reserva Legal relativa às áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações, ou seja, instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

Ressalta-se que segundo o artigo 67 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores à previsão legal, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

As porcentagens obrigatórias de preservação na área da Amazônia legal segundo o Código Florestal anterior eram de 80% nas áreas de florestas, 35% nas áreas de cerrado, sendo limitada a possibilidade de compensação nesse último caso.

Na Lei é prevista outro tipo de vegetação característica na área da Amazônia Legal, a área de Campos Gerais, local em que deve ser preservada apenas 20% da propriedade rural.

O § 4º do artigo 12 do Código aprovado na Câmara dos Deputados ainda permite, nos casos de preservação de 80% da Região Amazônica que o poder público reduza a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), para fins de recomposição, quando o Município tiver mais de 50% (cinquenta por cento) da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e terras indígenas demarcadas.

É ainda previsto no § 1º do artigo 12, da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, em caso de fracionamento do imóvel rural, a qualquer título, inclusive para assentamentos pelo Programa de Reforma Agrária, será considerada, para fins de reserva legal, a área do imóvel antes do fracionamento.

O Novo Código Florestal determina no seu art. 13 que quando indicado pelo Zoneamento Ecológico-Econômico – ZEE estadual, realizado segundo metodologia unificada, o poder público federal poderá:

I - reduzir, exclusivamente para fins de regularização da área rural consolidada, a Reserva Legal de imóveis situados em área

de floresta localizada na Amazônia Legal para até 50% (cinquenta por cento) da propriedade, excluídas as áreas prioritárias para conservação da biodiversidade, dos recursos hídricos e os corredores ecológicos;

II – ampliar as áreas de Reserva Legal em até 50% (cinquenta por cento) dos percentuais previstos nesta Lei, para cumprimento de metas nacionais de proteção à biodiversidade ou de redução de emissão de gases de efeito estufa.

Quanto aos critérios de localização da Reserva Legal, a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 retira a possibilidade de estabelecimento por meio do Plano Diretor Municipal, consolida a necessidade de atendimento ao zoneamento ecológico-econômico e a formação de corredores ecológicos, e inclui outros critérios como: a) áreas de maior importância para a conservação da biodiversidade; e b) áreas de maior fragilidade ambiental.

O Novo Código Florestal permite no artigo 15 o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel sem estabelecer percentuais como antigo Código Florestal, no entanto o novo diploma legal estabelece algumas restrições:

- O benefício previsto não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;

- A área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme declaração do proprietário ao órgão estadual ou municipal integrante do Sisnama; e

- O proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no cadastro ambiental.

O artigo 17 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 propõe que a Reserva Legal deva ser conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

A Lei mencionada propõe o registro da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural, devendo ser acompanhada de indicação de suas coordenadas georreferenciadas ou memorial descritivo contendo pelo menos um ponto de amarração georreferenciado, sendo vedada a alteração de sua destinação nos casos de transmissão a qualquer título, desmembramento ou retificação da área.

A Norma procurou ressaltar no seu artigo 19 que a inserção do imóvel rural em perímetro urbano, definido mediante lei municipal não, desobriga o proprietário ou posseiro da manutenção da área de Reserva Legal, que só será desaverbada concomitantemente ao registro do parcelamento do solo para fins urbanos.

Ainda é possível, segundo a Lei o manejo florestal sustentável da vegetação da Reserva Legal com propósito comercial, desde que atenda a requisitos específicos e mediante autorização do órgão competente.

A Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 ainda pretende criar um Programa de Regularização das Áreas de Reserva Legal.

Nesse plano, o proprietário rural pode regularizar-se mediante adesão ao Programa de Regularização Ambiental, adotando as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente: a) recompor a Reserva Legal; b) permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal e c) compensar a Reserva Legal.

A compensação, segundo a lei, passaria a ser permitida dentro do mesmo bioma, e não dentro da mesma bacia hidrográfica como o Código Florestal anterior.

A Norma em vigor cria ainda o Cadastro ambiental que ambiental previsto que impede a autuação do proprietário rural irregular por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008 na respectiva propriedade ou posse, referentes a supressão irregular de vegetação nativa em Áreas de Preservação Permanente, áreas de Reserva Legal .

Além disso, a partir da data da inscrição no cadastro ambiental, ficam suspensas a cobrança das multas decorrentes de infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008 na respectiva propriedade ou posse, referentes a supressão irregular de vegetação nativa em Áreas de Preservação Permanente, áreas de Reserva Legal.

O cadastro ambiental, quando feito no prazo correto, também impediria que fosse imposta aos proprietários ou possuidores rurais sanção administrativa, inclusive restrição a direitos, em razão da não averbação da área de Reserva Legal.

O Novo Código Florestal propõe em capítulo específico a criação " Do Programa de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente". Dentre esses instrumentos estaria a possibilidade de transformar a conservação voluntária de vegetação nativa, preservação de espécies raras da flora e recomposição de Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal em incentivos econômicos, pela prática de serviços ambientais.

## 7 CONCLUSÃO

A Reserva Legal passou a ocupar um papel de preservação ambiental;

As edições do Código Florestal sempre estiveram permeadas de polêmicas envolvendo o setor produtivo e movimentos ambientalistas;

É de extrema importância reconhecer e estudar as funções ambientais da Reserva Legal;

Ainda que tenha ocorrido uma evolução significativa no conceito de Reserva Legal, o novo código florestal parece flexibilizar o uso deste instituto.

## 8 REFERÊNCIAS

ABREU, Mônica Cavalcanti Sá de; RADOS, Gregório Jean Varvakis; FI-

GUEIREDO JUNIOR, Hugo Santana de. *As pressões ambientais da estrutura da indústria*. RAE electron., São Paulo, v. 3, n. 2, Dec. 2004 . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1676-56482004000200002&lng=en &nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-56482004000200002&lng=en &nrm=iso). (Acesso em 03 Maio de 2009)

AHRENS, S. *O instituto jurídico da reserva (ambiental) legal: conceito, evolução e perspectivas*. Monografia de Graduação em Direito. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Curso de Direito, 2001. 58f.+anexos.

ALVARENGA, Luciano José. *Reserva Legal e conservação dos domínios ecológico-florísticos brasileiros: argumentos biológicos e jurídicos para uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Revista de direito ambiental, v. 13, n. 51, p. 166-184, jul./ set. 2008.

ALVIM, Arruda. *Reserva florestal legal: evolução legislativa: princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito: função social da propriedade*. Revista forense,

ANDRADE e SILVA JB de José Bonifácio de Andrade e Silva. *Organização e introdução de Jorge Caldeira*. São Paulo. Editora 34, 2002. 272p

ANTUNES, PB. *Direito Ambiental*. 7ed. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2004 1160p.

BARRICHELLO, Davi Augusto. *A Reserva Legal florestal na propriedade rural*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 41-60, out./ dez. 1996.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 41-60, out./ dez. 1996.

BRASIL (CONSTITUIÇÃO 1988). Emenda n.45. *Vade mecum acadêmico-forense*. São Paulo: Vértice, 2005. 1754p. + (Legislação acadêmico-forense).

BRASIL; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 27 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. xiv, 331 p.

CANGUSSU, Iolelson Pinheiro Cangussu *A Função Ambiental das Reservas Legais*, disponível em <http://www.agrisustentavel.com/artigos/reserva.html> (Acesso em 17 de agosto de 2011)

CARVALHO, Carlos Gomes de. *Legislação ambiental brasileira*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2002.

- Comunicado IPEA nº 96, *Código Florestal: Implicações do PL 1876/99 Nas Área de Reserva Legal* 8 de junho de 2011, Disponível em [http://wwf.org.br/natureza\\_brasileira/reducao\\_de\\_impactos2/temas\\_nacionais/codigoflorestal/estudos\\_e\\_publicacoes/](http://wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/temas_nacionais/codigoflorestal/estudos_e_publicacoes/). (Acesso em 30 de julho de 2011).
- COSTA, Francisca Pinheiro da Silveira. *Áreas legais de preservação (APP e RL) do Município de Engenheiro Coelho-SP: distribuição espacial e situação sócio-econômica visando um plano de intervenção*. Tese de Doutorado em Ecologia de Agroecossistemas, ESALQ/CENA Universidade Estadual de São Paulo, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/91/91131/tde-25112008-101622/>. (Acesso em: 12 de agosto de 2011).
- De Groot, R.S. (1992). *Functions of Nature: Evaluation of nature in environmental planning, management and decision making*. Groningen, the Netherlands: Wolters Noordhoff BV.
- DEAN, Warren. *A ferro e fogo-A História e a Devastação da Mata Atlântica Brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, 484 p.
- DELALIBERA, Hevandro C. et al. *Alocação de Reserva Legal em propriedades rurais: do cartesiano ao holístico*. Rev. bras. eng. agríc. ambient., Campina Grande, v. 12, n. 3, June 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-43662008000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-43662008000300010&lng=en&nrm=iso). (Acesso em: 03 maio 2009)
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- Educação Ambiental. Disponível em: <http://www.educarede.org.br/>. (Acesso em: 06 out. 2010).
- FERRAZ, Sérgio. *Direito ecológico: perspectivas e sugestões*. In: Revista da Consultoria Geral do RS. Porto Alegre, 1972.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000. 256 p.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3.ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. 337 p.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável / Handbook of environment legislation and applicable laws*. São Paulo; Max Limonad; 1997. 577 p.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2.ed. rev.; ampl.; e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Reserva Legal florestal*. Revista de Direitos Difusos. v. 6, n. 31, maio./ jun. 2005.
- MAGALHÃES, Juracy Perez. *Comentários ao código florestal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: J. Oliveira, 2001.
- MENDONÇA, Francisco. *Geografia e meio ambiente*. 6 ed. São Paulo: Contexto, 2002.
- METZGER JP. *Bases biológicas para a 'Reserva Legal'*. Ciência Hoje vol. 31, p.48-9.2002.Disponível em : online:<http://www.uol.com.br/cienciahoje/chmais/pass/ch183/opiniaopdf>. (Acesso em: 03 maio 2009).
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente* : doutrina, jurisprudência, glossário. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código florestal comentado: com as alterações da lei de crimes ambientais, Lei nº 9.099/95* . 2. ed. São Paulo: Atlas 274 p.
- PACCAGNELLA, Luis Henrique. *Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal*. Revista de direito ambiental, v. 2, n. 8, p. 5-19, out./ dez. 1997.
- RANIERI, Victor Eduardo Lima. *Reservas legais: critérios para localização e aspectos de gestão* Tese de Doutorado em Engenharia Universidade de São Paulo (USP), São Carlos; [2004]. Disponível em: <http://www.bv.fapesp.br/dissertacoes-teses/5342/reservas-legais-criterios-localizacao-aspectos-gestao/>.
- ROCHA, Renata Rodrigues de Castro. *Análise das Limitações do Direito nas Soluções de Conflitos Ambientais: A Aplicação de Sistemas de Informações Geográficas A Processos Judiciais*. Dissertação Mestrado Ciências Florestais, Universidade Federal de Viçosa. 2009 Disponível em: [http://www.tede.ufv.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2067](http://www.tede.ufv.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2067). (Acesso em: 03 maio 2009).
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. Vol I - Parte Geral,São Paulo: Max Limonad, 2002.
- SALATI, Eneas; SANTOS, Ângelo Augusto dos; KLABIN, Israel. *Temas ambientais relevantes*. Estud. av., São Paulo, v. 20, n. 56, Apr. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142006000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000100009&lng=en&nrm=iso). (Acesso em 3 de maio de 2009)
- SANTOS, J. E. et al. *The value of the Ecological Station of Jataí's ecosystem services and natural capital*. Rev. Bras. Biol. [online]. 2001, vol.61, n.2, pp. 171-190. ISSN 0034-7108.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003
- Substitutivo do PL *SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.876, DE 1999* (Apenso os Projetos de Lei 4524/2004, 4091/2008, 4395/2008, 4619/2009, 5226/2009, 5367/2009, 5898/2009, 6238/2009, 6313/2009, 6732/2010).
- TRENNEPOHL, Curt. *As sanções administrativas aplicáveis pela falta de averbação da Reserva Legal: Constitucionalidade e legalidade do art. 55 do Decreto nº 6.514/08*. Forum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, v.8, n. 44, p.9-14, mar./abr. 2009.

VAN DE STEEG, Jeannette Antoinette et al . *Environmental impact of the Brazilian Agrarian Reform process from 1985 to 2001*. Sci. agric. (Piracicaba, Braz.), Piracicaba, v. 63, n. 2, Apr. 2006 . Disponível em:[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-0162006000200010&lng=en &nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0162006000200010&lng=en &nrm=iso)>. (acesso em 3 de maio 2009)

VIANA, Eder Cristiano. *Análise Jurídico Dogmática da Legislação Florestal e do Direito ao Ambiente Frente à Função Social da Propriedade*. Faculdade de Direito Viçosa/MG, 2004.

VIEIRA, Fernando Grella. *A Reserva Legal como condição de exploração das florestas privadas*. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 83, n. 701, p. 30-33, mar. 1994

#### **NOTAS DE FIM**

1 Mestranda em Sustentabilidade Sócio-Econômica e Ambiental UFOP, Advogada.

2 Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil.

# DIREITO PENAL DAS MÍDIAS SOCIAIS

Grégore Moreira de Moura<sup>1</sup>

RESUMO: O presente texto aborda a questão do Direito Penal das Mídias Sociais, dando destaque a aspectos relacionados aos movimentos criminológicos, bem como o conflito gerado entre os princípios constitucionais envolvidos, notadamente o princípio da liberdade de expressão de um lado e os princípios da proteção à honra, intimidade e veracidade da informação de outro. Além disso, aborda a questão do papel da mídia e sua influência no Direito Penal contemporâneo, dando destaque ao cometimento de crimes pelas redes sociais como o Facebook e as implicações jurídicas a ela relacionadas. Por fim, propõe algumas soluções, para que se tente minorar o problema da criminalidade por meio eletrônico, tocando na responsabilidade dos provedores e na premente necessidade de mudança cultural e comportamental dos usuários e fomentadores das mídias sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Mídias sociais, informação, Facebook.

ÁREA DE INTERESSE: Direito penal.

## 1 INTRODUÇÃO

As ciências penais tem por objeto o estudo das diversas áreas ligadas ao crime, isto é, abarcam não só a dogmática jurídico-penal (conjunto de normas jurídico-penais), mas também a criminologia (ciência causal – explicativa que estuda o crime como fenômeno social) e a política criminal (análise meta-jurídica que visa a tomada de posição diante das várias opções legislativas e executivas, a fim de promover um Direito Penal mais efetivo).

Desta feita, o operador do Direito deve estar sempre atento às mudanças sociais e comportamentais da sociedade, já que elas influenciam nas três esferas supracitadas e, por conseguinte, determinam condutas, estudos e políticas criminais.

O objeto deste trabalho é analisar o fomento e o crescimento das discussões penais, impulsionados pelas mídias sociais, dando um destaque especial para o Facebook, o qual tem evidenciado uma preferência pelo movimento de lei e ordem, calcado numa ideia leiga e muitas vezes falsa do Direito Penal como solução para todos os problemas de criminalidade do país.

Além disso, analisar-se-á a questão da criminalidade cometida pelos meios eletrônicos, especialmente através das redes sociais.

## 2 SISTEMA PENDULAR

O legislador penal brasileiro, muitas vezes influenciado pela imprensa e pelas mídias sociais, oscila entre dois movimentos que podemos resumir no movimento de lei e ordem e no direito penal mínimo.

O primeiro (law and order) prega a criminalização de condutas e defende o Direito Penal como *"prima ratio"*, ou seja, como forma de resolver todos os conflitos sociais, baseado numa legis-

lação penal dura e expansiva. Como exemplo cita-se os movimentos que defendem a pena de morte, a rotulação de novos crimes como hediondos, dentre outros. Normalmente fica em evidência quando há um crime bárbaro ou de repercussão nacional.

Já o segundo movimento, chamado de Direito Penal Mínimo consagra a ideia de que as causas do crime não se resumem a falhas legislativas, por isso defende a despenalização e descriminalização de condutas menos graves, deixando o Direito Penal atuar somente em condutas que ofendam sobremaneira a convivência social, ou seja, baseia-se no princípio da intervenção mínima, na busca de uma legislação penal mais enxuta e efetiva. Como exemplo cita-se a Lei 9.714/98 que tratou das penas restritivas de direito, a Lei 9.099/95 que trouxe tratamento diferenciado aos crimes de menor potencial ofensivo, dentre outros.

O que tem predominado nas mídias sociais é o primeiro movimento, até porque despertam maior interesse na população, que movida por discursos acalorados nos programas policiais na TV ou nas fotos horrendas em jornais impressos, pedem maior participação estatal e mudanças urgentes e imediatas na legislação penal para recrudescer as penas, sem qualquer embasamento técnico-jurídico ou científico. Normalmente, mudanças legislativas feitas nesses momentos, culminam em leis inconstitucionais<sup>2</sup>, sem qualquer técnica e muitas vezes com impossibilidade prática de aplicação.

Qual seria então a solução? Criminalizar ou descriminalizar? Recrudescer ou diminuir as penas?

A solução aparente talvez fosse criminalizar crimes do colarinho branco e outras condutas realmente graves e descriminalizar condutas que os outros ramos do direito podem coibir com

efetividade, como as contravenções penais e diversas condutas criminosas como o artigo 164 do CP (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia). Todavia, não é fácil atingir tal desiderato, já que este tipo de conduta não gera audiência e nem possui viés mercadológico, o que esbarra numa mudança de ótica e papel das mídias sociais.

### 3 PAPEL DA MÍDIA

A mídia tem um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, já que permite o livre exercício da informação, investigação e fiscalização dos poderes da República<sup>3</sup>. Não é à toa, que muitas políticas públicas são alteradas pelas denúncias providas pela imprensa, principalmente nos casos de corrupção, desvio de verbas públicas e abuso de poder econômico.

Ocorre que, nem sempre, a mídia exerce esse importante papel de serviço aos princípios democráticos. Muitas vezes ela fomenta um sentimento falso de impunidade, além de macular princípios jurídicos penais como a presunção de inocência, a intimidade, a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa, dentre outros.

Quando se trata da comunicação de massa, a situação é ainda mais grave, já que diante de um sem número de informações, as pessoas menos esclarecidas tendem a acreditar piamente na “verdade” emitida pelos meios de comunicação, sem qualquer viés crítico, o que gera condenações antecipadas e falsos juízos de valor.

Como aduz Joel Eliseu Galli:

*Portanto, ao que tudo indica, a opinião da massa de acossamento forçando os limites do julgamento técnico/estatal em situações de vultosa animosidade social enfraquece, de maneira comprometedora, os critérios do próprio julgamento, transformando-o, por conseguinte, na renovação simbolizada do mar de outrora.*

*Dito de outro modo, o forte apelo popular formado nos bastidores dos julgamentos célebres (Nardoni, Lindemberg Alves, entre outros tantos) obscurece a verdade cuja captura é indispensável à manifestação de um julgamento racionalizado e objetivo, privilegiando-se a paixão nascida do acossamento que culmina por identificar os acusados no grupo dos maus e os emissores de opinião no grupo dos bons. A partir de então, o fato perde a importância, corrompendo-se em meio a um emaranhado de opiniões com o potencial de sobrepor-se à realidade. No que toca à função da mídia enquanto elemento veiculador e catalisador desse fenômeno de opinião substitutivo do antigo resultado oriundo da formação da massa de acossamento (a morte da vítima),*

*possível notar a inclinação a um sacrifício da verdade em benefício do potencial lucrativo derivado da audiência ou da demanda por novas opiniões aptas a reforçar os objetivos da massa de acossamento virtual, situação que faz recordar a expressão de Hobbes reproduzida por Hannah Arendt, sustentando que somente a verdade que não se apõe ao lucro e ao prazer humano é desejada<sup>4</sup>.*

Ao contrário, quando há uma absolvição ou ausência de provas quanto à autoria de crime, nunca há a mesma divulgação na mídia, pelo menos com o objetivo de tentar recuperar a imagem e honra dos envolvidos<sup>5</sup>.

Portanto, cabe a imprensa, como verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito e instrumento de controle social, exercer sua real função de fiscalização e informação, fundamentada na liberdade de expressão sim, mas preocupada com a defesa da honra, da intimidade, e de outros princípios constitucionais e, principalmente, levar ao cidadão informações juridicamente verdadeiras, para que haja um julgamento justo sem a perniciosa influência das massas, o que exige uma mudança radical de comportamento nos meios midiáticos.

### 4 O CASO ESPECIAL DO FACEBOOK

O facebook é um site e serviço de rede social, o qual permite o usuário utilizar de diversas modalidades de serviços, além de poder criar sua conta ou sua fan page, tendo espectro mundial, devido aos sucessivos compartilhamentos e ligações<sup>6</sup>.

Ao nos divertimos com as postagens inseridas pelos usuários, não temos ideia da dimensão que os mesmos podem atingir, já que milhões de pessoas ao redor do mundo podem visualizá-los, em virtude da rede de contatos existentes.

Como podemos observar na nota supra, o Facebook atingiu em 2012 a marca expressiva de usuários, isto é, qualquer membro com um número razoável de amigos, pode multiplicar a informação postada para milhares de pessoas.

Assim, sem dúvida alguma, o Facebook é uma forma de comunicação em massa e, portanto, pode gerar efeitos positivos e negativos na seara penal.

O problema é que, por mais que haja políticas de proteção e privacidade no site supramencionado, a verdade da informação passa a ser não controlada, principalmente, quando se trata de matéria penal.

Vemos protestos interessantes por nobres causas no Facebook, mas também vemos ofensas irrestritas à honra, à intimidade, condenações sem processo e manifestações calcadas em mentiras<sup>7</sup>, o que pode incitar a população ao cometimento de

condutas irracionais e violentas, com base em falsas premissas e muitas vezes juridicamente inviáveis como a pena de morte em tempo de paz no Brasil.

Com efeito, no mais das vezes, os usuários do Facebook, talvez por falta de conhecimento técnico e premidos pela emoção de determinados fatos sociais, fomentam e pulverizam o movimento de lei e ordem, isto é, pregam a busca incessante de um Direito Penal baseado na punição excessiva, na ausência de direitos dos acusados e, principalmente, no tratamento do criminoso ou do suposto criminoso como réu condenado, em afronta total aos mais comezinhos direitos constitucionais.

De todo o exposto, tendo em vista a evolução jurídica em relação aos direitos surgidos da era eletrônica, há que se pensar uma forma de evitar e responsabilizar os usuários de redes sociais que propalam ofensas reiteradas a princípios constitucionais, muitas das vezes, passando de manifestantes indignados a criminosos<sup>8</sup>.

Não é a toa que nos crimes contra a honra tipificados no Código Penal Brasileiro, em caso de calúnia, não se pune somente o agressor direto, mas também aquele que propala ou divulga o falso fato definido como crime, nos termos do art. 138, § 1º, CP.

Cabe a nós, técnicos do Direito, exercer um papel de esclarecimento, inclusive nas redes sociais, para que as falsas informações penais lançadas às redes não prevaleçam sobre a verdade real e garantam aos acusados o mínimo de imparcialidade no julgamento. E aos magistrados e jurados, espera-se que não se deixem levar por notícias sensacionalistas lançadas aos montes nos diversos meios de comunicação social.

Também não menos importante, é o papel dos provedores de internet ou responsáveis pela manutenção desses serviços ou redes sociais, já que devem retirar imediatamente tais informações, mediante monitoramento ou em casos de denúncias feitas pelo próprio usuário<sup>9</sup>.

## 5 ONDE ESTÃO OS PRINCÍPIOS JURÍDICO-PENAIIS?

Como dito alhures, a mídia e as redes sociais têm diuturnamente afrontado os princípios jurídico-penais esculpido na Constituição cidadã, diante de informações incompletas ou falseadas pelo incessante sensacionalismo.

O que se pretende aqui não é fomentar qualquer tipo de censura ou tolher o direito de informação da população brasileira. O objetivo é muito mais óbvio, qual seja: respeitar a Constituição Federal.

Com efeito, malgrado seja livre a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, a própria Carta Magna limita seu uso, para que não haja exercício absoluto de direito.

O que temos visto é exatamente o contrário, ou seja, um massacre exaustivo de informações sobre fatos de grande repercussão nacional, sem qualquer preocupação com a verdade real, com

a imagem e a intimidade das pessoas envolvidas<sup>10</sup>.

Logo, cabe a imprensa ao exercer seu papel de instrumento de controle social, ao prestar uma informação de caráter penal, dizer abertamente em linguagem simples que:

a) Ninguém pode ser considerado culpado, antes que o processo judicial seja concluído;

b) Abertura de inquérito policial contra determinada pessoa não significa que ela é criminosa, já que está apenas sendo investigada.

c) Todos têm direito de defesa e de serem ouvidos antes de serem acusados.

d) Processo judicial não equivale a condenação.

e) Prisão antes da condenação só pode ocorrer em casos excepcionais.

f) A presunção é de inocência e não de culpa.

g) As pessoas têm direito a honra e a intimidade.

h) A opinião pública não é detentora do martelo dos inquisidores.

Portanto, faz-se necessário resgatar os princípios jurídico-penais visto que, todos nós, inclusive a mídia, somos adeptos do movimento de lei e ordem, até o dia que o Direito Penal entra na nossa casa.

Nenhum tipo de autoritarismo ou excesso é bom para o Estado Democrático de Direito, nem mesmo aquele advindo dos meios de comunicação de massa, ainda mais porque esses meios também estão submetidos aos ditames do ordenamento jurídico, ou queremos uma ditadura da imprensa em nome da liberdade de expressão? Pensemos, mas como se o Direito Penal estivesse na nossa casa e com base nos ditames constitucionais, duramente conquistado ao longo de anos.

## 6 O "LABELLING APPROACH"

A mídia também pode se tornar responsável pelo etiquetamento do criminoso padrão, o que influencia sobremaneira na criminalização primária e secundária, gerando preconceitos infundados não só quanto a determinadas pessoas com certas características físicas, mas também que vivem em determinadas regiões marcadas pela criminalidade.

Como aduzem Zaffaroni e Pierangeli:

*"O criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem o poder de etiquetar ('teoria do etiquetamento ou labelling theory') e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização"*<sup>11</sup>.

Nesta esteira, os meios de comunicação de massa, como o já citado Facebook, incute na mente das pessoas a figura do crimino-



so-padrão, o que pode gerar uma seletividade do sistema penal, principalmente direcionado às classes sociais menos favorecidas.

Trata-se de um processo de estigmatização direcionada a determinadas pessoas e classes sociais, responsável por direcionar o comportamento social, para que controle socialmente os menos abastados financeiramente, como ocorre no Brasil de hoje, principalmente com importante fomento da imprensa e mídia em geral.

Ao privilegiar e destacar crimes patrimoniais e casos de homicídio, a mídia não só cria uma sensação de insegurança na população, como traz informações inverídicas e, não raro, irreais sobre as estatísticas criminais, alimentando a seletividade do sistema penal, a fim de que se mantenha a dominação cultural e econômica sobre as classes sociais ditas inferiores, a ponto de surgir um sentimento de guerra contra o criminoso, o que dá ensejo ao que chamamos na técnica de Direito Penal do Inimigo<sup>12</sup>. Agora, portanto, temos o inimigo da mídia, sendo que esta tem grande poder de definição de quem são os criminosos<sup>13</sup>.

## 7 CONCLUSÃO

A questão da liberdade de expressão e manifestação do pensamento em cotejo com outros direitos individuais consagrados na Constituição gera a sempre conturbada análise do conflito de princípios jurídico-constitucionais, o qual deve sempre ser solucionado à luz da proporcionalidade, dos critérios da elasticidade e da preservação do núcleo essencial<sup>14</sup>.

No entanto, no caso do Direito Penal das mídias sociais, a solução passa não só pela resolução material dos conflitos de princípios, mas também pela assunção do papel dos diversos atores sociais envolvidos, bem como a definição das respectivas responsabilidades daí advindas, sejam administrativas, cíveis ou penais.

Neste diapasão é mister que haja um giro cultural nas mídias sociais, para que tenhamos:

a) Responsabilidade do provedor em não divulgar informações falsas ou ofensivas a terceiros, fixando-se prazo para a sua retirada, bem como a veiculação na mesma fonte do direito de resposta ou desagravo;

b) Criação de monitoramento e sistema de denúncias mais efetivos nos sistemas de mídia, para coibir ação de usuários criminosos;

c) Cooperação dos provedores na apuração de crimes, mormente, crimes contra a honra, evasão de divisas, crimes financeiros, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e outros;

e) Emissão de mensagens de alerta aos usuários que propagam ou divulgam ofensas individuais na rede mundial de computadores, principalmente em redes sociais como o Facebook;

f) Respeito aos princípios jurídico-penais, especialmente, o princípio da presunção de inocência, exigindo que as informações sejam completadas com linguagem coloquial sobre a real situação

do acusado, do processo ou da condenação;

g) Criar canal aberto entre o usuário e os diversos canais de mídia, por meio de "ouvidores", para que tornem efetivos os processos de reparação de danos ocorridos por meio da mídia, principalmente, eletrônica.

h) Abertura dos diversos canais de mídia, mormente os de grande inserção social, para que os operadores do Direito possam divulgar as reais funções do Direito Penal e da pena, na busca de uma intervenção mínima e efetiva;

i) Campanha de conscientização dos usuários, mormente no que tange às ofensas proferidas contra a honra nas redes sociais;

j) Fortalecimento dos meios de coerção administrativos e cíveis, a fim de evitar o uso do Direito Penal, na esteira do princípio da subsidiariedade.

Só assim, se garante o correto uso das novas ferramentas tecnológicas e ao mesmo tempo, se preserva os direitos e garantias fundamentais previstas na nossa Constituição da República.

## 8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BERGEL, Jean-Louis. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EVANGELISTA, Márcio e ZACKESKI, Cristina. *O estranho caso do auxílio-reclusão nas redes sociais*. Boletim IBCCRIM, nº 243, fevereiro de 2013. Págs. 14 e 15.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

MOURA, Grégoire Moreira. *Do princípio da co-culpabilidade*. Impetus: Rio de Janeiro, 2006.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

## NOTAS DE FIM

1 Procurador Federal. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Coordenador da Escola da Advocacia Geral da União em MG. Autor do livro *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Editora Impetus, 2006. Endereço eletrônico: gregore.moura@gmail.com.

2 Exemplo disso é a impossibilidade de progressão de regime nos crimes he-

diondos que foi declarada inconstitucional com o julgamento do HC 82959.

3 Diz o artigo 220 da CF.: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

4 GALLI, Joel Eliseu. "A opinião das massas substituindo os critérios de verdade: a transformação do julgamento criminal em acossamento". Disponível em: (<http://www.ibccrim.org.br>). Acesso em 22 de março de 2013.

5 Lembremos do caso da Escola de Base em São Paulo, quando os proprietários foram acusados de abuso sexual e "condenados" pela imprensa, provando-se depois sua inocência, sendo que de longe foi dada a mesma repercussão na mídia. Veja recente notícia sobre o caso em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/55481/passados+18+anos+professora+da+escola+base+a+inda+nao+sabe+quando+vai+receber+indenizacao.shtml>.

6 Segundo Wikipédia: "Facebook é um site e serviço de rede social que foi lançada em 4 de fevereiro de 2004, operado e de propriedade privada da Facebook Inc. [3] Em 4 de outubro de 2012 o Facebook atingiu a marca de 1 bilhão de usuários ativos. [4] Em média 316.455 pessoas se cadastram, por dia, no Facebook, desde sua criação em 4 de fevereiro de 2004. Os usuários devem se registrar antes de utilizar o site, após isso, podem criar um perfil pessoal, adicionar outros usuários como amigos e trocar mensagens, incluindo notificações automáticas quando atualizarem o seu perfil. Além disso, os usuários podem participar de grupos de interesse comum de outros utilizadores, organizados por escola, trabalho ou faculdade, ou outras características, e categorizar seus amigos em listas como "as pessoas do trabalho" ou "amigos íntimos". O nome do serviço decorre o nome coloquial para o livro dado aos alunos no início do ano letivo por algumas administrações universitárias nos Estados Unidos para ajudar os alunos a conhecerem uns aos outros. O Facebook permite que qualquer usuário que declare ter pelo menos 13 anos possa se tornar usuário registrados do site". Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook>, acesso em 22 de março de 2013.

7 Recente caso ocorreu em relação às críticas ao benefício previdenciário de auxílio-reclusão, o que gerou um sem número de protestos, sob o falso fundamento de que é um prêmio para aquele que está preso. Como bem salientaram Márcio Evangelista e Cristina Zackseski em artigo publicado recentemente sobre o tema auxílio-reclusão nas redes sociais: "A informação parcial e errônea divulgada é formadora de opinião e produziu um sentimento de indignação (desejo de convocação de plebiscito), ou seja, a partir de uma visão setorializada e não fundamentada se configura uma imagem negativa do benefício".

8 Recentemente tivemos a divulgação de imagens de um menor de idade no Facebook, autor de ato infracional grave, que culminou na morte de um rapaz, quando da prática de um roubo de telefone celular. Para maiores informações sobre o caso, acesse o link <http://globo.com/rede-globo/jornal-hoje/v/menor-confessa-ter-assassinado-estudante-paulistano-apos-roubo-de-telefone/2511205/>.

9 O STJ tem reconhecido a responsabilidade civil do provedor, se notificado não retirar a página ou ofensa em tempo razoável, hoje fixado em 24 horas após a notificação. Exemplo disso é o AgRg no AREsp 137944 / RS.

10 Há pouco tempo atrás uma famosa atriz teve sua vida íntima exposta aos quatro ventos na rede mundial de computadores, o que inclusive levou o legislador a editar a Lei 12.737/2012, a qual dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 320. Para aprofundamento sobre a teoria do labelling approach, cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. MANNHEIM, Hermann. Criminologia comparada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. II. MOLINA, Antonio García-Plabos; GOMES, Luiz Flávio Gomes. Criminologia. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

12 Para aprofundar sobre o tema, ver JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed - Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

13 Diz Baratta ao se referir ao poder de definição: "Este problema conduz às leis, aos mecanismos e às estruturas sociais objetivas que regulam o poder de definição, a sua distribuição, as modalidades de seu exercício em um dado contexto social, enquanto outros indivíduos e grupos sociais estão submetidos a este poder de definição". BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Pág 110.

14 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

# ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

Rubén Alberto Duarte Cuadros<sup>1</sup>

RESUMEN: La presente conferencia que presento en la Universidad del Brasil, tiene como propósito soslayar los elementos para la construcción de una teoría pragmática del derecho, señalando los avances epistemológicos con recursos lingüísticos tomados desde el pensamiento kantiano, pasando por Habermas y Putnam para el estudio del derecho como realidad mediada en relaciones pragmáticas; y constituida esta realidad de las proposiciones jurídicas de modo intersubjetivo en procesos racionales lingüísticos, que al parecer sólo son posibles de ser esclarecidos en el mundo, con recursos hermenéuticos de la realidad práctica que nos constituyen como sujetos de acción y lenguaje.

PALABRAS CLAVES: Teoría, Pragmática, Lingüística, Derecho, Lenguaje, Razón, Acción, Proposición Jurídica, Realidad Jurídica, Sujeto, Mundo e Intersubjetividad.

ÁREAS DE INTERÉS: Filosofía del Derecho.

---

## 1 HIPÓTESIS:

Quiero asumir hipotéticamente, que sólo existen dos caminos posibles para configurar una teoría jurídica: el primero, que nos conduce a instalarnos en la tradición del positivismo, del formalismo y/o de la dogmática jurídica, cuya contribución más plausible se fundamenta en la idea que el derecho es producto del Estado, y en el que la interpretación del sistema se fija de modo inmanente, es decir, a partir de la existencia positiva de un corpus legislado como expresión de la manifestación de la voluntad del poder legislativo; un segundo camino, nos conduce a un proyecto de "deconstrucción reconstructiva" del derecho, que se fundaría en análisis externos y previos de configuración jurídica, es decir, en una analítica que señalaría que este no es exclusivamente el corpus legislado, sino que es la expresión de categorías de diversa índole, que pasan por aspectos básicos de comprensión epistemológica, sustentados en juicios y "conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad"<sup>2</sup>. Habermas ya ha previsto esta preocupación, al señalar que el derecho incorpora elementos sociales, políticos, históricos, culturales y éticos, los que producen un plus que supera el sistema positivo de contenido legal y que sólo son posibles de hallarse de modo lingüístico pragmático.

## 2. INTRODUCCIÓN:

El asumir hipotéticamente esta presentación del problema, no debe ser considerado como un proyecto de reduccionismo epistemológico; por el contrario, se pretende acotar instancias

de reflexión de lo que es el derecho, es decir, pensar que en el primer camino a seguir, se encontrarían los teóricos que configurarían una teoría homogénea o estándar del derecho de corte positivista. En el segundo camino, estarían ubicados los teóricos del derecho que poseen una visión crítica o heterodoxa, configurada por distintas posturas intelectuales, preocupados por reflexionar en torno a problemas, como la realidad en la que habitan las proposiciones jurídicas, la relevancia de la realidad sociocultural y los fundamentos éticos y morales en los que el sistema de normas se debe comportar.

Podría pensarse que la adopción de estas dos vías es simplificadora, pero por el contrario, se advierten permanentes interrelaciones y pugnas entre "ortodoxos y heterodoxos" del derecho, provenientes de distintas vertientes como el realismo jurídico americano, el neomarxismo de vertiente Frankfortiana, el postestructuralismo, el pluralismo jurídico, el multiculturalismo, las teorías de género y las raciales, el psicoanálisis, el pragmatismo, o el existencialismo. Se presupone la adopción de un modelo epistemológico comprensivo, que permita señalar las diferencias sobre la realidad del derecho, con la adopción del modelo habermasiano, que mediante el "uso pragmático universal del lenguaje", propenda por la construcción de la realidad en la que habitarían las proposiciones jurídicas. Al respecto podemos señalar:

*La realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad "desnuda", sino que ella misma está ya siempre impregnada lingüísticamente. La experiencia con la que controlamos*

nuestros supuestos está estructurada de forma lingüística e incrustada en contextos de acción. Tan pronto como reflexionamos sobre la pérdida de alguna certeza ingenuamente asumida ya no podemos encontrar ninguna clase de enunciados básicos que se legitimen "por sí mismos", es decir, ningún "principio" indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones. El concepto semántico-deductivo de fundamentación se nos queda corto; las cadenas de fundamentación retornan a los contextos de los que habían partido. La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados<sup>3</sup>.

Los procesos de mutación en la comprensión del derecho han llegado a tal punto, que no se puede reducir a una única visión posible, sino que por el contrario, nos exige un proceso de fundamentación en la que se buscaría "refundir y refundar" múltiples visiones en las que habitan los enunciados jurídicos<sup>4</sup> y en los que su verdad o corrección validada, parece que sólo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados aceptados, bien sea por las tradiciones jurídicas de corte europeo continental o la tradición angloamericana que hoy de modo inconsciente aún para muchos, se encuentra refundida y merece ser refundada, es decir, circunscribirla a nuevos modos de esclarecimiento de la comprensión jurídica.

Para el desarrollo de esta iniciativa de esclarecimiento y comprensión jurídica, se ha privilegiado el modelo epistémico de la "pragmática formal o universal de Habermas"<sup>5</sup>, en cuanto permite señalar rupturas paradigmáticas de los enunciados jurídicos, que no se agotan en la ley, sino que amplía su espectro de configuración comprensiva en las creaciones culturales y contextuales, las que se dan en el mundo de la vida. Esta postura, asumida desde tiempo atrás por el pragmatismo, Habermas la amplía de manera epistémica, mediante la incorporación de recursos lingüísticos en el sentido que: "ningún "principio" indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones"<sup>6</sup>. En este punto puede advertirse un encuentro de Habermas, en lo relacionado con la tesis del pragmatismo señalada desde Hilary Putnam, como se ha señalado ya en la cita anterior.

Nos encontramos ante la posibilidad de ofrecer desde Habermas y Putnam, una salida en la que podamos resolver los dilemas suscitados entre lo que hemos definido como concepciones ortodoxas y heterodoxas del derecho, que puedan resolver las contradicciones producidas entre el positivismo, el realismo y el iusnaturalismo; en el sentido de ir perfilando una comprensión "pragmática del derecho", definida en términos lingüísticos, que presuma una reali-

dad fundada en las prácticas de los sujetos poseedores de lenguaje y acción, que en el mundo y en procesos intersubjetivos hacen valer sus concepciones de vida con presupuestos racionales.

### 3 HABERMAS Y EL PROBLEMA DEL REALISMO DESPUÉS DEL GIRO LINGÜÍSTICO PRAGMÁTICO<sup>7</sup>

El modelo expositivo privilegiado para sustentar la hipótesis sugerida, está enmarcada en lo que podemos entender como los elementos epistemológicos, basada en la obra "Verdad y Justificación" de Habermas, texto que él ha definido como un recorrido sobre cuestiones de filosofía teórica, que había abandonado desde "Conocimiento e Interés". Manifiesta además que su trabajo de la pragmática del lenguaje realizado desde la década de los años 70, "no se sostendría sin los conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad"<sup>8</sup>. Con ello quiere asegurar una hermenéutica interpretativa del desarrollo de su quehacer filosófico de la pragmática formal o universal del lenguaje, de la que se fundamenta su teoría de la acción comunicativa. Veamos cómo lo expone Habermas:

*Esta teoría se apoya sobre un concepto de entendimiento (Verständigung) con un alto contenido normativo, opera con pretensiones de validez resoluble discursivamente y con presuposiciones pragmático-formales de "mundo" y remite la comprensión de los actos de habla a las condiciones de su aceptabilidad racional.<sup>9</sup>*

Con lo anterior, se quiere señalar un valor singular para la interpretación del derecho contemporáneo, en cuanto remite de modo particular a la hermenéutica de cualquier teoría jurídica con pretensiones de validez resolubles de modo discursivo y racional. Estos presupuestos pragmáticos del lenguaje, sólo son posibles de ser encontrados en el mundo de la vida en contextos de acción racionalmente normativos. Según Habermas, la pragmática formal contribuía inicialmente a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y de paso, a una teoría de la racionalidad. De estos aspectos no se había ocupado desde los años 70, ahora se propone hacer una formulación de filosofía teórica, pero nos recuerda que en los contenidos de su teoría de la acción comunicativa,

*No se ha guiado ni por el interés de la metafísica del ser del ente, ni por el interés de la epistemología por el conocimiento de hechos y objetos, ni tan sólo por el interés de la semántica por la forma de las aserciones". Afirma además que "la importancia que adquirió el giro lingüístico no tienen para él ninguna relación con estas cuestiones tradicionales de la filosofía"<sup>10</sup>.*

En atención a lo anterior, Habermas, al precisar el contenido de su trabajo filosófico, señala que la pragmática formal era el fundamento de la construcción de una teoría social crítica, capaz de abrir el camino para una concepción de carácter moral, jurídico y político, concebida como una teoría del discurso. Desde esta comprensión, puede decirse que dicho trabajo giró en torno al desarrollo de la razón práctica, a la manera como la entendió Kant<sup>14</sup>. La estrategia adoptada por Habermas ha sustentado cierta parcialidad en su desarrollo hasta ahora, que pretende corregir, mediante los artículos recogidos en el texto *"Verdad y Justificación"*. Cabe señalar que este texto es el producto de trabajos reunidos entre los años de 1996 a 1998, que le ha permitido tomar en consideración puntos de vista del pragmatismo, como lo ha expuesto Hilary Putnam<sup>12</sup>. En este orden de ideas, el punto de apoyo se da a partir de Habermas, quien tiene la pretensión de responder desde una postura filosófico-teórica, a dos cuestiones fundamentales que se señalan a saber:

*Por una parte se trata de la cuestión ontológica del naturalismo: cómo puede compatibilizarse la normatividad –inevitable desde el punto de vista del participante– de un mundo de la vida estructurado lingüísticamente y en el que nosotros, en tanto que sujetos capaces de lenguaje y acción, nos encontramos "siempre ya" con la contingencia de un desarrollo natural e histórico de las formas socioculturales de vida. Por otra parte se trata de la cuestión epistemológica del realismo: cómo tiene que conciliarse el supuesto de un mundo independiente de nuestras descripciones e idéntico para todos los observadores con la idea –que hemos aprendido de la filosofía del lenguaje– de que tenemos vedado un acceso directo –y mediado lingüísticamente– a la realidad "desnuda"<sup>13</sup>.*

En lo concerniente a la pregunta ontológica del naturalismo y lo epistemológico del realismo, que aquí nos interesa relevar para la teoría del derecho contemporáneo, Habermas señala que se ocupará de resolverlas desde la pragmática formal del lenguaje que ha desarrollado hasta el presente, en tanto, procura dar cuenta del trasfondo existente del giro pragmatista en la teoría del conocimiento. En principio, Habermas quiere mostrar cómo el "giro pragmatista" ha transformado la "problemática trascendental de Kant"; en lo sucesivo tratará de mostrar, cómo esta transformación afecta las condiciones ideales del conocimiento posible, en referencia a la arquitectónica de la teoría entre el mundo y lo intramundano. Al acercarnos a este problema, el que es preciso esclarecer, en cuanto de él dependerá el asegurar un conocimiento que se pueda predicar al margen del tiempo y en nuestro caso para la teoría del derecho.

#### 4 LA PROBLEMÁTICA TRANSCENDENTAL DESPUÉS DEL PRAGMATISMO

Es un hecho reiterado el considerar que la problemática trascendental "no tiene que ver tanto con los objetos, sino con nuestro modo de conocimiento de los objetos, en la medida en que éste debe ser posible a priori"<sup>14</sup>. Es decir, debemos entender lo anterior, como la posibilidad reconstructiva de las condiciones de carácter universal y necesario bajo las cuales un objeto –en nuestro caso el derecho– puede ser constituido como experiencia y conocimiento de un sujeto<sup>15</sup>. Ahora bien, luego del avance del pragmatismo y de las críticas por éste realizadas a las categorías kantianas, no se trataría ahora de ver las condiciones de posibilidad del conocimiento y de la experiencia posible, fundadas en la autorreflexión de una subjetividad situada más allá del tiempo y el espacio, sino de entender, cómo las prácticas encarnadas en un mundo mediado lingüísticamente, son orientadoras de las prácticas y resultados esperados de modo racional.

El mundo del derecho estaría constituido así, en nuestras prácticas jurídicas y judiciales mediadas de modo lingüístico. Con esto se quiere señalar que el objeto del conocimiento no son las experiencias posibles de un sujeto que produce juicios a través de un análisis trascendental allende del tiempo. Este análisis trascendental, pretende señalar los rasgos más profundos o invariantes que se repiten en la multiplicidad histórica de las formas de vida que se han perfilado social y culturalmente. Ello permite mantener los planteamientos trascendentales al modo de Kant, produciendo la posibilidad de una investigación que sin abandonar dicha comprensión, amplíe al mismo tiempo el horizonte cognitivo de las experiencias posibles de un sujeto, pero incorporando una comprensión pragmática de la realidad guiada por contextos normativos construidos intersubjetivamente en realidades socioculturales concretas.

Bajo la perspectiva del pragmatismo, la experiencia y el conocimiento han de entenderse como un producto de las prácticas sociales o interculturales y de los procesos de aprendizaje compartido que se dan, o tienen lugar en el mundo de la vida a dos niveles que se corresponden metodológicamente y se distinguen en posturas comprensivas y de observación. Así, la experiencia es analizada desde la perspectiva de un actor que participa en el mundo de la vida en plexos de acción o contextos intramundanos<sup>16</sup>, que permiten la verificación que representan las acciones guiadas por la experiencia. No se trata entonces, de una experiencia obtenida por un proceso subjetivo del sujeto cognoscente, con fundamento en la facultad de la sensibilidad que pretendía tener un acceso directo o inmediato a un mundo que le era dado a priori<sup>17</sup>, tal y como lo pensaba Kant. Así, puede decirse, que a partir del giro lingüístico, un acceso a la realidad nos es vedada, en tanto, no es

posible acceder a una realidad que ya no este mediada lingüísticamente, y por lo tanto, es interpretación o hermenéutica de sentido.

Ahora bien, esta imposibilidad de tener un acceso directo, por medio de la sensibilidad del sujeto cognoscente que se dirigía a un mundo que le era dado, nos remite entonces a pensar que la sensibilidad de acceso al mundo ha de ser diferente, como consecuencia de la mediación lingüística, que ha de cambiar las bases de toda experiencia posible, como consecuencia del conocimiento que ha de ser adquirido. Desde la concepción pragmática, el conocimiento se produce *"a partir del procesamiento inteligente de los desengaños y fracasos experimentados realizativamente"*<sup>18</sup>. Así, una teoría del conocimiento deberá en consecuencia explicar el proceso de aprendizaje que se constituye en problemática, con base en las expectativas que arrastra toda acción en términos realizables. En este punto, las prácticas que se producen en un mundo mediado lingüísticamente, o que han tejido una forma de vida, adquieren un estatuto epistémico de riqueza incomparable, en tanto todo aspecto del mundo de la vida está expuesto a la problematización y prácticas distintas que contribuyen a la solución de problemas. A propósito, Habermas precisa lo siguiente:

*"La dimensión epistémica penetra todos los ámbitos no epistémicos de la acción, de tal manera que la problemática trascendental debe extenderse y abarcar las estructuras que sostienen el mundo de la vida"*<sup>19</sup>.

El mundo de la vida, según la concepción pragmática de Habermas, es concebido y mediado lingüísticamente; este mundo encarna distintos tipos de acción que son guiados por reglas sociales y no sociales. Estas reglas, constitutivas de prácticas comunes, regulan las relaciones entre los actores o sujetos capaces de lenguaje y acción.

*"Esta relación óptica de las prácticas cotidianas, con este sustrato material que las sostiene, es sin duda distinta de la relación semántica que el hablante establece, a través de un enunciado, con algo en el mundo objetivo"*<sup>20</sup>.

Los actos realizados en el mundo de la vida son guiados por reglas; así, nuestras intervenciones aún siendo instrumentales, o que tienen la pretensión de influir estratégicamente, pueden fracasar, en tanto puede ocurrir que no dominamos correctamente la regla, o la utilizamos incorrectamente. El fracaso se constituye en el aspecto más significativo, en tanto, todo error constructivo delata significativamente una carencia de conocimiento empírico fiable, *"y ello es así por cuanto en la normatividad de las reglas que guían la acción instrumenta-controlada por el éxito se refleja la validez de nuestro saber respecto a algo en el mundo objeti-*

*vo"*<sup>21</sup>. Podemos aprender del mundo de la vida, en proporción a las resistencias que experimentamos de modo realizativo. Es preciso pensar que la realidad nos opone resistencias, y en la medida que exponemos discursivamente estas oposiciones, aprendemos. Puede decirse entonces, que aprendemos de las pretensiones de validez de otros participantes en el discurso.

*"El "salto" desde la acción al discurso, significa que los recursos que ofrece el mundo de la vida pueden movilizarse, en toda su amplitud, para el procesamiento cognitivo de los problemas que se plantean en el trato práctico con el mundo"*<sup>22</sup>.

En la apreciación epistemológica a partir de Habermas, se puede precisar cómo los sujetos implicados en sus prácticas, han de referirse desde sus contextos u horizontes de vida a algo del mundo objetivo. En el mundo del *"Derecho"*, por ejemplo, éste se nos presenta como algo mediado, de una parte, lingüísticamente, y de otra, como existencia normativa mediante reglas que guían nuestras acciones y tienen la pretensión de validez en nuestro saber, como algo existente en el mundo de la vida de modo objetivo, es decir:

*"El cual, ya sea en un contexto de comunicación o de intervención, presupone como un mundo existente de modo independiente e idéntico para todos ellos. Esta presuposición pone de manifiesto la facticidad de los desafíos y las contingencias que provocan y, al mismo tiempo, limitan las rutinas del pensamiento y de la acción"*<sup>23</sup>.

Se puede deducir que esta arquitectura del *"mundo de la vida y mundo objetivo"*, está mediada por un dualismo metódico como se señaló, entre lo comprensivo del mundo (el comprender) y lo observable del mundo (el observar). Este punto específico, Kant lo aclaró teóricamente, estableciendo para ello la distinción clásica entre conocimiento trascendental y conocimiento empírico.

*"Mientras que, como observadores, nos referimos "desde fuera" - por decirlo así - a un objeto en el mundo, las prácticas guiadas por reglas propias del mundo de la vida sólo se abren a la comprensión hermenéutica de un participante que ha adoptado una actitud realizativa. El saber intuitivo de cómo se sigue una regla y de qué significa vulnerar una regla posee un carácter normativo; un carácter normativo del que no puede dar cuenta una observación limitada a regularidades empíricas"*<sup>24</sup>.

Así, se presenta un doble problema, en tanto se plantea un posible peligro en la objetividad del conocimiento y la confusión entre

el mundo y lo intramundano (intersubjetividad). Aquí, hay que tener en cuenta los argumentos de Putnam, en el sentido, que la búsqueda de objetividad en el conocimiento, exige revisar nuestros presupuestos cognitivos, como forma de acceder al conocimiento. Esta idea se construye mediante la apuesta de destrascendentalizar a Kant y pragmatizarlo, sin perder la dualidad epistémica prevista por él, y ahora en Habermas, vistas como el comprender y el observar:

*En Razón, Verdad e Historia, he utilizado el término "argumento trascendental" exactamente en este sentido, un sentido que no está, como se podría pensar, en contraste con mi posición falibilista y antifundacionalista. En ese libro me he servido de un argumento de ese tipo para afirmar la existencia de una noción no relativista de la verdad, pero con eso no intento desarrollar otra cosa que una investigación sobre nuestras presuposiciones. Ciertamente, Kant consideraba tales investigaciones como una fuente de conocimientos a priori; un tipo de conocimiento según el cual ciertas cosas (verdad sintética a priori en la primera Crítica, verdad a priori de la razón práctica en la segunda, hasta ideales a priori relativos al sentimiento en la tercera) son necesariamente verídicas. No obstante, creo que Kant estaba desorientado, aunque de manera incomprensible, al sostener que la filosofía puede llegar a conclusiones a priori, a conclusiones inmutables e infalibles. Pero echaríamos por la borda lo que es cierto en Kant junto con lo que es erróneo si descartáramos la idea según la cual, en filosofía, se hacen necesarias indagaciones sobre nuestras presuposiciones. Mi crítica hacia el relativismo se basa en que en un atento examen indica que una posición de este tipo no existe en realidad<sup>25</sup>.*

Desde Kant y para el caso, pasando por Putnam y Habermas, se puede advertir la necesidad de mantener un concepto de lo trascendental, pero entendido en términos pragmáticos, es decir, que por una parte, se supere todo tipo de relativismos sobre la veracidad de las proposiciones que versan sobre la realidad, y por otra, entender que toda proposición sobre la realidad es fundada desde lo lingüístico, como acceso mediado o interpretación del mundo de la vida en la que los participantes actúan intersubjetivamente. De este modo se hace necesario ganar en objetividad para el conocimiento.

## **5 REALISMO SIN REPRESENTACIONISMO**

Luego de cerciorarnos de los pasos precedentes, producidos

por la serie de explicaciones en términos de filosofía trascendental, podemos decir que el pragmatismo de corte kantiano, se constituye en la respuesta más convincente, en tanto, podemos dar cuenta del paso de la filosofía de la conciencia a la filosofía del lenguaje. A propósito dirá Habermas:

*Pero cuando el pragmatismo trascendental se une a un naturalismo débil -con lo que esto significa de primado genético de la naturaleza ante la cultura- se hace obligada una concepción epistemológica realista. Únicamente la presuposición realista de un mundo objetivo accesible intersubjetivamente puede hacer compatible la prioridad epistémica del horizonte del mundo de la vida -articulado lingüísticamente y que no podemos traspasar- con la prioridad ontológica de una realidad independiente del lenguaje que impone limitaciones a nuestras prácticas<sup>26</sup>.*

A este nivel de argumentación, Habermas nos recuerda que si se llegase a tomar la decisión de pensar el mundo como algo constituido por objetos o bien por proposiciones, tendría graves consecuencias para la ontología, la teoría del conocimiento y los correspondientes conceptos de la verdad. Aquí se hace necesario hacer algunas consideraciones, en tanto las prácticas de las conductas guiadas por reglas, sobre las cuales nos es posible entendernos, arrastra una confiada familiaridad con las generalidades existentes en un mundo de la vida, que se haya estructurado normativamente mediante reglas.

Por esto, la participación en dichas prácticas da lugar a una consideración de realismo conceptual, del que debe precaverse de creer que el mundo se halle articulado proposicionalmente, porque caería en la sospecha de la crítica metafísica de estar traspasando las fronteras de aquello que está ya mediado y sólo es capturado mediante el análisis lingüístico de acceso al mundo, es de por sí interpretación o hermenéutica fundada en el trato mismo y de modo pragmático del mundo visto intersubjetivamente.

Entre una suposición realista de un mundo estructurado proposicionalmente, y un nominalismo que concibe el mundo como la totalidad de los objetos individualizados espacio-temporalmente, respecto a los cuales podemos enunciar hechos, se refleja la distinción metódica entre, el acceso hermenéutico del participante a un mundo de la vida intersubjetivamente compartido, en primera instancia, y por otra parte, la actitud objetivante que adopta el observador cuando a medida que interactúa con lo que le sale al encuentro en el mundo lo somete a hipótesis de prueba. Con esto queremos decir, que el realismo gramatical y el realismo conceptual están constituidos a la medida de un mundo de la vida en

cuyas prácticas participamos y de un horizonte del cual no podemos salir. Al respecto Habermas precisará:

*"El concepto de "referencia" debe explicar la forma en la que hay que armonizar la prioridad ontológica de un mundo objetivo concebido nominalísticamente con la prioridad epistémica del mundo de la vida articulado lingüísticamente. Para poder entender el fáctum trascendental del aprendizaje en un sentido realista, la prioridad epistémica no debe absorber la prioridad ontológica"*<sup>27</sup>.

Aparece aquí un nuevo enfoque que posibilita aproximarnos a una comprensión del sentido y significado del *realismo ontológico* y del *realismo epistémico* concebido, en términos, de la pragmática lingüística a saber:

*"La práctica lingüística debe posibilitar por una parte la referencia a aquellos objetos independientes del lenguaje sobre los cuales enunciamos algo. Por otra parte, la suposición pragmática de un mundo objetivo sólo puede ser una anticipación conceptual de carácter formal, a fin de poder asegurar a distintos sujetos -y no solamente a un círculo determinado de hablantes pertenecientes a la misma comunidad espacio-temporal- un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo"*<sup>28</sup>.

Como se ha expuesto, la comunicación lingüística y cualquier actividad de carácter finalista (teleológico), se entrelazan en la suposición de un mismo concepto formal de mundo, el mundo objetivo sobre el que los hablantes se entienden en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y en el que los actores intervienen, es el mismo mundo para todos. Así, en esta búsqueda de objetividad y realidad del mundo, que es el mismo para todos y del que ha recibido críticas Habermas, que considero faltan a la objetividad ganada al pragmatizar el mundo de la experiencia de los actores y observadores, que en procesos prácticos y en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y de modo racional se pueden entender; y como lo advierte Putnam, se esclarecen los puntos de referencia que deben ser los mismos en el tiempo y el espacio para todos. A continuación se presenta un contra argumento a la visión de Habermas y Putnam, que en principio colocaría en riesgo la construcción en esta investigación de una *"teoría pragmática del derecho"*.

*"Aunque HABERMAS puede indicar que las pretensiones de verdad, vistas de un modo pragmático,*

*siempre son tratadas dialogalmente y en tanto no dejan el campo del lenguaje. Pero dialogar al mismo tiempo es hablar sobre algo y en esa medida existe una referencia previa al lenguaje, a la que puede acudir para la definición del concepto de la verdad. HABERMAS entre tanto ha modificado su posición y en nuevos trabajos ha reconocido expresamente la referencia fáctica, el "aguijón realista", en el concepto de la verdad. Según él, el concepto discursivo de la verdad debería ser modificado para poder hacerle justicia a las connotaciones ontológicas que nosotros ligamos a la "percepción de los hechos". Es un hecho que aserciones con capacidad de certeza pueden fracasar frente a la resistencia del mundo objetivo, y es tan sólo una concesión verbal de HABERMAS a su concepción anterior, cuando no menciona al mundo objetivo, sino que habla del "mundo objetivo reconocido como idéntico por todos los participantes". Si durante el intento de parqueo nosotros nos metemos en un espacio demasiado estrecho, lo hacemos entre los automóviles allí dispuestos, no entre los reconocidos comunitariamente como otros vehículos"*<sup>29</sup>.

Este contra argumento de Ulfried Neumann contra Habermas, en el criterio de esta investigación no es afortunado, porque Neumann desconoce que la realidad no es posible de ser pensada como se ha expuesto en su desnudez, sino que la realidad misma sólo es posible en su mediación lingüística, fundada en reglas que son las mismas para todos en procesos de intersubjetividad, que exigirá siempre que en el parqueo de un automóvil que se realice en cualquier tiempo y espacio y en un mundo posible, *"se hará con el uso de las mismas reglas de modo pragmático"*. Es decir, no es posible al parecer, la existencia de objetos que no comporten un sistema común de referencias posibles (reglas de comprensión común), aunque existan independientemente de nosotros, deben ser identificados en términos de tiempo y espacio de modo pragmático lingüístico e idéntico para todos de modo intersubjetivo.

Así, los actores y observadores, están en contacto permanente con los objetos en la práctica cotidiana mediada por reglas. Por esto, puede decirse que las referencias semánticas que los participantes en la comunicación establecen a través de enunciados, están ya enraizadas en las prácticas y están por supuesto, garantizadas en términos realizativos e incluso aunque las proposiciones semánticas se vuelvan problemáticas. En síntesis, queda superado a través del realismo, toda presuposición a una filosofía de la conciencia y se garantiza, el nivel ontológico de una realidad que se presenta ya mediada lingüísticamente, y en la que se asegura



el dualismo metodológico del comprender por parte de los participantes en la comunicación y el observar por parte del observador. En esta medida se da respuesta a la problemática presentada por el realismo después del giro lingüístico pragmático y se le responde a Neumann, en el sentido, que el recurso que él pide, de ir a los objetos mismos de la *realidad*, es puro representacionismo y desconoce así el giro lingüístico pragmático ganado ya.

Ahora bien, al asegurar por una parte un mundo realista ontológico con prioridad epistémica, aseguramos así una *actitud interna pragmática intersubjetiva*, sobre la cual se ha ganado con la mediación lingüística la accesibilidad al mundo, en contextos de apertura significativa como *participantes o actores* de un mundo mediado por reglas, de las que podemos dar cuenta comprensivamente de modo realizativo, en contextos de cotidianidad compartidos a través de la praxis sociocultural, histórica, jurídica, ética y política; y de otra parte, *el mundo es apertura desde una perspectiva externa como observadores* y del que podemos entendernos proposicionalmente en el mundo de los objetos, que son independientes del lenguaje, pero los podemos enunciar lingüísticamente de modo pragmático e intersubjetivo, en tanto permanecemos en contacto con este mundo en nuestras prácticas cotidianas, en un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo.

Al arribar a este punto de pensar en un realismo sin representación y mediado lingüísticamente, podemos acceder a una línea de interpretación que desde Hilary Putnam puede ser revisada a partir de su *"realismo pragmático"*, y vincularlo con la pragmática del lenguaje de Habermas, en los siguientes términos:

*Putnam parte también de la idea de que las distancias entre los distintos paradigmas o marcos teóricos pueden salvarse mediante una suposición pragmática común. La suposición de un mundo de objetos que existen con independencia de sus descripciones y que se hayan relacionados según determinadas leyes, juega el papel de un a priori sintético para la práctica inductiva de la investigación científica y para toda elaboración de teoría que proceda en términos experimentales. Bajo esta premisa puede ponerse en marcha una interacción circular pero, a su vez, ampliadora del saber; una interacción entre, por un lado, conceptos teóricos fundamentales abridores de mundo y, por otro, procesos de aprendizaje dentro de un mundo ya preinterpretado<sup>30</sup>.*

En este contexto, también es oportuno precisar que desde una concepción pragmática de corte kantiano y como lo hemos ya

analizado desde Putnam y Habermas, es claro que nuestra capacidad de acceso al conocimiento no puede realizarse con independencia de nuestra capacidad lingüística y con nuestra capacidad de acción. Al respecto, podemos observar que,

*"... como sujetos cognoscentes nos encontramos siempre ya en el horizonte de nuestras prácticas cotidianas en el mundo de la vida. Lenguaje y realidad están mutuamente entreverados de un modo para nosotros insoluble. Toda experiencia está impregnada de lenguaje, de modo que resulta imposible un acceso a la realidad que no esté filtrado lingüísticamente. La comprensión de este hecho constituye un motivo muy fuerte para atribuir a las condiciones intersubjetivas de la interpretación y el entendimiento lingüístico el papel trascendental que Kant había reservado para las condiciones subjetivas necesarias de la experiencia objetiva. En lugar de la subjetividad trascendental de la conciencia aparece la intersubjetividad detranscendentalizada del mundo de la vida<sup>31</sup>.*

Con la incorporación de estas precisiones en la presente investigación, se ha propuesto como línea de argumentación, sostener que el pragmatismo se constituye en una vía de exploración, para la construcción de una interpretación jurídica que pueda resolver los dilemas suscitados desde finales del siglo XX y la respuesta a una teoría del derecho que se ha mutado y en la que el positivismo jurídico, el realismo clásico y el iusnaturalismo, pueden ser consideradas en sí mismas, como teorías insuficientes para resolver de modo satisfactorio la complejidad de un mundo de la vida mediado lingüísticamente, y en la que los sujetos de acción y lenguaje no ven satisfechas sus expectativas de justicia y adjudicabilidad del derecho. La sociedad actual, reclama la satisfacción de contenidos ontológicos vistos desde la maximización de la visión antropológica de la dignidad humana, como principio básico de sostenibilidad de los regímenes jurídico y políticos de las democracias participativas, en las que los sujetos reclaman espacios de acción y participación política que configuren condiciones de vida digna.

Así, el pragmatismo se constituye en un vía que puede resolver de modo teórico y práctico los dilemas suscitados entre el formalismo jurídico, el realismo y el iusnaturalismo, en tanto podemos resolver de modo pragmático las diferencias teóricas que se suscitan entre tales concepciones del derecho moderno. Ahora bien, si presuponemos que el derecho como objeto de investigación existe con independencia de las descripciones que ya se han realizado de él, y lo asumimos como referencia, tal como lo entiende Putnam, y *"en tanto es el mismo objeto"*, (el derecho), debe

hallarse relacionado según leyes, que han de jugar el papel de un a priori sintético.

Esto conduce a pensar, que en toda práctica de investigación que realicemos del derecho en el tiempo y el espacio, y del que podamos entendernos a pesar de las diferencias teóricas, es plausible enfatizar que desde el pragmatismo es posible construir una interpretación jurídica, si asumimos de modo resolutivo las diferencias de método en su análisis como se ha determinado.

## 6 REFERENCIAS

- APEL, Kart-Otto. *Estudios Éticos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2004.
- APEL, Kart-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Barcelona: Ediciones Paidós / I.C.E.-U.A.B. 1998.
- BERGER, Peter. L. y LUCKMANN, Thomas. *La Construcción Social de la Realidad*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu Editores. 2006.
- DWORKIN, Ronald. M. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1988.
- DWORKIN, Ronald. M. HART, Herbert. *La Decisión Judicial*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2005.
- DWORKIN, Ronald. M. *La Filosofía del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980.
- DWORKIN, Ronald. M. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1989. Traducción de Marta Guastavino.
- DWORKIN, Ronald. M. *La Justicia con Toga*. Madrid: Marcial Pons-. 2007. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.
- GARZÓN, Ernesto. y LAPORTA, Francisco. Editores. *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Aclaración a la Ética del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *El Occidente Escindido*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Fragments Filosófico-Teológicos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de Transiciones*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002.
- HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot. 1998.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1999.
- KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A. 1993.
- KANT, Manuel. *Crítica de la Razón Pura*. México: Editorial Porrúa, S.A. 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. 2008.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 1999.
- KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. 1999.
- NEUMANN, Ulfried. *La Pretensión de Verdad en el Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006.
- PERÉZ LLEDO, Juan A. *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996.
- PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2008.
- PUTNAM, Hilary. *El Desplome de la Dicotomía Hecho-Valor y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2004.
- PUTNAM, Hilary. *Representación y Realidad*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2000.
- PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo - Un Debate Abierto*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1999.
- PUTNAM, Hilary. *La Herencia del Pragmatismo*. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1997.
- PUTNAM, Hilary. *Razón, Verdad e Historia*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2006.
- PUTNAM, Hilary. *Las Mil Caras del Realismo*. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1994.
- RAWLS, John. *La Justicia como Equidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2002.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. Traducción de Genaro R. Carrió. 2006.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

TWINING, William. *Derecho y Globalización*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2003.

## NOTAS DE FIM

1 Conferencia para exponer el día 06 de noviembre, en el I Congreso Internacional de Filosofía, Ética y el Derecho (Brasil).

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado Especializado en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre, Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Filosofía y Director de la Maestría y Especialización en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, de la Universidad Libre. Profesor e Investigador Universitario.

2 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9.

3 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

4 Sobre las distintas visiones en las que habitarían los enunciados jurídicos que presumiblemente pretenden ser aceptados como verdaderos y/o válidos, presento el siguiente argumento que amplía nuestro horizonte comprensivo sobre lo que puede ser el derecho desde la mediación lingüística de sus proposiciones “los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, y que las proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmático genuino”. Ver: PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo - Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota del Texto No. 26.

5 “La pragmática formal toma en Habermas el nombre de pragmática universal, y en la filosofía de Apel el de pragmática trascendental, no sin razón. Habermas rehúsa utilizar en este título el adjetivo “trascendental” por temor a que los resultados de las ciencias sean hasta tal punto formalmente diversos de los de la filosofía que resulte imposible una colaboración entre ambos saberes, de suerte que llega a afirmar en ocasiones el carácter falible de los enunciados de su pragmática, en el sentido de que son hipótesis comprobables, al parecer empíricamente. Apel, por su parte, señalará con su pragmática trascendental la diferencia de método, del tipo de enunciados y de modo de comprobación entre la filosofía y las ciencias que, precisamente por ser diferentes pueden colaborar, cosa que no ocurrirá si fueran idénticos”. Ver: APEL, Karl-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.

1998, pp. 11-12.

6 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

7 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, pp. 9-62.

8 *Ibidem*, p. 9.

9 *Ibidem*, p. 9.

10 *Ibidem*, p. 9.

11 “...Hay, a pesar de todo, otra faceta del pensamiento de Kant, un aspecto que se conecta inmediatamente con el pragmatismo, y que podríamos llamar la primacía de la razón práctica. De los estudios de Kant, surge en forma notoria que gran parte de su trabajo tiene una directa inspiración política e incluso una aplicación política. Hasta la noción central de la “autolegislación” descrita por Kant en su segunda Crítica y en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* estaba, después de todo, directamente inspirada en Rousseau; y, en la época de Kant, la idea de que una sociedad se rigiera por una unión libre de ciudadanos “autolegislantes” era verdaderamente revolucionaria”.... “Para Kant, la idea de la primacía de la razón práctica se extiende incluso hasta la filosofía misma. Sostiene que no se puede construir una imagen moral tratando de probar, a priori, que existen juicios de valor verdaderos. La célebre estrategia kantiana consiste, precisamente, en hacer lo contrario (aunque algunos filósofos actuales, como Bernard Williams, suelen olvidarse de ello cuando critican a Kant)”. Ver: PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo - Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 64-65.

12 PUTNAM, Hilary. Nació en Chicago en el año de 1927. Enseñó lógica matemática en la Facultad de Filosofía de Harvard (Massachusetts), y contribuyó con numerosas obras a los debates en torno a la filosofía de la mente; Ha sido además un permanente animador del pragmatismo y estudioso agudo de Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey.

13 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 10. La cursiva es mía. Me interesa relevar el mundo posible de la realidad como construcción teórica, mediada lingüísticamente de modo pragmático y presentar para la comprensión de la realidad jurídica los contextos de acción espacio-temporales de carácter socio-cultural e históricos en los que habita el quehacer de las prácticas jurídicas en contextos concretos.

14 *Ibidem*, p. 20.

15 KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. México: Porrúa, S.A. 1987. *Analítica Trascendental*, pp. 64-104.

16 Entiéndase por contextos intramundanos, contextos intersubjetivos mediados lingüísticamente en el mundo de la vida, realizados por las prácticas y las experiencias en plexos de acción social, cultural, política, jurídica, ética y moral, etc., en la que los sujetos portadores de lenguaje actúan en

el mundo mediándolo lingüística e intersubjetivamente como actores y no como meros observadores de un mundo que está ahí de modo a priori.

17 KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porrúa. S.A. 1987. Analítica Trascendental, pp. 64-104.

18 HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P.22.

19 Ibídem. P. 23.

20 Ibídem. P. 24.

21 Ibídem, p.25.

22 Ibídem, p. 25.

23 Ibídem, p. 26.

24 Ibídem. P. 26.

25 PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo - Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

26 Ibídem. PP. 40-41.

27 Ibídem. P. 43. La cursiva es mía.

28 Ibídem. P. 44.

29 NEUMANN, ULFRIED. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006, pp. 23-24. El subrayado es mío.

30 HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 45.

31 Ibídem, p. 40.

# O PODER LEGISLATIVO E O DEVER DE MOTIVAÇÃO NO JULGAMENTO DAS CONTAS ANUAIS DO CHEFE DO EXECUTIVO

Flávio Freire de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** A motivação dos atos administrativos erige-se como pressuposto de validade desses atos no Direito Administrativo brasileiro. Esse pressuposto ganha tom de indispensabilidade quando de sua aplicação no julgamento de contas do Chefe do Executivo, conforme dispõem os artigos 49, IX e 71, I, ambos da Constituição da República de 1988, por se tratar de garantia para aquele que tem suas contas julgadas, bem como para evitar que o julgamento do Legislativo seja político, desvirtuando a finalidade do instituto. O presente estudo objetiva explicitar a necessidade de motivação do julgamento realizado pelo Legislativo sobre as contas do Chefe do Executivo. É imprescindível que decisões administrativas que acarretem consequências graves, como é o caso da inelegibilidade do agente político, sejam devidamente motivadas, consoante ocorre no âmbito do processo judicial. Para se concluir pela necessidade da motivação, forma objeto de análises no presente trabalho a definição de ato administrativo, a motivação do ato como pressuposto de sua validade, as peculiaridades do julgamento das contas do Chefe do Executivo pelo Legislativo, bem como a mais grave penalidade imposta em decorrência da rejeição das contas, qual seja, a inelegibilidade do agente político.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Legislativo. Julgamento de Contas. Inelegibilidade.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Administrativo; Direito Financeiro.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva demonstrar a necessidade de fundamentação (motivação) no julgamento realizado pelo Poder Legislativo das contas do Chefe do Executivo, como garantia constitucional de sua validade.

Ao dispor no art. 49, IX<sup>2</sup>, ser competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente, a Constituição da República atribui competência jurisdicional ao Poder Legislativo para decidir sobre a aprovação ou rejeição das contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, como decorrência do exercício do controle externo, após a apreciação e emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas (art. 71, I, CR<sup>3</sup>).

Essa competência é exercida pelo Congresso Nacional na esfera federal, pelas Assembleias Legislativas nos Estados e pelas Câmaras Legislativas Municipais nos Municípios, auxiliados, respectivamente pelo Tribunal de Contas da União, pelos Tribunais de Contas Estaduais e pelos Tribunais de Contas Municipais, onde houver.

A pesquisa objetiva demonstrar que a motivação do julgamento realizado pelo Legislativo sobre as contas anuais do Chefe do Executivo é imprescindível à sua validade, não obstante a realidade evidenciar que em muitos julgamentos, principalmente nos que ocorrem na esfera municipal, as contas são rejeitadas sem a de-

vida fundamentação (motivação) da decisão, as quais são alicerçadas em rixas políticas e espírito revanchista que resgatam uma história pré-democrática, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito e com a Constituição da República de 1988.

Considerando que o resultado do julgamento provoca significativos efeitos na esfera de direitos do agente político, como é o caso da inelegibilidade para qualquer cargo em caso de rejeição das contas, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, por força do art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/90<sup>4</sup>, o presente trabalho tomou por análise, também, as alterações introduzidas no referido dispositivo legal em virtude da publicação da Lei Complementar n. 135/10, a denominada "Lei Ficha Limpa", posto que a elegibilidade dos agentes políticos em decorrência da rejeição das contas foi alvo de substanciais alterações.

A metodologia utilizada decorreu de investigação jurídico-exploratória e descritiva, após análises das teorias do ato administrativo e constatação da necessidade de sua fundamentação (motivação).

Também foram analisadas normas da Constituição da República de 1988, da Lei Complementar n. 64/90 pré e pós alterações introduzidas em decorrência da Lei Complementar n. 135/10.

A investigação também se pautou em estudos de precedentes jurisprudenciais dos Tribunais pátrios.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos, os quais comportaram subdivisões.

No primeiro capítulo, busca-se conceituar ato e processo administrativos, bem como analisar as teorias sobre a necessidade de fundamentação (motivação) como requisito de validade do ato administrativo (e também das decisões no processo administrativo).

No segundo capítulo, procura-se expor como ocorre o julgamento das contas do Chefe do Executivo no âmbito do Poder Legislativo, as características do parecer do Tribunal de Contas e sua não vinculação à conclusão final do Legislativo quando do julgamento das contas. Mostra-se, especificamente, que a fundamentação (motivação) é pressuposto de validade do julgamento proferido pelo Poder Legislativo.

O terceiro capítulo demonstra as várias responsabilidades incidentes na pessoa do Chefe do Executivo em decorrência do julgamento das contas, principalmente nos casos de rejeição de suas contas pelo Poder Legislativo.

No quarto capítulo, dispõe-se sobre questões específicas relacionadas aos critérios de elegibilidade, notadamente pela análise do art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/90. Busca-se fazer um comparativo entre a redação originária do dispositivo normativo e sua alteração com o advento da Lei Complementar n. 135/10, a denominada "Lei Ficha Limpa".

Por fim, esclareça-se que este estudo não possui o objetivo de esgotar todos os aspectos jurídicos sobre o tema em análise, senão procurar contribuir para a formação do pensamento daqueles que se interessam pelo direito municipal.

## **2. PRIMEIRO CAPÍTULO—ATOS ADMINISTRATIVOS E FUNDAMENTAÇÃO (MOTIVAÇÃO)**

### **2.1 – Definições de ato administrativo**

Em sentido amplo, ato administrativo é todo ato praticado no exercício da função administrativa, ou seja, é um ato da administração. O conceito de que os atos administrativos são oriundos somente dos órgãos administrativos (utilizando critério subjetivo, orgânico ou formal) é arcaico, pois desconsidera os atos de origem no Legislativo e no Judiciário no exercício de função administrativa.

Pela ótica do critério objetivo, funcional ou material, os atos administrativos são aqueles praticados no exercício concreto da função administrativa. Cretella Júnior define ato administrativo baseando-se no conceito de ato jurídico. Para o teórico, o ato é a manifestação da vontade estatal, por seus representantes, com objetivo imediato de criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas em matéria administrativa.

Segundo o conceito de ato administrativo fornecido pela teoria de Di Pietro, pode-se entendê-lo como a declaração do Estado ou

de quem o represente que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob o regime jurídico de Direito Público e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2001, p. 181).

Para Celso Ribeiro de Bastos, ato administrativo deve ser entendido como o ato jurídico que produza efeitos num caso concreto, praticado pela Administração Pública, enquanto Poder Público, isto é, fazendo valer sua autoridade, porém, atendendo aos interesses determinados pela lei e individualizado por características próprias. (BASTOS, 2001, p. 106).

Em síntese às teorias acima apresentadas, ato administrativo é a declaração de vontade do Estado, oriunda do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, ou de seus representantes no exercício de função administrativa, produzindo efeitos imediatos em conformidade com a lei, no intuito de atender o interesse público. Essa declaração de vontade do Estado se faz presente em várias circunstâncias, e sempre que ofenda a Lei, o ato administrativo estará sujeito ao controle judicial.

Por sua vez, processo administrativo significa o encadeamento sucessivo de fatos logicamente e juridicamente interligados que visa uma decisão administrativa final como exposição da vontade da Administração Pública, estando sujeito aos mesmos princípios que regem o processo judicial, como o princípio da motivação, do contraditório e da ampla defesa.

Na teoria de Robertônio Santos Pessoa, processo administrativo é definido como:

*uma sucessão encadeada de atos, juridicamente ordenados, destinados todos à obtenção de um resultado final, que consubstancia uma determinada decisão administrativa. O procedimento é, pois, composto de um conjunto de atos, interligados e progressivamente ordenados em vista da produção de um resultado final. A observância do procedimento, na concatenação de atos legalmente previstos, é imperioso para a legalidade e legitimidade da decisão a ser tomada. Todos os atos da cadeia procedimental destinam-se à preparação de um único provimento, que consubstancia e manifesta a vontade da Administração em determinada matéria. (PESSOA, 2001).*

Não há dúvidas quanto à necessidade de fundamentação (motivação) dos atos e das decisões nos processos administrativos, haja vista ser através dela a efetividade do controle da legalidade e da finalidade ali contida.

### **2.2 A fundamentação (motivação) dos atos administrativos e das decisões em processo administrativo como pressuposto de sua validade**

Após a conceituação de ato e processo administrativo, busca-se demonstrar o dever de motivação de qualquer ato ou decisão em processo administrativo.

Além de ser um requisito legal e pressuposto de qualquer ato administrativo de decisão, a motivação se constitui como um dos pilares do Direito Administrativo. Adquire, em comunhão com outros princípios do Direito Público, o status incontestado de princípio do Direito Administrativo, obrigando-a a indicar os fundamentos (de fato e de direito) de suas decisões.

Algumas teorias que debatiam sobre a exigência de motivação apenas nos atos discricionários foram superadas na atualidade por entendimentos segundo os quais a obrigatoriedade da motivação deve estar presente em qualquer modalidade de ato.

A exigência de motivação se explica pela circunstância de somente ela permitir o controle de legalidade dos atos administrativos pelo Judiciário, pois não se pode julgar se um ato foi lícito, justo ou razoável, se inexistente sua motivação.

Carlos Ari Sundfeld teoriza ser a fundamentação indispensável, constituindo sua falta ou emissão defeituosa causa de invalidade do ato. Segundo ele, todos os atos administrativos devem guardar motivação, não cabendo distinguir entre atos vinculados e discricionários, negativos ou positivos, revocatórios ou não (RDP, 75/127).

Motivar, como ensinado por Ramón Real, é exigência de uma administração democrática. Sem motivação não se concebe o Estado Democrático de Direito, pois o mínimo que os cidadãos – e aí se inclui o Chefe do Executivo – podem exigir é conhecer os motivos e razões das decisões tomadas pela Administração (RDP, 6/17).

Intimamente relacionado com o princípio da motivação está o princípio da razoabilidade. Pois, ao se conhecer os motivos que levaram o Poder Público a tomar determinada decisão, observa-se se tais motivos foram ou não razoáveis. Como lembrado por Di Pietro:

*A irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade corresponde à falta de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa. [...] A matéria é particularmente relevante quando se trata de sanções disciplinares ou de medidas de polícia, umas e outras excessivas ou sem qualquer correlação com os fins visados pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2007, p. 201).*

A correlação entre princípio da motivação e princípio da razoabilidade demonstra que não é suficiente somente a existência da motivação nos atos administrativos. O princípio da razoabilidade rege que além da existência da motivação, ela deve ser razoável, além de justa e com o intuito de atender o interesse público.

A motivação é essencial para que se fiscalize a existência ou veracidade dos motivos que foram utilizados para a decisão administrativa. É indispensável para a verificação da adequação entre os motivos e o resultado obtido (DI PIETRO 2007). A motivação deve ser anterior ou no mínimo contemporânea à expedição do ato.

Desta forma, a obrigação de fundamentar os atos administrativos se justifica em qualquer espécie de ato, haja vista a formalidade necessária para permitir o controle de sua legalidade tanto pelo Judiciário quanto pela própria Administração Pública.

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito das suas decisões. Em adequação a esse norma, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 111, estabelece que qualquer ato administrativo deva estar em consonância com as razões de fato e de direito que as sustentam:

*Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (SÃO PAULO, 2011, grifo nosso).*

Esse princípio também está expresso na Constituição do Estado de Minas Gerais, segundo a qual:

*Art. 4º - O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.*

[...]

*§ 4º - Nos processos administrativos, qualquer que seja o objeto e o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a publicidade, o contraditório, a defesa ampla e o despacho ou a decisão motivados (BRASIL, 2011).*

E continua no artigo 13:

*Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade.*

*§ 1º - A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso.*

*§ 2º - O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento le-*

gal, o fático e a finalidade. (MINAS GERAIS, 2011, grifo nosso).

A Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, também explicita o princípio da motivação. Seu art. 2º dispõe:

*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 2011, grifo nosso.)*

O legislador foi mais a além e dedicou capítulo exclusivo à motivação no teor da Lei 9.784/99. Veja-se o que dispõe seu Capítulo XII, denominado *Da Motivação*:

*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

*I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...] (BRASIL, 2011)*

Chama-se a atenção para a circunstância de que o processo não está adstrito apenas ao aparato judiciário, pois a processualidade, nos dizeres de Robertônio Santos Pessoa, está ligada ao exercício da função jurisdicional (PESSOA, 2001). Sendo assim, o processo administrativo não está restrito ao Executivo, podendo ser exercido pelo Legislativo e pelo Judiciário, sendo este o teor do art. 1º, § 1º, da Lei 9.784/99:

*Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.*

*§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. (BRASIL, 2010, grifo nosso).*

Ao processo administrativo se aplica o princípio constitucional do devido processo legal, da publicidade dos procedimentos, do direito de informação e acesso aos autos. De acordo com o art. 5º, inciso LX, da Constituição da República de 1988, sempre que existirem litigantes deve existir o contraditório e a ampla defesa. As obrigações de motivar e decidir finalizam as exigências constitucionais. Nesse sentido merece destaque a conclusão de Robertônio Pessoa sobre o direito a uma decisão fundamentada:

*Podemos dizer, sinteticamente, que o direito constitucional ao devido processo legal na via administrativa inclui em seu bojo pelo menos as seguintes garantias básicas por parte do administrado: a) direito de ser ouvido; b) direito ao oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada. (PESSOA, 2001, grifo nosso).*

Como bem destacado pelo teórico, a decisão do processo administrativo deve ser fundamentada, sendo ela verdadeira garantia procedimental. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho de Rondônia, segundo o qual o ato administrativo decisório deve ser motivado, sob pena de nulidade. Sobre isso, a ementa do Recurso Ordinário n. 1162200910722004 é precisa ao afirmar que: ATO ADMINISTRATIVO - SEM JUSTIFICAÇÃO - INVALIDADE: A motivação do ato administrativo é condição indispensável a sua validade.

No mesmo sentido foi julgada a Apelação Cível n. 20090111023633 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cuja ementa é a seguinte:

*A ausência de fundamentação para o improvimento de seu recurso administrativo invalida o ato administrativo.*

*[...]É sabido que o ato administrativo, imotivado, ou de motivação obscura é ato inválido e não atende ao disposto no art. 50, inciso III e § 1º, da Lei 9.784/99.*

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também possui precedente sobre a questão, merecendo destaque a apelação cível nº 000.152.650-8/00, na qual se decidiu:

*ATO ADMINISTRATIVO - MOTIVAÇÃO - MOTIVO DO ATO E MOTIVO LEGAL - AUSÊNCIA - ILEGALIDADE. O ato administrativo deve apresentar motivação, que consiste na exposição dos motivos que justificam a prática do ato. O motivo do ato administrativo deve encontrar suporte no motivo legal que autoriza a sua prática. Configura-se ilegal o ato administrativo maculado pela ausência de motivação e motivo legal.*

Por fim, cumpre trazer à tona a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a necessidade de fundamentação dos atos administrativos é tão grande que a imotivação ou a não veracidade dos motivos apresentados acarretariam nulidade do ato:

*De acordo com esta teoria, os motivos que servem de suporte para a prática do ato administrativo, sejam eles exigidos por lei, sejam eles alegados*



*facultativamente pelo agente público, atuam como causas determinantes de seu cometimento. A desconformidade entre os motivos e a realidade acarreta na invalidade do ato. (BASTOS, 2001).*

Pela teoria dos motivos determinantes, o ato administrativo só é válido quando existe veracidade dos motivos apresentados como fundamento do ato. Dessa forma, uma vez enunciados os motivos que embasaram a decisão da Administração, o ato administrativo a eles se vincula.

Portanto, quaisquer que sejam os atos administrativos, se forem praticados sem motivação suficiente que embase suas conclusões não estarão de acordo com a Lei e poderão ser invalidados pelo Poder Judiciário.

### **3 SEGUNDO CAPÍTULO – O JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO PELO LEGISLATIVO**

#### **3.1 O dever geral de prestar contas**

A Constituição da República de 1988 dispôs, no art. 70, parágrafo único, sobre a obrigação de prestar contas de qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre valores ou bens públicos. Veja-se o teor da norma constitucional:

*Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

*Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária (BRASIL, 2011).*

Isso significa que qualquer cidadão, independentemente da função que exerça na administração ou fora dela, terá o dever de prestar contas se, por qualquer motivo, envolver-se com dinheiro, bens e valores públicos.

Merece destaque as palavras de José Nilo de Castro, na obra Julgamento das Contas Municipais, segundo a qual o dever de prestar contas é inerente a quem exerce o poder (CASTRO, 2003). Teorizando sobre o dever de prestar contas, Waldo Fazzio Júnior também pondera que:

*a atividade de administrar compreende, como seu resíduo compulsório, a de prestar contas, na medida em que seria intolerável admitir o administrador irresponsável. Depois, é evidente que o povo, como dominus do poder público e dos dinheiros públicos, tem o direito de saber quem gastou o que, quanto, quando, como e a que título. (FAZZIO JÚNIOR, 2007).*

Merece destaque a seguinte ressalva legal: nos casos em que a prestação de contas é realizada por pessoa diversa do Chefe do Poder Executivo, o controle das contas também será realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta. É o que dispõe o art. 71, II, da Constituição da República:

*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*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 (BRASIL, 2011).*

Portanto, qualquer pessoa responsável por dinheiro público, em seu sentido mais amplo, possui o dever de prestar contas, competindo ao Tribunal de Contas decidir sobre a regularidade ou irregularidade das contas prestadas por qualquer pessoa que não seja o Chefe do Executivo, posto que em relação às contas por este prestadas, a competência para julgá-la será do Poder Legislativo, conforme se passa a demonstrar.

#### **3.2 O julgamento das contas do Chefe do Executivo**

Ao dispor no art. 49, IX, ser competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente, a Constituição da República atribui competência ao Poder Legislativo para decidir sobre a aprovação ou rejeição das contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo. Veja-se a redação da citada norma:

*Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*

*IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (BRASIL, 2011).*

A hermenêutica dessa norma deve levar em consideração o disposto no art. 71, I, também da Constituição da República, como decorrência do exercício do controle externo exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas que, por sua vez, aprecia e emite parecer prévio, que servirá de orientação ao Poder Legislativo:

*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 (BRASIL, 2011).*

Em decorrência do princípio da simetria com o centro, o controle externo também ocorre nos demais entes federados estaduais e municipais, ficando a cargo das Assembléias Legislativas e das Câmaras Legislativas Municipais, auxiliadas, respectivamente, pelos Tribunais de Contas Estaduais e pelos Tribunais de Contas Municipais, onde houver.

É o que dispõe o artigo 31 da Constituição da República relativamente ao controle externo no âmbito municipal:

*Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.*

*§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver (BRASIL, 2011).*

Para José Jairo Gomes, a prestação de contas reporta-se ao controle externo a que a Administração Pública encontra-se submetida por imperativo constitucional, previsto nos artigos 31 e 70 e 75 da Lei Maior. O controle financeiro das contas públicas é realizado pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas em todos os níveis da Federação, a ele, portanto, sujeitando-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (GOMES, 2008). Nesse sentido também teoriza Hely Lopes Meirelles:

*A função de controle e fiscalização da Câmara sobre a conduta do Executivo tem caráter político-administrativo e se expressa em decretos legislativos e resolução do plenário, alcançando unicamente os atos e agentes que a Constituição Federal, em seus arts. 70-71, por simetria, e a lei orgânica municipal, de forma expressa, submetem à sua apreciação, fisca-*

*lização e julgamento. No nosso regime municipal o controle político-administrativo da Câmara compreende a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, através do julgamento das contas do prefeito e de suas infrações político-administrativas sancionadas com cassação do mandato. (MEIRELLES, 2003, p. 588).*

Destaca-se que o Tribunal de Contas não possui vínculo de subordinação hierárquica com o Legislativo, visto ser ele autônomo constitucionalmente. Ao julgar as contas, o Tribunal de Contas decide se são regulares, regulares com ressalvas ou irregulares, definindo conforme o caso, a responsabilidade patrimonial dos responsáveis. Diante de indícios de ilícito penal, o Tribunal de Contas envia peças ao Ministério Público, para adoção das providências cabíveis. (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 89).

No parecer, o Tribunal de Contas pode emitir três tipos de conclusões. As contas podem ser declaradas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares. As contas são declaradas regulares quando apresentam de forma objetiva e transparente os demonstrativos contábeis, a legitimidade, legalidade e economicidade dos atos do Chefe do Executivo. Ao declarar pela regularidade, o Tribunal dá quitação ao responsável por prestá-las.

Quando declaradas regulares com ressalva, o Tribunal de Contas entende que apesar de demonstrarem impropriedade ou qualquer vício formal, não existe dano ao erário público. Diante disso, o Tribunal de Contas determina ao Chefe do Executivo uma série de medidas essenciais para sanar as impropriedades, no sentido de prevenir futuras impropriedades ou faltas.

Por fim, as contas podem ser declaradas irregulares. Nesse caso, entende-se que ocorreu infração à norma legal ou regulamentar, dano ao erário por gestão ilegítima ou antieconômica. Pode ter havido também apropriação ou desvio de bens, assim como omissão no dever de prestar contas ou reincidência no descumprimento de orientação anterior. No caso de irregularidade, o Tribunal de Contas define, se for o caso, a responsabilidade patrimonial dos responsáveis.

Ao contrário do que ocorre quando o Tribunal de Contas aprecia as contas de administradores e pessoas que não seja o Chefe do Executivo, circunstância em que efetivamente julga essas contas, seu parecer é técnico e não há nele deliberação ao apreciar as contas do Chefe do Executivo, não sendo, neste caso, vinculante para o Legislativo.

No âmbito municipal o Legislativo poderá decidir contra o parecer do Tribunal de Contas, sendo requisito constitucional o quorum qualificado de 2/3 dos parlamentares da Casa, conforme dispõe o art. 31, § 2º, da Constituição da República: "§ 2º - O

parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.”

Sobre o procedimento do julgamento das contas do Chefe do Executivo Municipal, Eduardo Bottallo destaca:

- a) a apreciação das contas de Prefeito, prevista no art. 31, § 2º, da Constituição da República, é tarefa que não se contém no âmbito do 'processo legislativo' de competência das Câmaras Municipais; trata-se, ao revés, de julgamento proferido dentro de processo regular, cuja condução demanda obediência às exigências constitucionais pertinentes à espécie;
- b) não é correto o entendimento de que, no caso de apreciação de contas de Prefeito, o exercício do direito de defesa se dá apenas perante o Tribunal de Contas durante a fase de elaboração do parecer prévio, e isto porque esta instituição não julga, atuando apenas como órgão auxiliar do Poder Legislativo Municipal a quem cabe tal competência;
- c) o julgamento das contas de Prefeito pela Câmara Municipal deve observar os preceitos emergentes do art. 5º, LV, da Constituição da República, sob pena de nulidade. (ESTUDOS em homenagem à Geraldo Ataliba, 1997, p. 334-338).

Necessário ainda destacar a existência de uma corrente de pensamento que atribui ao Tribunal de Contas a competência para julgamento do Prefeito. Nos municípios menores, a função de gestor das finanças municipais é mesclada com o mandato eletivo de Prefeito. Nesse caso, o Tribunal de Contas julgaria a função de gestor das finanças públicas, e não a atribuição do mandato eletivo, pois essa é de exclusiva competência das Câmaras Legislativas Municipais. Nesse sentido o Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba julgou o Registro de Candidatura n. 490661:

- O real e efetivo critério para a fixação da competência dos Tribunais de Contas é o conteúdo em si das contas em análise, e não o cargo ocupado pelo agente político. Assim considerando, quando o Prefeito Municipal desempenha a função de gestor direto de recursos públicos, praticando atos típicos de administrador, essas contas serão submetidas à apreciação e julgamento da Corte de Contas; gerando a inelegibilidade quando de sua rejeição, ex-vi art. 1º, I, alínea 'g', da LC nº 64/90, com sua nova redação.
- Verificando-se que, no julgamento das Contas de Prefeito pelo TC, enquanto gestor, restaram confi-

*guradas condutas por ato de improbidade em prejuízo do erário; configurado, ainda, o vício insanável, indefere-se o registro de candidatura. (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba. Registro de Candidatura nº 490661 PB. Min. Rel. CARLOS NEVES DA FRANCA NETO. Publicado no PSESS em 05/08/2010.)*

Todavia, não é este o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, para quem o Legislativo Municipal é competente para julgar as contas do Chefe do Executivo, inclusive na condição de ordenador de despesas e de gestor, atuando o Tribunal de Contas como simples órgão auxiliar na esfera opinativa.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 132747/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - FUNDAMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL. O fato de o provimento atacado mediante o extraordinário estar alicerçado em fundamentos estritamente legais e constitucionais não prejudica a apreciação do extraordinário. No campo interpretativo cumpre adotar posição que preserve a atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guardião da Carta Política da República. INELEGIBILIDADE - PREFEITO - REJEIÇÃO DE CONTAS - COMPETÊNCIA. Ao Poder Legislativo compete o julgamento das contas do Chefe do Executivo, considerados os três níveis - federal, estadual e municipal. O Tribunal de Contas exsurge como simples órgão auxiliar, atuando na esfera opinativa - inteligência dos artigos 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 25, 31, 49, inciso IX, 71 e 75, todos do corpo permanente da Carta de 1988. Autos conclusos para confecção do acórdão em 9 de novembro de 1995.*

Por sua vez, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 249184/BA, o Tribunal Superior Eleitoral também decidiu:

*AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS ORDINÁRIOS. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. LC N° 64190, ART, 1, 1, g. ALTERAÇÃO. LC N° 13512010. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS. TCM. PREFEITO. ÓRGÃO COMPETENTE. CÂMARA MUNICIPAL. DESPROVIMENTO. 1. A despeito da ressalva final constante da nova*

*redação do art. 1, 1, g, da LC n° 64/90, a competência para o julgamento das contas de Prefeito, sejam relativas ao exercício financeiro, à função de ordenador de despesas ou a de gestor, é da Câmara Municipal, nos termos do art. 31 da Constituição Federal. Precedente.*

*2. Cabe ao Tribunal de Contas apenas a emissão de parecer prévio, salvo quando se tratar de contas atinentes a convênios, pois, nesta hipótese, compete à Corte de Contas decidir e não somente opinar.*

*3. Agravos desprovidos.*

E ainda, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 433457/CE:

*ELEIÇÕES 2010. REGISTRO DE CANDIDATURA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ORGÃO COMPETENTE. REJEIÇÃO DE CONTAS. PREFEITO. CÂMARA MUNICIPAL. DESPROVIMENTO. 1. Consoante precedentes desta Corte a competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo aos tribunais de contas a emissão de parecer prévio, inclusive quando examinados atos de ordenação de despesas.*

Desta forma, o julgamento das contas do Chefe do Executivo é feito pelo Legislativo, posto ser dele a competência constitucional, conforme determina o art. 49, IX, da Constituição da República. Em razão do princípio da simetria com o centro, e por disposição do art. 31 da Constituição da República, também nos Estados Federados e Municípios compete aos respectivos Legislativos julgarem as contas dos Chefes do Executivo, independentemente de serem eles ordenadores de despesas e gestores das finanças municipais.

### **3.3 A fundamentação (motivação) no julgamento realizado pelo Poder Legislativo sobre as contas do Chefe do Executivo**

Dentre as espécies de atos administrativos existentes na teoria dos estudiosos sobre a questão, existe o ato administrativo de aprovação, definido por Celso Ribeiro Bastos como ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta ou concorda com o ato já praticado (BASTOS, 2001). Em outras palavras, é um ato administrativo que controla outro ato administrativo.

Partindo-se da premissa de que o julgamento das contas do Chefe do Executivo seja uma espécie de ato administrativo de aprovação, tem-se que esse ato é discricionário, consoante ex-

posto acima em relação ao § 2º do art. 31 da Constituição da República.

Os atos discricionários possibilitam certa margem de liberdade ao agente público para decidir sobre algo. Essa liberdade, porém, como bem ressaltado por Celso Ribeiro Bastos, não é total, mas sim dentro da lei (BASTOS 2001). Não se deve confundir ato discricionário com ato arbitrário. O primeiro é válido e legítimo; já o segundo é ilícito, posto estar em desacordo com a lei.

Delimitando o conceito de discricionariedade, Regis Fernandes de Oliveira teoriza que discricionariedade é a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública. (OLIVEIRA, 2001).

Para Di Pietro, discricionariedade é a faculdade conferida à Administração, por Lei, para apreciar o caso concreto de acordo com critérios de conveniência e oportunidade (DI PIETRO, 2007).

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ato administrativo discricionário se torna arbitrário e nulo por falta de motivação legal. (STF, em RDA 108/276). A motivação dos atos é necessária para que se faça seu controle legal no que diz respeito à discricionariedade. A motivação é o termômetro da arbitrariedade, pessoalidade e politização dos atos administrativos. É através dela que se verificam se os comandos nele inseridos incidirão ou não em desvios de finalidades.

O princípio da motivação na Administração Pública, ainda nas palavras de Di Pietro, não está expresso na Constituição, mas está implícito, pois é intrínseco ao princípio da legalidade e, em particular, ao devido processo legal, sendo inevitável para os cidadãos desempenharem seus direitos de informação, pois sem a motivação, não lhes é possível conhecer as razões que serviram de fundamento à decisão proferida pela Administração Pública.

Além de ser elemento indispensável a servir de base para o controle dos atos administrativos, seja para fins de controle interno ou externo exercido pelo Poder Legislativo, seja ainda para fins de controle Judicial, a motivação constitui garantia de legalidade dos atos administrativos. (DI PIETRO, 2007).

Celso Antônio Bandeira de Mello teoriza que nos atos administrativos discricionários, ou mesmo nos atos em que a prática do ato vinculado dependa de apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas, é imprescindível a motivação detalhada (MELLO, 2008).

O julgamento das contas do Chefe do Executivo pelo Legislativo, conforme o próprio nome indica, é o momento em que se decide sobre a aprovação ou rejeição das contas anuais, possuindo o Legislativo discricionariedade, posto se tratar de julgamento.

O Chefe do Executivo, em contrapartida, tem o direito de sa-

ber os fundamentos (motivos) do ato que concluiu pelo resultado de suas contas. Trata-se de garantia segundo a qual a fiscalização externa exercida pelo Legislativo sobre o Executivo, especificamente sobre as contas de seu Chefe, não seja objeto de barganhas ou outros meios escusos e puramente políticos.

Não é por outra razão que Jose Nilo de Castro teoriza que a deliberação da Câmara Municipal rejeitando as contas do Prefeito deva ser formalizada em resolução promulgada e publicada pelo Presidente da Câmara, contendo os motivos da rejeição (RT 386/154).

Segundo esse teórico:

*A motivação, como forma de controle da atividade administrativa, político-administrativa e judicial é princípio constitucional imposterável. O que é motivação? São as razões fundamentais explicitadas no ato, em virtude das quais o órgão tomou esta ou aquela decisão. Porque a decisão se pode revelar danosa ou lesiva a qualquer direito fundamental, tem-se aí a possibilidade de se estabelecer o contraditório. A simples fundamentação legal não é motivação. Daí, no julgamento das contas públicas, porque julgamento, a motivação é imprescindível. (CASTRO, 2003, p. 34).*

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça corrobora a necessidade de fundamentação (motivação) do julgamento, ao determinar que o ato de aprovação ou rejeição das contas do Chefe do Executivo deva ser motivado:

*ADMINISTRATIVO. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS PELA CÂMARA MUNICIPAL. PREFEITO. I - Configurado o dissídio e com base no artigo 1º, I, "g" da LC 64/90, afastou-se a carência de ação e reconheceu-se que cabe ao Poder Judiciário examinar a regularidade do processo administrativo e a existência do motivo que levou a Câmara Municipal a rejeitar as contas do autor. II - Recurso conhecido e provido para que o tribunal de origem prossiga no julgamento do feito (STJ. Recurso especial n. 176.616/MG. Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO. Publicado no DJ em 16/04/01).*

*ADMINISTRATIVO - EX-PREFEITO - REJEIÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS PELA CÂMARA MUNICIPAL - PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - Apreciação do Judiciário - CABIMENTO - LC 64/90, ART. 1º, INC. I "G" - PRECEDENTES. - O ato de rejeição das contas de ex-prefeito, pela Câmara de Vereadores, com apoio em parecer Técnico dos Tribunais*

*de Contas, é de natureza administrativa e, como tal, sujeito à apreciação do Judiciário como ocorre com os atos administrativos em geral, seja quanto aos seus aspectos formais, seja no tocante à procedência da sua motivação (REsp. 80.419/MG). - Recurso conhecido e provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, que dará prosseguimento ao julgamento (STJ. Recurso especial n. 151.529. Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. 2ª Turma. Publicado no DJ em 11/11/2002).*

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já decidiu sobre a necessidade de motivação no julgamento das contas realizado pelo Legislativo:

*Anula-se o julgamento realizado por Câmara Municipal, que rejeitou as contas prestadas por ex-Prefeito, quando o respectivo ato não contém fundamentação. A rejeição ou o acolhimento do parecer do Tribunal de Contas, nos termos do art. 31, §2º, da Constituição Federal, dá-se mediante ato formalmente político e materialmente jurisdicional, requerendo motivação consistente.*

E continua:

*A rejeição ou o acolhimento do parecer dá-se mediante ato formalmente político e materialmente jurisdicional, requerendo fundamentação consistente. Tratando-se de atividade de julgamento, a fundamentação da decisão proferida pela Câmara Municipal era imperiosa, em obséquio dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como do disposto no art. 13, §2º, da Constituição Estadual, que impõe motivação a qualquer ato praticado por agente público, no exercício de suas funções, devendo este explicitar o seu fundamento legal, fático e a finalidade. O ato do Legislativo, que rejeitou as contas do apelante, não está devidamente fundamentado. Nele não se encontram expostos os motivos que ensejaram a rejeição das contas do exercício indicado no pedido inicial. Não tendo os Vereadores indicado os pressupostos de fato e os preceitos jurídicos cuja aplicação ocasionou a rejeição das referidas contas, não se há considerar válido o ato impugnado. (TJMG. Apelação cível n. 1.0000.00.224733-6/001. Rel. Des. ALMEIDA MELO. 4ª Câmara Cível. Publicado no DJ em 25/06/2002).*

A conclusão a que se chegou é que a motivação dos atos não é exigência apenas no processo judicial, mas também no administrativo e até no político, conforme é o caso do julgamento das contas do Chefe do Executivo.

Conclui-se, pois, que a motivação encontra raízes no devido processo legal, sendo sua existência o contraponto aos atos administrativos discricionários, sejam eles derivados do Legislativo, Executivo ou Judiciário. O ato discricionário, por garantir liberdade ao agente no momento de decidir, não deve culminar em arbítrio por desconsideração dos limites legais. Isso somente ocorrerá através de devida e necessária fundamentação (motivação).

#### **4 TERCEIRO CAPÍTULO – RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO JULGAMENTO DAS CONTAS**

Segundo a teoria de Adilson Abreu Dallari, os agentes políticos exercem funções públicas, que podem consistir tanto na prática de atos políticos quanto na prática de simples atos administrativos (DALLARI, 2001). É no contexto dos primeiros atos por eles praticados, no momento da devida prestação de contas, é que incidirão as conseqüências do julgamento realizado pelo Poder Legislativo.

Por responsabilidade dos agentes políticos deve-se entender a violação de uma conduta em conformidade com a lei. Responsabiliza-se a atitude direcionada contra as normas do ordenamento jurídico em geral, principalmente aquelas em desconformidade com os princípios e regras atinentes aos deveres de tais agentes em razão do *status* ocupado dentro da Administração Pública, notadamente pela utilização, arrecadação, guarda, gerência ou administração de dinheiros, bens e valores públicos.

Em feliz expressão, José Nilo de Castro salienta que responsabiliza-se o agente político porque a atividade exercida por ele é atividade de quem não é dono, pois não lhe pertence o interesse público, a que deve prover, contínua e probamente (CASTRO, 2002).

É nesse contexto que o Chefe do Executivo, cujas contas tenham sido rejeitas pelo Poder Legislativo sofrerá as conseqüências do dano causado ao erário, em suas várias espécies. É as responsabilidades podem se dividir, como conseqüência da apuração de condutas danosas por parte do Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo, em responsabilidades civil, penal e político-administrativas.

A responsabilidade civil, na verdade, é a responsabilidade patrimonial do agente político, prevista no § 6º do art. 37 da Constituição da República. Através dela o erário é ressarcido dos prejuízos causados pelo agente em decorrência da prática de ato ilícito. O legislador buscou no direito privado um princípio elementar de Direito, segundo o qual, a ninguém é dado o enriquecimento ilícito ou sem causa. Portanto, será responsabilizado civilmente o agente que der causa, no exercício do cargo, a danos patrimoniais à

Administração Pública ou mesmo a terceiro.

Há quem sustente que a responsabilidade civil dos chefes do Poder Executivo não é meramente civil, mas “civil político-administrativa”, conforme destaca (Fazzio Júnior, 2000), uma vez que sua prática decorre da natureza da função que ocupa na administração.

Já a responsabilidade penal dos agentes, por crimes praticados contra a Administração, é prevista nos arts. 312 a 327 do Código Penal. Todavia, tratando-se de agentes políticos existem legislações penais específicas, como o Decreto-lei 201/67 e a Lei 1.079/50, sendo a primeira para Prefeitos, e a última, para os Governadores e Presidente.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, responsabilidade penal é toda aquela que resulta do cometimento de crime ou contravenção (MEIRELLES, 2006). E essa responsabilidade pode resultar em algumas espécies de delitos, como os crimes funcionais, crimes especiais, crimes comuns e as contravenções penais.

Sobre a responsabilidade político-administrativa, verifica-se com base nos precedentes do STF que os tipos do art. 1º do Decreto-lei 201 tratam-se de crimes comuns, de ação pública, cujo titular é o Ministério Público, apurados na Justiça, e em conformidade com a disposição constitucional definida no art. 29, X da Lei de 1988. Mas esse Decreto-lei, nas palavras do citado Ministro, deu à locução sentido diverso do que ela possuía na Lei n. 1.079, na Lei n. 30, e nas Constituições Republicanas<sup>5</sup>.

Em resumo, no Decreto-lei 201 o legislador cuidou, em artigos distintos, 1º e 4º, dos crimes funcionais e das infrações político-administrativas, estas julgadas pela Câmara de Vereadores, aqueles pelo Poder Judiciário.

Não é outra o posicionamento de José Nilo de Castro:

*O Prefeito, porém, é processado e julgado por crimes funcionais pelo Judiciário (infrações penais impropriamente chamadas de crimes de responsabilidade), definidos todos por Lei Federal (Decreto-Lei n. 201/67, art. 1º) e pela Câmara Municipal, por infrações não-penais, denominadas político-administrativas – que, na tradição de nosso direito, podem ser denominadas, e o são, de crimes de responsabilidade -, infrações estas (não-penais) (CASTRO, 2006).*

É entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> que a aprovação de contas dos prefeitos pelas Câmaras Municipais não os elide das responsabilidades destes por atos de gestão. Esse também foi o entendimento do legislador federal ao redigir o artigo 1º do Decreto Lei 201. Tal dispositivo lista quais são os crimes de responsabilidade dos prefeitos, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independente do pronunciamento da Câmara de Vereadores. Nos incisos I

e II desse artigo, se encontra a tipificação do peculato (artigo 312 do Código Penal) com a mesma pena prevista pelo Código Penal.

Os outros crimes tipificados no artigo 1º do DL 201 são punidos com a inelegibilidade e inabilitação para qualquer cargo público pelo prazo de cinco anos, sem o prejuízo da responsabilidade civil do dano causado ao patrimônio, além da pena de três meses a três anos de detenção. Diante disso, mesmo com a aprovação de contas pelo Legislativo, diante da existência de parecer contrário do Tribunal de Contas, não há quitação total das responsabilidades pelos atos de gestão do Chefe do Executivo.

## **5 QUARTO CAPÍTULO – A INELEGIBILIDADE COMO CONSEQUÊNCIA DA REPROVAÇÃO DAS CONTAS**

A Constituição da República, em seu art. 14, § 9º, dispôs que Lei Complementar estabeleceria outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Essa determinação culminou na edição da Lei Complementar 64/90, que estabeleceu em seu art. 1º os critérios absolutos (art. 1º, I) e relativos (art. 1º, II a VII) quanto à inelegibilidade. Absolutos são aqueles critérios que afastam a elegibilidade para todos os cargos em relação às eleições federais, estaduais ou municipais. Relativos são os critérios que afastam a elegibilidade apenas para cargo específico.

O objeto deste estudo diz respeito aos critérios absolutos, especificamente em razão do disposto no art. 1º, I, "g" da citada Lei Complementar n. 64/90, pois aquele que tiver suas contas rejeitadas por irregularidade insanável não poderá se eleger para quaisquer cargos eletivos, relativamente às eleições municipais, estaduais e federais. Veja-se o que estabelece a referida norma:

*Art. 1º São inelegíveis:*

*I - para qualquer cargo:*

*(...)os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (BRASIL, 2011).*

A redação original desse dispositivo, ou seja, antes de sua modificação pela Lei Complementar n. 135/10, a chamada "Lei Ficha Limpa", continha norma de conteúdo impreciso sobre a inelegibilidade dos agentes. Veja-se:

*Art. 1º São inelegíveis:*

*I - para qualquer cargo:*

*(...)os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão; (BRASIL, 2008).*

Como advento da Lei Complementar n. 135/10, o alcance da norma expressa pela alínea g do art. 1º, I, da Lei Complementar n. 64/90 limitou-se aos casos de rejeição das contas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa.

A redação original nada dispunha sobre o elemento subjetivo, ou seja, se necessário dolo ou simples culpa na prática do ato, possuindo, em nosso entendimento, maior alcance que a nova redação.

Desta forma, a primeira mudança perceptível diz respeito à necessidade de a irregularidade configurar ato doloso de improbidade administrativa, pois os atos culposos, mesmo que causem lesão ao erário público, não mais constituem irregularidade insanável em contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, entendendo o Tribunal Superior Eleitoral, no Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 460177/PB, que a lesão culposa ao erário, a ausência de má-fé e a ausência de dano não caracterizam comprometem a lisura da gestão:

*Registro. Inelegibilidade. Rejeição de contas.*

*1. O Tribunal de Contas Estadual emitiu pronunciamento favorável à aprovação das contas anuais do prefeito, consignando que as irregularidades averiguadas não comprometiam a lisura da gestão, por ausência de indícios de dolo, má-fé ou dano ao erário.*

*2. Em face disso, não há como entender existente decisão de rejeição de contas, apta a configurar a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, em razão da mera circunstância de que, ante as irregularidades averiguadas, foi imposta multa.*

*Agravo regimental não provido.*

Outra alteração significativa no comando normativo da alínea “g” diz respeito à necessidade de decisão suspensiva ou anulatória por parte do Poder Judiciário, a fim de que se suspenda ou anule a rejeição das contas. Não existe mais a possibilidade de, com o simples ajuizamento de uma ação, suspender a decisão do órgão competente que julgou as contas, não obstante há tempos ser entendimento jurisprudencial que não basta a distribuição da ação. Veja-se entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento de Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 35252:

*A orientação deste Tribunal, a teor de diversos precedentes, firmou-se no sentido da exigência de obtenção de tutela antecipada ou liminar suspendendo os efeitos da decisão de rejeição de contas, inclusive em relação àqueles candidatos que ajuizaram ação desconstitutiva antes da mudança jurisprudencial no âmbito desta Corte.*

Também o prazo relativo à inelegibilidade passou de cinco para oito anos, contados da decisão do órgão competente para julgar as contas, havendo divergência em relação à aplicabilidade do novo prazo em casos ocorridos anteriormente à Lei da Ficha Limpa. Não há, contudo, definição clara relativa à questão.

Por fim, a polêmica novidade ficou por conta da nova redação atribuída à parte final da alínea “g” que passou a contar com a seguinte redação: aplica-se “o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”.

Isso significa que todos os administradores e demais pessoas responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, além das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, serão julgados pelo Tribunal de Contas, inclusive o Chefe do Poder Executivo que seja gestor das finanças municipais, contrariando entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado acima.

Percebe-se uma manifesta tentativa de defender a probidade na administração e a moralidade no exercício de mandato eletivo, considerando a vida pregressa do candidato. Todavia, não é possível sobrepor-se à vontade do constituinte, especificamente pela norma disposta no art. 31 da Constituição da República.

## 6. CONCLUSÃO

Decisões imotivadas não se sustentam no atual Estado Democrático de Direito. Essa foi a conclusão principal do presente estudo. Os atos ou processos administrativos devem ser embasados em fundamentos (motivos) objetivos e impessoais, sob pena

de ofensa às normas da Constituição da República de 1988.

E isso não ocorre de forma diferente no julgamento das contas do Chefe do Executivo no âmbito do Poder Legislativo. O Legislativo, após a expedição de parecer prévio pelo Tribunal de Contas opinativo pela aprovação, aprovação com ressalvas ou rejeição das contas anuais, decide pela aprovação ou rejeição das contas do Prefeito, do Governador e do Presidente da República.

Mas para que o julgamento das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo seja válido, é necessário que exista fundamentação (motivação) do ato decisório proferido pelo Legislativo, como decorrência de uma administração democrática compatível com o atual Estado Democrático de Direito. Mais que um dever, a fundamentação dos atos administrativos deve ser vista como uma garantia de imparcialidade e objetividade por parte daquele que o profere, pois o mínimo que se espera em um julgamento, seja ela proferido em qualquer nível de governo ou no âmbito de quaisquer dos Poderes, é uma exposição transparente sobre os fundamentos (motivos) que culminaram na conclusão.

O julgamento das contas, conforme exposto nas razões deste estudo, implica em sérias consequências à pessoa do Chefe do Poder Executivo, dentre elas a inelegibilidade pelo período de 8 (oito) anos a contar do julgamento das contas pelo Legislativo.

Posto isso, decidir pela aprovação ou rejeição das contas de forma não fundamentada (imotivada) é permitir que se atentem contas as garantias do julgamento, contra as normas constitucionais e contra os pilares nos quais se sustenta o Estado Democrático de Direito.

## 7 REFERÊNCIAS

DALLARI, Adilson Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. BDA - Boletim de Direito Administrativo - Fevereiro/2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOTTALLO, Eduardo. *Julgamento de Contas de Prefeito e Princípio da Ampla Defesa*. in ESTUDOS em homenagem à Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. V. 2.

BRASIL Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

BRASIL. *Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2011.

BRASIL. *Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acor-



- do com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2011.
- BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em recurso especial n. 875163*. Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Publicado no DJ de 30/06/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 132747/DF*. Relator Min. MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 07/12/1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 151.529*. Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Publicado no DJ em 11/11/2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 176.616/MG*. Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO. Publicado no DJ em 16/04/01.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação cível nº 20090111023633APC*. Rel. Des. SÉRGIO ROCHA. Julgado em 24 de novembro de 2010.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (22. Região.). *Recurso ordinário nº RO 1162200910722004 PI 01162-2009-107-22-00-4*. Publicado no DJT em 30/08/2010.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba. *Registro de candidatura nº 490661/PB*. Min. Rel. CARLOS NEVES DA FRANCA NETO. Publicado no PSESS em 05/08/2010.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental em recurso especial Eleitoral n. 35252*. Relator Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, DJE 24/4/2009.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 460177/PB*. Relator Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. Publicado na sessão do dia 15/09/2010
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental em recurso ordinário n. 433457/CE*. Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO. Publicado em Sessão na data de 23/11/2010.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental em recurso ordinário n. 249184/BA*. Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Acórdão publicado em sessão na data de 06/10/2010.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso especial eleitoral nº 10726*. Rel. Min. AMÉRICO LUZ. Publicação no PSESS em 25/09/1992.
- CASTRO, José Nilo de. *Julgamento das contas municipais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CASTRO, José Nilo. *A defesa dos Prefeitos e Vereadores em face do Decreto-lei n. 201/67*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Responsabilidade penal e político-administrativa de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível n. 1.0000.00.224733-6/001*. Rel. Des. ALMEIDA MELO. Publicado no DJ em 25/06/2002.
- MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais: atualizada até a emenda nº 82, de 14 de abril de 2010*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/downloads/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Processo administrativo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2107>>. Acesso em: 12 fev. 2011.
- REAL, Alberto Ramón. *La fundamentación del acto administrativo*. in RDP 6/17.
- SAO PAULO (Estado). *Constituição do Estado de São Paulo*. Organizado por Emilio Sabatovski, Iara P. Fontoura e Karla Knih. 9.ed. atual. Curitiba: JURUÁ, 2010
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. in RDP 75/127.

## **NOTAS DE FIM**

1 Mestrando em Direito Público pela PUC Minas; Diretor Jurídico da Câmara Municipal de Ribeirão das Neves; Sócio do escritório Freire, Câmara & Ribeiro de Oliveira Advogados

2 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo.

3 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;

4 Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

5 STF. Habeas Corpus n. 70.671/PI, Pleno - julgamento em 13.04.94. Rel. Min. CARLOS VELLOSO.

6 STF. Inquérito n. 1.070, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-11-2004, Plenário, DJ de 1º-7-2005.

# REFLEXÕES ACERCA DO PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE

Tarso Duarte de Tassis<sup>1</sup>

Leonardo Dias Saraiva<sup>2</sup>

RESUMO: O presente estudo tece algumas considerações acerca do pleno exercício de direitos políticos pelos cidadãos, seus conceitos, bem como a possibilidade de perda ou suspensão desses direitos – efetuando uma diferenciação entre perda e suspensão de direitos políticos –. Elencou-se cada uma das hipóteses constitucionais, bem como buscou-se algumas questões específicas com relação à cada uma delas. Mais especificamente, pretendeu-se abordar, no que tange à cada uma das previsões constitucionais de perda e suspensão de direitos políticos, as questões controvertidas no âmbito do Poder Judiciário, as divergências doutrinárias sobre o tema, os efeitos, a incidência, além de suas implicações relativas ao direito de ser votado (*ius honorum*).

PALAVRAS CHAVE: Condição de Elegibilidade. Direitos Políticos. Perda. Suspensão

ÁREA DE INTERESSE: **Direito Constitucional; Direito Eleitoral.**

## 1 INTRODUÇÃO

Condições de elegibilidade são os requisitos constitucionais ou legais que qualquer pessoa deve satisfazer para obter o registro de candidatura. Desta feita, com muita propriedade, PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS<sup>3</sup> destacou a impropriedade terminológica do art. 14, §3º da CF/88 (*São condições de elegibilidade, na forma da lei*), do termo condições de “elegibilidade”, previsto também no art. 3º do Código Eleitoral.

Ora, se definimos condições de elegibilidade como satisfação de requisitos para ter direito ao registro de candidatura, o termo correto conforme apontado pelo eminente jurista seria efetivamente condições de “registrabilidade”. O candidato tem direito ao registro e não de ser eleito, haja vista que para ser “eleito” o candidato depende da manifestação democrática do voto favorável. O registro garante apenas o direito de ser votado (*ius honorum*).

Desconsiderando o tecnicismo gramatical, JOSÉ JAIRO GOMES<sup>4</sup> define elegibilidade como “*aptidão de ser eleito ou eleito*”.

Alguns autores fazem distinção qualitativa das condições de elegibilidade. ADRIANO SOARES DA COSTA<sup>5</sup> as divide em próprias (previstas no §3º do art. 14 da CF/88) e impróprias (previstas em outras normas constitucionais ou infraconstitucionais). MARCOS RAMAYANA<sup>6</sup> utiliza a mesma terminologia acima, porém faz distinção em relação à sua classificação, chamando de próprias todas as condições constitucionais e impróprias as condições infra-constitucionais de elegibilidade.

O que nos interessa é saber diferenciar e destacar as condições de elegibilidade bem como as inelegibilidades que sejam

constitucionais das que sejam infra-constitucionais, independente de sua nomenclatura ou divisão terminológica. A importância do tema é consagrada com o disposto no art. 259 do Código Eleitoral, que assim dispõe: “*São preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional. Parágrafo único. O recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto*”.

Isto porque existem no ordenamento legal pátrio somente dois instrumentos jurídicos processuais eleitorais capazes de conhecer de matérias referentes às inelegibilidades e incompatibilidades no período eleitoral, a saber: Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura - AIRC (art. 3º e segs. da LC 64/90) e Recurso Contra Expedição de Diploma - RCED (art. 262 e segs. do Código Eleitoral).

Portanto, o que se conclui é que o momento oportuno para se arguir ausência de condições de elegibilidade e inelegibilidade ambas de natureza eminentemente infraconstitucional é em sede própria no processo de registro (o que inclui sua eventual impugnação através de AIRC). Uma vez transitado em julgado o deferimento do registro, a matéria infraconstitucional não alegada resta preclusa e não poderá ser argüida em outro momento (a exceção é para caso de fato superveniente ao registro e anterior às eleições ou à diplomação).

## 2 CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE ELEGIBILIDADE

As condições constitucionais de elegibilidade estão previstas

no art. 14 da CF/88 (*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante (...)*). Inicia-se com o disposto em seu §3º (§ 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei).

O que se extrai inicialmente do disposto no §3º é o seguinte termo: "*na forma da lei*". JOEL JOSÉ CÂNDIDO<sup>7</sup> afirma que a Constituição Federal depois de enumerar as condições de elegibilidade remete-as à lei, que no caso deve-se entender como ordinária e não necessariamente Lei Complementar. Este também é o posicionamento do STF (ADI-MC n.º 1.063/DF<sup>8</sup>), afastando a necessidade de edição de Lei Complementar, conforme hipótese prevista no §9º do art. 14, que fica reservada para edição legislativa referente à inelegibilidade, não se aplicando às condições de elegibilidade.

Assim, é importante destacar que a legislação infraconstitucional pode ao mesmo tempo regular uma condição constitucional de elegibilidade (ex. prazo de filiação mínima e de domicílio eleitoral) ou até mesmo criar a referida condição.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR<sup>9</sup>, ao comentar o referido dispositivo constitucional, apresenta interessante crítica no que se refere à repetição de condições de elegibilidade, como condições de alistamento eleitoral, afirmando que à exceção dos incisos V e VI da CF/88, os demais requisitos são os mesmos para que a pessoa aliste-se como eleitor. *Data vêniam*, entendemos que a repetição constitucional de tais condições, mesmo que idênticas às aquelas referentes ao alistamento eleitoral, permite-se a averiguação no processo de registro de tais requisitos. Se assim não fosse, todas as questões estariam preclusas quando do processo de inscrição e transferência no corpo de eleitores, impedidas de serem debatidas autonomamente no momento de pedido de registro de candidatura.

### **3 PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS (ART. 14, § 3º, II DA CF/88)**

Inicialmente cumpre destacar que somente a própria Constituição Federal poderá criar as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos. Atualmente tais situações estão limitadas aos incisos I a V do art. 15 da CF/88.

Por interpretação sistêmica da CF/88, devemos considerar ainda pelo menos outras quatro hipóteses não referidas expressamente no art. 15 da própria Constituição como causas de perda ou suspensão dos direitos políticos, a saber: renúncia voluntária da nacionalidade brasileira; opção de exercício dos direitos políticos em Portugal, com base no Estatuto de Igualdade; o período de conscrição previsto no art. 14, §2º da CF/88 bem como a aplicação da medida de segurança. As duas primeiras exceções serão tratadas quando da análise individual do inciso I do art. 15 da CF/88 feita abaixo.

No que se refere ao período de conscrição como causa de suspensão temporária dos direitos políticos, apesar de não ser situa-

ção tratada nos incisos do art. 15 da CF/88, é de ser reconhecida como causa de suspensão dos direitos políticos, haja vista que art. 14, §2º da CF/88 veda aos conscritos no período do serviço militar obrigatório o direito ao alistamento eleitoral, ou seja, o direito de inscrever-se no corpo de eleitores, sendo que tal vedação o resulta nas mesmas consequências da suspensão dos direitos políticos.

A legislação brasileira já cuidou de conceituar o que seriam direitos políticos<sup>10</sup>, definindo-os como, precipuamente, o direito de votar e ser votado (*Lei 818/49, art. 38 - São direitos políticos aqueles que a Constituição e as Leis atribuem a brasileiros, precipuamente o de votar e ser votado*). Este porém não é o melhor conceito. Em uma análise restritiva da norma acima poderia-se chamar de direitos políticos apenas como o direito de votar (*ius sufragii*) decorrente do direito de alistar-se no corpo de eleitores, haja vista que tal condição (art. 14, §3º da CF/88 e art. 3º do CE) é requisito ao direito de ser votado (*ius honorum*).

PONTES DE MIRANDA<sup>11</sup> define direitos políticos como direito de participar da organização e funcionamento do Estado. Tal conceito explica o fato de que além de ser uma condição de elegibilidade, o pleno exercício dos direitos políticos é também uma condição para o exercício do mandato eletivo<sup>12</sup>.

Mas deve-se distinguir ambas situações, no que interessa ao estudo do direito eleitoral. Na primeira, aquele que em período eleitoral esteja com os direitos políticos suspensos ou os tenha perdido, não satisfaz condição de elegibilidade e, portanto, não pode participar do pleito.

Já quem teve os direitos políticos suspensos ou cassados no curso do mandato eletivo, fora do período eleitoral, perde o cargo para o qual foi eleito, sendo que tal matéria foge da seara do direito eleitoral, sendo da seara eminentemente do direito constitucional, administrativo e até penal.

A definição de PONTES DE MIRANDA, deveria ser complementada como "*direito de participar da organização, funcionamento e vida política do Estado*" uma vez que a participação em atividades políticas partidárias inclusive comícios e atos de propaganda demandam o gozo dos direitos políticos, sob pena de tipificação do crime eleitoral do art. 337<sup>13</sup> do CE.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR<sup>14</sup> critica o termo "pleno" da redação constitucional. Afirma que "*Ou a pessoa tem direitos políticos, ou não os tem*".

A presente condição de elegibilidade deve também ser interpretada com o disposto no inciso III e V do art. 14, § 3º da CF/88, pois tanto o alistamento eleitoral (*vide* art. 71, II do Código Eleitoral) quanto a filiação partidária (*vide* art. 22, II da Lei 9.096/95) também exigem o pleno exercício dos direitos políticos para o seu exercício.

Fora da seara eleitoral, o pleno gozo dos direitos políticos também é requisito para: legitimação ativa em ação popular (art.

5º LXXIII da CF/88); subscrever projeto de lei de iniciativa popular (art. 61, §2º da CF/88); investidura em cargo público mesmo que não eletivo (art. 5º, II da Lei 8.112/90 e art. 87, 89, VII, 101, 131, §1º da CF/88); exercer cargo administrativo ou de representação econômica ou profissional em entidade sindical (art. 530, V da CLT); ocupar cargo de diretor ou redator chefe de jornal ou periódico (art. 7º, §1º da Lei 5.250/67) e também para exercer a função de jurado do Tribunal do Júri (art. 434 do CPP).

Assim, quando se fala em suspensão ou perda dos direitos políticos, deve-se analisar isoladamente todos os incisos do art. 15 da CF/88, a saber:

### **3.1 Cancelamento da Naturalização dor Sentença Transitada em Julgado**

Primeiro cumpre destacar que a presente hipótese é a única (dentre as que literalmente estão previstas no art. 15 da CF/88) que acarreta a perda dos direitos políticos. Os demais incisos do art. 15 da CF/88 são todos causas de suspensão e não perda dos direitos políticos. A única hipótese controversa acerca de se tratar de perda ou suspensão é a do inciso IV do art. 15 da CF/88. ALEXANDRE DE MORAES<sup>15</sup>, em sua obra (Direito Constitucional, 10ª ed. p. 251) trata da escusa de consciência como causa de perda dos direitos políticos. Não comungamos de tal opinião, haja vista que uma vez cumprida a prestação alternativa voltará o interessado a gozar de seus direitos políticos que estavam suspensos. É inclusive a disposição expressa da legislação infraconstitucional sobre a matéria, prevista no art. 4º, §2º da Lei 8.239/91.

O inciso acima deve ser analisado em conjunto com o art. 12, §4º da CF/88, bem como a legislação ordinária da Lei 818 de 1949. Inicialmente cumpre destacar que a referida lei ordinária encontra-se parcialmente revogada pelo Estatuto do Estrangeiro e foi parcialmente não recepcionada pela CF/88, devendo ser analisada com cautela.

Quando se fala em cancelamento da naturalização, está se contemplando apenas a hipótese do inciso I do §4º do art. 12 da CF/88, que se refere à chamada de *perda-punição* da nacionalidade (MORAES: 2002, 527), que é direcionada exclusivamente ao brasileiro naturalizado. Neste caso, somente a Justiça Federal (art. 109, X<sup>17</sup> da CF/88) é que poderá cancelar a naturalização decretando a perda dos direitos políticos, retornando o indivíduo à condição de estrangeiro. Os efeitos de tal decisão são *ex nunc*, contados somente a partir do trânsito em julgado.

ALEXANDRE DE MORAES<sup>18</sup> afirma que uma vez perdida a nacionalidade o estrangeiro que se tornou indigno ao estado brasileiro, por praticar atividade nociva ao interesse nacional, somente poderá readquirir a nacionalidade brasileira através de ação rescisória. ADRIANO SOARES DA COSTA<sup>19</sup> reafirma a referida impossibilidade,

mas não de forma tão taxativa, afirmando que na hipótese de êxito em uma nova naturalização, o estrangeiro desnaturalizado não irá retroagir os efeitos da anterior condição de nacional, iniciando-se a partir da nova naturalização a aquisição dos direitos políticos.

Ocorre que o art. 15, I da CF/88, em sua redação não contempla literalmente a hipótese do inciso II do §4º do art. 12 também da CF/88, que se refere à perda da nacionalidade em razão de ato voluntário de brasileiro, também chamada de *perda-mudança* da nacionalidade. Sabemos que o art. 15 da CF/88 é taxativo e suas hipóteses são *numerus clausus*, mas é óbvio concluir que mesmo não estando inserida nas hipóteses de tal dispositivo constitucional, a perda da nacionalidade brasileira decorrente da aquisição de outra nacionalidade fora das exceções constitucionais é hipótese de perda dos direitos políticos pois é incompatível que um estrangeiro ostente tais prerrogativas.

Lado outro, o brasileiro que tenha optado, nos termos do art. 12 do Estatuto Especial de Igualdade (que no Brasil é identificado pelo Decreto nº 70.436/72), em exercer seus direitos políticos em Portugal, tratar-se-á de hipótese de suspensão dos direitos políticos, e não de perda. Desta feita será outra hipótese que atinge diretamente os direitos políticos mesmo que não explicitamente disposta nas situações *numerus clausus* do art. 15 da CF/88.

A decretação da perda da nacionalidade prevista no inciso II do §4º do art. 12 da CF/88 independe de ato jurisdicional, uma vez que a lei 818/49, em seu art. 23<sup>20</sup> reclama apenas a existência de um processo administrativo com oitiva do interessado, determinada em Decreto a ser expedido pelo Presidente da República.

### **3.2 Incapacidade Civil Absoluta**

A capacidade civil regulada pelo Código Civil Brasileiro não deve ser confundida com capacidade de direitos, uma vez que esta surge com o nascimento e é decorrente da personalidade jurídica. PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO afirmam que "todo ser humano tem, assim, capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente a sua condição"<sup>21</sup>.

Assim, pode-se definir como incapacidade civil absoluta como uma situação de fato que impossibilite a pessoa de manifestar sua real e jurídica vontade. Tais hipóteses foram reguladas pelo CC de 1916 em seu art. 5º. O CC de 2002 em seu art. 3º é a regulamentação legislativa atual da matéria:

*Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

*I - os menores de dezesseis anos;*

*II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;*

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O inciso I (os menores de dezesseis anos) do art. 3º do CC de 2002 estabelece uma situação jurídica de fato na qual a pessoa não está habilitada a exprimir sua vontade validamente. A idade de 16 anos foi o limite etário determinando pelo legislador para a validade jurídica, mesmo que relativa, dos atos praticados pela pessoa.

É interessantíssimo destacar que o menor de 16 anos pode ser portador de título de eleitor, mas nem por isso estará no gozo dos direitos políticos. Isto ocorre devido ao fato que a verificação da idade para exercício da capacidade eleitoral ativa facultativa de 16 anos é feita até a data das eleições. Ocorre que a Justiça Eleitoral somente recebe o pedido de inscrição eleitoral até 150 dias antes do pleito (art. 91 da Lei 9.504/97). Então, o eleitor que completar 16 anos durante este 150 dias antes do pleito, tem o direito de obter um título eleitoral, sob a condição suspensiva do implemento etário. Tal situação encontra-se regulada pelo TSE através do art. 14<sup>23</sup>, §§1º e 2º da Resolução 21.538 de 14 de Setembro de 2006.

Os incisos II (os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos) e III (os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade) do referido dispositivo consagram um estado permanente ou temporário de incapacidade para exprimir vontade. Se a pessoa é incapaz dos atos da vida civil, é imprescindível que os atos referentes ao exercício da cidadania sejam-lhe também vedados, em especial aqueles ligados à capacidade eleitoral ativa (*ius suffragii*) e capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*).

A verificação de incapacidade civil absoluta, no que se refere à suspensão<sup>24</sup> dos direitos políticos, pode se dar a qualquer tempo, seja durante o pedido de registro ou após a expedição do diploma e até mesmo no curso de mandato eletivo, desde que observados os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CF/88).

Questão interessante é saber qual o marco inicial da suspensão dos direitos políticos decorrentes da incapacidade civil absoluta. Se é da data da causa incapacitante ou da sentença que interditar o interessado?

Por se tratar efeito automático da incapacidade civil absoluta, a mesma somente poderá ser observada após o regular processo de interdição (STF, RE nº 92.776 e 92.040), passando a vigorar com a interdição e independente do trânsito em julgado, nos termos do art. 1184 do CPC. A necessidade do processo de interdição já foi reconhecida inclusive pelo TSE<sup>25</sup>.

### 3.3 CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO, ENQUANTO DURAREM SEUS EFEITOS

Entende-se por condenação criminal transitada em julgado a presença de uma sentença penal procedente, que não poder ser alterada seja porque se esgotaram as vias recursais, seja porque restaram preclusos os prazos para interposição de recurso visando sua reforma. TOURINHO FILHO<sup>26</sup> faz uma distinção entre coisa julgada e coisa soberanamente julgada. Afirma que no caso da sentença penal condenatória, enquanto existir a viabilidade da revisão criminal, a mesma não pode ser considerada como coisa "soberanamente" julgada.

JOEL JOSÉ CÂNDIDO<sup>27</sup> ao analisar o inciso III do art. 15 da CF/88 afirma que o termo "condenação criminal" foi utilizado como gênero, incluindo qualquer infração penal. Assim, o objeto da referida decisão judicial penal pode ser referente a contravenção (TSE, Ac. 13.293<sup>28</sup>), delitos culposos (TSE, Ac. 13.027<sup>29</sup>) inclusive pena de multa.

A aplicação do efeito automático<sup>30</sup> de suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação criminal deve ser analisado diante do preceito constitucional sobre o lapso temporal dos efeitos da condenação.

Portanto, no caso da sentença penal transitada em julgado haver condenado o réu unicamente à pena de multa, os direitos políticos estarão suspensos enquanto a multa não for integralmente quitada, nos termos do art. 164 e segs da Lei de Execução Penal, momento em que cessam seus efeitos.

No caso de pena privativa de liberdade ou penas alternativas, os direitos políticos do réu estarão suspensos enquanto estiverem no cumprimento da pena. Não se consideram para fins de suspensão dos direitos políticos os efeitos secundários da condenação, previstos no art. 91 e 92 do CP. Destaca-se o enunciado da súmula 09 do TSE: "A suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos". Ainda neste sentido (TSE, Ac. 12.931).

No que se refere ao condenado beneficiado pelo instituto do sursis, suspendendo a pena de forma condicional (art. 77 do CP), é de se impor a suspensão dos direitos políticos. Isto porque na suspensão condicional da pena estão presentes os dois requisitos previstos no referido inciso constitucional, quais sejam: condenação criminal transitada em julgado e efeitos da referida condenação. Esta estará apenas suspensa em sua execução de privação de liberdade determinada pela condenação, de forma temporária e somente restabelecerá o condenado no gozo de seus direitos políticos na hipótese do art. art. 82 do CP.

Sobre o tema, destaca-se a lição de TORQUATO JARDIM<sup>31</sup>:

“Exige (o art. 15, III da CF/88) que, remetendo-se à legislação penal, a condenação continue produzindo efeitos penais ou extrapenais. Assim, os institutos jurídicos de política criminal, visando à suspensão de aplicação da pena privativa da liberdade (sursis) ou antecipação provisória da liberdade (livramento condicional), não autorizam a cessação dos efeitos da suspensão dos direitos políticos”. No mesmo sentido é a orientação do TSE (Ac. 250 e 16.432)<sup>32</sup>.

Conforme Leciona FREDERICO MARQUES<sup>33</sup> **“a suspensão de direitos políticos já não se limita, hoje, aos casos em que a condenação era em pena privativa de liberdade”**:

*“O sursis e o livramento condicional em nada influem na suspensão de direitos políticos, uma vez que os efeitos da condenação continuam existentes. Aliás, já que está devidamente superada a controvérsia que de início surgiu, sendo pacífico, atualmente, que a concessão de qualquer daqueles benefícios em nada afeta a pena acessória que a Constituição prevê”.*

Lado outro é quando se trata da suspensão condicional do processo prevista no art. 89<sup>34</sup> e a transação penal prevista no art. 76, ambos dispositivos da Lei 9.099/95. Nestes casos, por não estar presente o requisito da sentença penal condenatória, não há que se falar em suspensão dos direitos políticos.

Deve-se destacar a particularidade deste dispositivo constitucional (art. 15, III) com o disposto no art. 55, VI c/c §2º da CF/88, que assim dispõe:

*Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...)*

*VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...)*

*§ 2º. Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.*

Inicialmente cumpre esclarecer que tal exceção é limitada aos deputados<sup>35</sup> e senadores, não se estendendo aos demais cargos eletivos.

Tal norma, igualmente constitucional, é considerada uma exceção<sup>36</sup> à auto-aplicabilidade do inciso III do art. 15 da CF/88. Entendo de forma parcialmente diversa, no sentido de que não podemos tratar a situação prevista no art. 55, §2º da CF/88 como

uma exceção total mas sim parcial à auto aplicabilidade do inciso III do art. 15 da CF/88. Isto porque a prévia autorização da Casa Legislativa para decretação da perda do mandato, apenas irá garantir ao interessado a condição de poder exercer o mandato para o qual foi eleito, mesmo em situação de condenando criminalmente em definitivo.

A perda do cargo eletivo é apenas uma das conseqüências da suspensão dos direitos políticos, mas não a única. Desta forma, trata-se de uma hipótese que excepcionaliza apenas uma das conseqüências da suspensão dos direitos políticos, referente à continuidade no mandato e quiçá a da filiação partidária.

Não obstante, no que se refere à pleitos futuros, no momento do pedido do registro de candidatura, o congressista que esteja no cargo pautado na garantia do §2º do art. 55 da CF/88, não satisfará o requisito constitucional previsto na alínea “b” do §3º do art. 14 da CF/88. Isto porque o mandato protegido pela referida norma constitucional é aquele no qual se verificou o trânsito em julgado da condenação. A decisão legislativa colegiada tem o condão de apenas suspender uma das conseqüências da decisão penal condenatória transitada em julgada mas não todos os efeitos da suspensão dos direitos políticos automaticamente decorrentes da condenação criminal definitiva, garantindo ao congressista o término daquele mandato, mas não poderá ser utilizada como um salvo conduto para nova candidatura.

Tratar-se-á de uma situação única. ALEXANDRE DE MORAES<sup>37</sup> afirma que “A constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político da conveniência sobre a perda do mandato”. Ou seja, o que se garante é o exercício ou não do mandato, mas não a suspensão total dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado, em especial o pleno gozo dos direitos políticos como condição de elegibilidade para uma nova legislatura.

No que se refere aos direitos políticos negativos, os princípios que instruem a edição legislativa, referentes às inelegibilidades (não confundir com condição de elegibilidade) estão previstos no art. 14, §9º da CF/88 e visam “proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato” situação incompatível com a possibilidade de suspender plenamente os efeitos decorrentes do inciso III do art. 15 da CF/88.

Vale inferir que “da própria decisão condenatória irreversível, independentemente de declaração expressa, exsurge a afetação das prerrogativas inerentes à cidadania política — capacidade eleitoral ativa (jus suffragi,) e passiva (jus honorum) -, em face da autoaplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional”<sup>3839</sup>.

Do mesmo modo é a decisão que impõe medida de segurança posto que, embora não ostente natureza condenatória, enseja

suspensão de direitos políticos, tendo que tais medidas atribuem sanção de natureza penal<sup>40</sup>. A incidência da suspensão de direitos políticos, nesses casos, vigora, tendo em vista que o fundamento para a suspensão dos direitos políticos é ético, e como tal, deve incidir aos condenados por sanção de natureza penal.

### **3.4 A Recusa de Cumprir Obrigação a todos Imposta ou Prestação Alternativa, nos Termos do Artigo 5º, VIII, CF**

Para analisar o presente dispositivo, deve-se trazer à baila o conteúdo do art. 5º, VIII da CF/88 que assim dispõe: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". É imprescindível também a leitura do art. 142 §§ 1º e 2º da CF/88.

CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>41</sup>, ao analisar originalmente o referido dispositivo, limitou a sua aplicabilidade para os deveres do cidadão com o serviço militar obrigatório: "É verdade que o Texto fala em 'eximir-se de obrigação legal a todos imposta' e não especificamente em 'serviço militar'. É fácil verificar-se, contudo, que a hipótese ampla e genérica do Texto dificilmente se concretizará em outras situações senão aquelas relacionadas com os deveres marciais do cidadão".

Esta porém não é a melhor leitura do texto constitucional. Podemos entender que o conceito de obrigação a todos imposta já previsto no ordenamento jurídico pátrio, além do serviço militar obrigatório, pode ser aplicada também a outras obrigações, tais como o dever de alistamento eleitoral aos maiores de 18 anos bem como o dever de votar. Deve-se ainda considerar à obrigatoriedade do júri e da convocação para mesário nas eleições<sup>42</sup>.

No que se refere ao serviço militar obrigatório, a chamada "escusa de consciência" implica na prestação alternativa que se entende pelo exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar (art. 3º, §2º da Lei 8.239/91).

Ocorre que a suspensão sine die dos direitos políticos no caso vertente não é automática. O art. 4º da Lei 8.239/91 estabelece que:

*Art. 4º. Ao final do período de atividades previsto no § 2º do artigo 3º desta Lei, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista.*

*§ 1º. A recusa ou o cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado,*

*implicará o não-fornecimento do Certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido.*

*§ 2º. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o Certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas.*

Desta feita, a suspensão dos direitos políticos deve ser decretada pela autoridade competente somente dois anos após a recusa ou o cumprimento incompleto da prestação alternativa, podendo a qualquer tempo o inadimplente regularizar sua situação mediante o cumprimento das obrigações devidas, restabelecendo neste momento seus direitos políticos.

No que se refere à convocação para a função de jurado no Tribunal do Júri, sua recusa pautada em motivação religiosa, filosófica ou política, nos termos do art. 435<sup>43</sup> do CPP importa na "perda dos direitos políticos". O interessante no caso vertente é que a legislação prevê que a recusa desmotivada à convocação para função de jurado não acarreta a perda dos direitos políticos, mas sim a multa prevista no art. 443 do CPP.

TOURINHO FILHO<sup>44</sup> ao analisar o referido art. 435 do CPP entendeu como norma auto-aplicável em razão do art. 15, IV da CF/88. Não comungamos de tal opinião. Não obstante a norma não ser revestida de discricionariedade (afirmando que "importará a perda dos direitos políticos") entendendo que, se recepcionado pela CF/88 for o art. 435 do CPP, a melhor solução dada à espécie foi afirmada por MIRABETE<sup>45</sup>, nos seguintes termos: "Como não há prestação alternativa para o caso de jurado, o juiz presidente do Júri deve comunicar a recusa ao presidente do Tribunal de Justiça para que este providencie o encaminhamento ao Ministro da Justiça, a quem cabe declarar a perda dos direitos políticos".

Em nossa opinião, ambas soluções acima estão equivocadas. Entendemos que o art. 435 do CPP não foi recepcionado CF/88. Por mais que a disposição do art. 15, IV da CF/88 possa ser aplicada na hipótese vertente in tese<sup>46</sup> (ou seja, recusa no ao exercício da função de jurado), a forma prescrita no referido dispositivo do CPP colide com elementos essenciais da CF/88, a saber: quebra do princípio da proporcionalidade e isonomia (no momento em que a recusa desmotivada para a função de jurado gera apenas a pena de multa e as motivadas nos termos do art. 435 geram a suspensão dos direitos políticos); atualmente o art. 15, IV da CF/88 é causa de suspensão e não de perda dos direitos políticos<sup>47</sup>, devendo existir uma forma do inadimplente recuperar os referidos direitos mediante a implementação de uma conduta;



conflito aparente entre as normas do art. 5º, VIII, pois nesta se exige que a recusa seja tanto na obrigação a todos imposta quanto na prestação alternativa, dando a idéia de que é indispensável a previsão de uma prestação alternativa<sup>48</sup> (inexistente no caso art. 435 do CPP) com o inciso IV do art. 15 que fala que a recusa pode ser ou na obrigação a todos imposta (dando uma idéia isolada do conceito) ou na prestação alternativa.

Mesmo que considerada recepcionada pela CF/88 a referida norma do CPP, entendo que pelo menos a multa prevista no art. 443 do CPP deve ser aplicada e aceita como prestação alternativa no caso da recusa da função de jurado fundada em razões de cunho político, filosófico ou religioso adequando-se a proporcionalidade das sanções. Entendo ainda que se tratará de hipótese de suspensão dos direitos políticos, a ser decretada pela Autoridade Competente até o implemento da referida multa pelo inadimplente.

Nas duas hipóteses tratadas acima ainda reside uma dúvida, no sentido de quem seria a autoridade competente para decretar a suspensão dos direitos políticos. A anterior Constituição Federal (1967) em seu art. 144, §2º declinava como competência do Presidente da República a decretação da presente sanção. A atual Constituição não repetiu a norma, silenciando-se a respeito.

ALEXANDRE DE MORAES<sup>49</sup> aderindo ao entendimento de FÁVILA RIBEIRO interpreta a omissão constitucional como autorizativo para edição legislativa privativa da União na matéria em comento, como forma de se opor a opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>50</sup> no sentido de que tal competência restaria por eliminação ao Poder Judiciário.

JULIO FABRINI MIRABETE em trecho já citado neste capítulo, afirmou tratar ser tal competência do Ministro da Justiça e comungamos da referida opinião, inclusive após análise do art. 51, §3º<sup>51</sup> da Resolução 21.538 do TSE que faz referência direta a tal competência.

No que se refere à obrigação do alistamento eleitoral aos maiores de 18 anos (art. 14, §1º, I da CF/88), o resultado prático do descumprimento da referida norma se equivale ao mesmo que sanção a suspensão ou perda dos direitos políticos, pois sem o referido alistamento não exercerá a pessoa nem o direito de votar (*ius suffragii*) nem o direito de ser votada (*ius honorum*) não podendo também participar da vida política do país.

Já no caso de descumprimento da obrigação de votar (art. 14, §1º, I da CF/88), a mesma deve ser analisada em relação aos dispositivos dos arts. 7º e 8º do Código Eleitoral.

O fato de não ter votado nas últimas eleições e não ter justificado ou regularizado a situação perante a Justiça Eleitoral impede ao eleitor receber a quitação eleitoral que, conforme dispõe o art. 7º, §1º, I do CE, é vedação ao direito de investir-se e empossar de cargo ou função pública. A norma ganha contornos práticos idên-

tics ao de suspensão dos direitos políticos na hipótese prevista no §3º do art. 7º do CE: "§ 3º. Realizado o alistamento eleitoral pelo processo eletrônico de dados, será cancelada a inscrição do eleitor que não votar em 3 (três) eleições consecutivas, não pagar a multa ou não se justificar no prazo de 6 (seis) meses, a contar da data da última eleição a que deveria ter comparecido". Como cancelamento do título, cancela-se o alistamento eleitoral e logicamente impede-se o exercício efetivo dos direitos políticos.

Resumindo, a suspensão dos direitos políticos decorrentes do presente inciso IV do art. 15 da CF/88 não é automático em nenhuma hipótese. A recusa na obrigação a todos imposta ou a prestação alternativa, para autorizar a suspensão dos direitos políticos deve ser regulada por lei infraconstitucional.

### **3.5. Improbidade Administrativa, nos Termos do Artigo 37, § 4º da CF**

Por fim, estabelece a Constituição Federal que a suspensão dos direitos políticos se daria em razão de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, 4º, segundo o qual "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

Da redação do dispositivo em comento, extrai-se, no que toca à aplicação da sanção, cuidar-se de norma de eficácia limitada, tendo o legislador ordinário, por meio da Lei nº 8.429/92, elencado não apenas as hipóteses de improbidade administrativa, mas suas sanções e gradações, tendo sido adotada a suspensão de direitos políticos, como uma das mais graves penas por ato de improbidade administrativa.

Tendo em vista a necessidade Constitucional e legal de se graduar e fundamentar a aplicação de cada uma das sanções<sup>52</sup>, diferentemente do que ocorre na condenação criminal, imperioso que conste da sentença condenatória por ato de improbidade administrativa expressamente a declaração da perda dos direitos políticos e o prazo de fluência da sanção.

Conforme destaca ADRIANO SOARES DA COSTA "a procedência de ação popular ou da ação civil pública contra pré-candidato ou candidato, não enseja a suspensão dos direitos políticos, e como corolário a inelegibilidade<sup>53</sup>, se não houver expressa disposição nesse sentido"<sup>54</sup>.

Tal circunstância decorre do teor do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, as "penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de

acordo com fatos e provas abstraídos”<sup>55</sup>

É pertinente esclarecer que a possibilidade de perda de direitos políticos, decorrente da Lei de Improbidade Administrativa somente se efetiva com o trânsito em julgado da decisão<sup>56</sup>, sendo que tal sanção não se confunde com a descrita da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 que trata de hipótese de inelegibilidade e não sob a ótica do pleno exercício dos direitos políticos como condição de elegibilidade.

Nesse contexto, o cidadão condenado por improbidade administrativa se torna inelegível pela Lei Complementar nº 64/90, desde a condenação por órgão colegiado<sup>57</sup> – salvo se suspensa a condenação pelo órgão colegiado a qual se direciona o Recurso, nos termos do art. 26-C da LC 64/90 –, pelo prazo de 8 (oito) anos, nos moldes descritos na alínea “i” do inciso I, do art. 1º do citado diploma legal, bem como pelo período compreendido na condenação, desde o trânsito em julgado, momento a partir do qual, estaria também sem o “pleno exercício” dos direitos políticos conforme o já citado art. 20 da Lei 8.429/92.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo se limita à hipótese do pleno exercício dos direitos políticos apenas sob a ótica da condição de elegibilidade, não se verificando a extensão do tema quanto a outros institutos legais diversos como inelegibilidade. O estudo da perda da capacidade eleitoral passiva se traduz de relevância impar, na medida em que é inerente à própria cidadania, tendo reflexo direto na soberania popular, em especial o controle indireto desta.

Nessa linha de idéias, pôde-se constatar a limitação posta pela Constituição Federal ao elencar a restrição de direitos políticos, sendo o termo “só se dará” descrito no art. 15 da Carta Política, reflexo dessa preocupação constitucional de evitar a restrição de direitos políticos, sendo certo que a maior limitação ao exercício de cargos públicos deve advir da vontade popular, não cabendo à Justiça Eleitoral o substituir, salvo em hipóteses excepcionais.

Adriano Soares da Costa, com propriedade, destacou que “estimula-se na opinião pública uma postura hipócrita de destituição da legitimidade do parlamento e da classe política tout court, apontando-se para solução heterodoxas da degradação moral, entre elas o fechamento puro e simples de acesso a maus políticos à disputa dos mandatos. Como o eleitor – e é justamente isso que está à base dessa postura – não teria condições de escolher os seus representantes, que outros façam isso por ele, excluindo de antemão os possíveis candidatos, através de critérios objetivos”.

Pelo ora apresentado, não parece ser esse o objetivo expressado na Constituição Federal, sendo pertinente o aprofundamento e conhecimento sobre a incidência das hipóteses da perda e

suspensão dos direitos políticos, em especial no que se refere ao exercício do *ius honorum* sendo que a jurisprudência alcance hipótese não reconhecidas pela literalidade da norma constitucional, a exemplo da perda mudança de nacionalidade; aplicação de medida de segurança ou mesmo o período de conscrição.

#### REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva: 1989.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Edipro:2006.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6ª ed., Del Rey: 2006.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8ª ed., Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2009.

COSTA, Tito. *Recurso em Matéria Eleitoral*, 5ª ed. RT: 1996.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária: 1989, v. II.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – parte geral*. Saraiva: 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. 2ª ed. Jurídica: 1998.

MENDONÇA JR, Delosmar. *Manual de Direito Eleitoral*. Editorial. Podivm: 2006.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 9ª ed., Atlas: 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Forense: 1987

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. Atlas: 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. Atlas: 2001

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos – condições de elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2ª ed. Edipro: 2000.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. Impetus: 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. Melhoramentos: 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12ª ed., Saraiva: 1990, 3ª e 4ª vol.

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito. Doutorando em Direito. Advogado. Sócio do escritório Santos Rodrigues Advogados Associados. Professor de Direito Processual Eleitoral pelo IEC-PUC/MG

2 Especialista em Direito Público pelo IEC-PUC/MG. Advogado. Membro do escritório Santos Rodrigues Advogados Associados.

3 In Direitos Políticos - condições de elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2ª ed. Edipro: 2000, p. 28.

4 In Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 115.

5 In Instituições de Direito Eleitoral. 6ª ed., Del Rey: 2006. p. 95.

6 Além de próprias e impróprias, classifica as elegibilidades em plena, na qual todo eleitor pode disputar qualquer cargo ou limitada, na qual os cargos são restritos à específicas condições. (in Direito Eleitoral. Impetus: 2004, p. 102).

7 In Direito Eleitoral Brasileiro. Edipro: 2006, p. 118.

8 PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE: O domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária, constituindo condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º), revelam-se passíveis de válida disciplinação mediante simples lei ordinária. Os requisitos de elegibilidade não se confundem, no plano jurídico-conceitual, com as hipóteses de inelegibilidade, cuja definição - além das situações já previstas diretamente pelo próprio texto constitucional (CF, art. 14, §§ 5º a 8º) - só pode derivar de norma inscrita em lei complementar (CF, art. 14, § 9º). STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27/04/2001.

9 In Comentários à Constituição de 1988. Forense Universitária: 1989, v. II, p. 1101.

10 DELOSMAR MENDONÇA JR. fazendo referência a ROBERTO AMARAL, qualifica os direitos políticos como também uma manifestação dos chamados "direitos humanos". (in Manual de Direito Eleitoral. Editora Po-divm: 2006, p. 27)

11 In Comentários à Constituição de 1967. Forense: 1987, v. 4, p. 573.

12 Única exceção está prevista no art. 55, IV, §2º da CF/88.

13 Vide art. 337 do CE: "*Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos: Pena - detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.*"

14 In Comentários à Constituição de 1988. Forense Universitária: 1989, v. II, p. 1100.

15 In Direito Constitucional. 10ª ed. Atlas: 2001, p. 251.

16 Art. 4º. Ao final do período de atividades previsto no § 2º do artigo 3º desta Lei, será conferido Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista.

§ 1º. A recusa ou o cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do Certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido.

§ 2º. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o Certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas.

17 Que não recepcionou o §3º do art. 112 da Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

18 *Op Cit.* p. 527.

19 *Op Cit.* p. 103.

20 Art. 23. A perda da nacionalidade, nos casos do artigo 22, I e II, será decretada pelo Presidente da República, apuradas as causas em processo que, iniciado de ofício, ou mediante representação fundamentada, correrá no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ouvido sempre o interessado.

21 In Novo Curso de Direito Civil - parte geral. Saraiva: 2005, p. 98

22 Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - Os menores de 16 anos.

II - Os loucos de todo o gênero.

III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

23 Art. 14. É facultado o alistamento, no ano em que se realizarem eleições, do menor que completar 16 anos até a data do pleito, inclusive.

§ 1º O alistamento de que trata o caput poderá ser solicitado até o encerramento do prazo fixado para requerimento de inscrição eleitoral ou transferência.

§ 2º O título emitido nas condições deste artigo somente surtirá efeitos com o implemento da idade de 16 anos (Res./TSE nº 19.465, de 12.3.96).

24 Ressalvado o entendimento de JOEL JOSÉ CANDIDO, que entende que tal hipótese é de perda e não suspensão dos direitos políticos. (in Direito Eleitoral Brasileiro. Edipro: 2006, p. 120).

25 "INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO REGULAR DE INTERDIÇÃO OU PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL AMPLA DEFESA DO INTERESSADO". (RESPE nº 7.028 (Ac. 9262). Rel. Min. Roberto Ferreira Rosas. Pub. no BEL - Boletim Eleitoral, Volume 450, Tomo 1, Página 15. julgado em 04/10/1988).

26 in Processo Penal. Saraiva: 1990, 12ª ed., 4º vol., p. 223.

27 Op. Cit. p. 120/121

28 "RECURSO ESPECIAL. CANDIDATO CONDENADO PELA PRÁTICA DE CONTRAVENÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 15, INCISO III. A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL, PREVENDO A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS, AO REFERIR-SE A CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO, ABRANGE NÃO SO AQUELA DECORRENTE DA PRÁTICA DE CRIME, MAS TAMBÉM A DE CONTRAVENÇÃO PENAL" (TSE, Respe nº 13.293, rel. Min. Eduardo Ribeiro, p. 07/11/96)

29 INELEGIBILIDADE. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO (CONSTITUIÇÃO, ARTS. 14, PARÁGRAFO 3, INCISO II E 15, INCISO III). CRIME CULPOSO. E IRRELEVANTE A ESPÉCIE DE CRIME, BEM ASSIM A NATUREZA DA PENA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (TSE, Respe nº 13.027, rel. Min. Nilson Naves, p. 18/09/96)

30 O STF considera a suspensão dos direitos políticos como efeito automático do trânsito em julgado da condenação criminal. Vide RE 179.502, p. 8.9.85, reiterado no julgamento do RE 418.876, p. 4.6.2004. Esta discussão já foi de grande relevo conforme destacado por ADRIANO SOARES DA COSTA (in Instituições de Direito Eleitoral. 6ª ed., Del Rey: 2006, p. 119) que levou inclusive ao TSE a proferir o seguinte entendimento, hoje superado: "NÃO É AUTO-APLICÁVEL O PRECEITO CONSTITUCIONAL DO ART. 15, III, QUE DEPENDE DE LEI ESPECÍFICA A INDICAR AS HIPÓTESES EM QUE OCORRE A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO". (TSE, Ac. 12.043, Min. Cid Flaquer Scartezini, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 6, Tomo 4, Página 133)

31 in Direito Eleitoral Positivo. 2ª ed. Jurídica: 1998, p. 75

32 "Inelegibilidade. Condenação criminal. O sursis não afasta a consequência da condenação, consistente na suspensão dos direitos políticos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral." (TSE, Ac. nº 250, de 2.9.98, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

"Registro de candidatura. Condenação criminal com trânsito em julgado. Concessão de sursis. Suspensão dos direitos políticos. Estando em curso o período de suspensão condicional da pena, continuam suspensos os direitos políticos, a inviabilizar o registro da candidatura." (TSE, RESpe nº 16.432, de 22.8.2000, rel. Min. Garcia Vieira.)

33 In Tratado de Direito Penal, vol. III, 21 ed., ps. 1611162, Saraiva, São Paulo, 1966

34 DIREITO ELEITORAL - RECURSO ORDINÁRIO - REGISTRO - CONDENAÇÃO CRIMINAL - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - LEI Nº 9.099/95 - INELEGIBILIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO - I - A suspensão condicional do processo, nos moldes do art. 89 da Lei nº 9.099/95, não implica reconhecimento de culpabilidade e aplicação de pena. II - A suspensão dos direitos políticos e a consequente inelegibilidade somente ocorrem com o trânsito em julgado de sentença condenatória. (TSE - RO 546 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo

Teixeira - DJU 11.09.2002)

35 Inclusive os estaduais e distritais por força do art. 27, §1º e 32, §3º da CF/88.

36 "Da suspensão de direitos políticos, efeito da condenação criminal transitada em julgado, ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição, resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político." (STF, RE 418.876, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04/06/04)

37 In Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. Atlas: 2002, p. 256

38 TSE, Processo Administrativo nº519-20.2010, Rel. Min. Felix Fisher, DJ de 23.03.2010

39 No mesmo sentido, TSE, AgR-REspe nº 32.6771MS, DJe de 19.3.2009, rei. Mm. Marcelo Ribeiro

40 MEDIDA DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. NATUREZA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. Não obstante tratar-se de sentença absolutória imprópria, a decisão que impõe medida de segurança ostenta natureza condenatória, atribuindo sanção penal, razão por que enseja suspensão de direitos políticos nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal. (PA nº 19.297/PR, DJ de 9.6.2006, rei. Mm. Francisco Peçanha Martins);

41 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva: 1989, p. 56.

42 A obrigação para prestação de serviço de mesário é apenas uma hipótese que poderia gerar a suspensão dos direitos políticos, caso a legislação infra-constitucional assim dispusesse. Não é o caso. Aquele que não cumprir com as obrigações de mesário está sujeito apenas às sanções previstas no art. 124 do CE, que não incluem a suspensão dos direitos políticos.

43 Art. 435. A recusa ao serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos.

44 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 12ª ed., Saraiva: 1990, 3ª vol., p. 58.

45 MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 9ª ed., Atlas: 1999, p. 510.

46 Pode-se implementar uma legislação infra-constitucional adequada para o fim de estabelecer uma prestação alternativa bem como forma de restabelecer os referidos direitos antes de aplicar a sanção de suspensão dos direitos políticos no caso em tela.

47 ACF/67 em seu art. 144, II "b" tratava ser a hipótese aproximada como causa de perda e não suspensão dos direitos políticos, daí porque o art. 435 do CPP à época havia sido recepcionado completamente. ALEXANDRE DE MORAES (in Direito Constitucional: p. 251) afirmou tratar-se ainda de hipótese de perda dos direitos políticos. Ocorre que a Lei 8.239/91 que

regulou o referido inciso no que se refere à negativa de prestação ao serviço militar obrigatório, reconheceu ser a referida hipótese como "suspensão dos direitos políticos" (§2º do art. 4º) devendo tal conotação ser seguida pelas edições legislativas posteriores.

48 "... caso não tenha sido editada a lei regulamentando a prestação alternativa, não há possibilidade do cidadão ser afetado em seus direitos políticos por inércia estatal. Dessa forma, ficará aguardando a edição legislativa". (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. Atlas: 2001, p. 251). Ou seja, a Lei Infraconstitucional deverá prever a prestação alternativa para o caso de recusa.

49 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. Atlas: 2001, p. 252.

50 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. Melhoramentos: 1999, p. 387.

51 § 3º *Comunicada a perda de direitos políticos pelo Ministério da Justiça, a Corregedoria-Geral providenciará a imediata atualização da situação das inscrições no cadastro e na Base de Perda e Suspensão de Direitos Políticos.*

52 "a pena de suspensão de direitos políticos, além de não estar fundamentada e, conseqüentemente, sem graduação, é desproporcional ao ato praticado. A fundamentação de penalidade tão grave a um membro do Poder Executivo exige que sejam conhecidos os motivos que determinaram ao julgador optar por punição de tão grave consequência" (STJ, REsp nº 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, D.J.U. 15.05.2006).

53 Na verdade o termo correto no contexto da frase seria "condição de elegibilidade" e não inelegibilidade. Até porque a inelegibilidade decorrente de condenação por improbidade administrativa veio somente com a LC 135/2010 que é posterior à edição da obra citada.

54 In, *Instituições de Direito Eleitoral*, 8ª edição, Editora Lumen Juris, fl. 84

55 STJ – 2ª Turma - REsp 658389/MG – Ministra Eliana Calmon – 03/08/2007

56 Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

57 Ainda se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal a análise da Constitucionalidade das alíneas da Lei do Ficha Lima que adotam o início da inelegibilidade a partir da decisão colegiada, em razão de possível violação ao princípio presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88).

# INTEGRAÇÃO DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS: FATORES SOCIOPOLÍTICOS QUE DEVEM SER CONSIDERADOS PARA COMBATER A GUERRA FISCAL E A CRISE DE CONFIANÇA

Jamir Calili Ribeiro<sup>1</sup>

Simone Amália Calili<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho faz uma análise sobre as relações intergovernamentais, tendo em vista o modelo federativo adotado pela Constituição da República de 1988. A existência de três esferas governamentais autônomas, a tendência a uma estrutura descentralizadora e a grande desigualdade existente entre as mesmas, faz surgir uma necessária interdependência. As relações de interdependência muitas vezes se estabelecem pautadas na desconfiança pela adoção de políticas e práticas entre os entes, que levam à guerra fiscal e estremecem o sistema tributário nacional. Assim, o objetivo é demonstrar que a cooperação e a coordenação podem resolver os problemas comuns a todos os entes e gerar efeitos positivos, criando em vez de rivalidade e competição, uma colaboração e um espírito de solidariedade de modo a garantir um melhor equilíbrio federativo. Mas, cooperação não é fácil de obter. Por isso, este artigo, tendo a teoria sociológica da ação coletiva como pano de fundo, trata dos fatores sociopolíticos relevantes para se chegar à cooperação. A integração administrativa tributária surge como uma proposta importante em um contexto federativo em que os atores políticos são fortemente heterogêneos; a integração pode minimizar a desconfiança, a fragilidade e a má-fé dos envolvidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** relações intergovernamentais; guerra fiscal; confiança; administração tributária integrada.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito tributário.

As relações intergovernamentais são extremamente relevantes para a Administração Pública brasileira.

Na maioria das vezes, essas relações entre os entes federados se apresentam em um modelo competitivo, em que cada ator atua por si em busca de melhores recursos, benefícios e privilégios. No campo tributário, por exemplo, se desdobra na chamada Guerra Fiscal.

A coordenação e a cooperação saudáveis, isto é, baseadas na confiança, geram efeitos positivos potencializados, corrigindo desigualdades socioeconômicas, reduzindo gastos e ineficiência e superando superposições de competências.

O trabalho procura demonstrar os benefícios e efeitos positivos que podem gerar as relações intergovernamentais no campo da administração tributária e responder uma pergunta simples: quais fatores sociopolíticos são essenciais para a emergência de arranjos cooperativos intergovernamentais na seara da administração tributária brasileira?

Inicialmente analisaremos a estrutura federativa brasileira, como se desenvolve as relações de interdependência entre os entes, tomando por base o modelo competitivo que gera a guerra fiscal, em um contexto pautado na desconfiança e disputa entre os mesmos.

Após, apresentaremos o sistema de funcionamento das re-

lações de cooperação e coordenação contrapondo esse modelo competitivo predatório do Federalismo Fiscal brasileiro.

Posteriormente, demonstraremos a teoria sociológica da ação coletiva e os fatores que devem ser considerados ao se pensar na integração das administrações públicas tributárias.

O objetivo é discutir como se realiza a formação dos arranjos cooperativos, tendo em vista as contribuições que já foram dadas em outras áreas da administração pública, como por exemplo, nos consórcios públicos na saúde e educação.

Entre os inúmeros fatores que podem dar ensejo à formação de arranjos desse tipo, estão as experiências cooperativas anteriores, o papel central do ente federal mais abrangente ou do ente federal mais desenvolvido na coordenação da formação e desenvolvimento desses arranjos, a distribuição institucional de poder decisório e a distribuição de ônus e bônus a estimular a cooperação.

Além disso, apresentaremos também a proposta da construção da integração da administração pública tributária, seus principais objetivos e benefícios levando em consideração a heterogeneidade federativa brasileira, o dissenso e desconfiança na relação entre os atores envolvidos, isto é, toda a problemática existente no cenário atual.

As relações intergovernamentais têm suscitado inúmeras

questões práticas e teóricas na literatura das ciências sociais e jurídicas. Trata-se de questão de extrema importância quando pensamos no modelo federativo com viés descentralizador adotado pela Constituição da República promulgada em 1988. Temas como coordenação e cooperação intergovernamentais – sejam elas em uma perspectiva horizontal ou vertical – são extremamente relevantes para compreensão da Administração Pública brasileira.

Nesse sentido, expressa Campos:

*Para a sua efetividade, a federação demanda não só o reconhecimento da autonomia de cada uma das esferas territoriais de poder, mas também, a construção de instituições, regras, culturas e relações entre governos, de maneira a permitir formas de cooperação e coordenação federativa. (...) Para Fernando Abrucio toda Federação deriva de uma situação caracterizada por duas condições específicas, quais sejam: as desigualdades que conformam determinada nação sejam elas étnicas, lingüísticas, socioeconômicas locais/regionais, culturais, políticas e mesmo a extensão ou diversidade física do seu território; e, o que o autor convencionou denominar de "condição federalista", que é a defesa de uma unidade, apesar da diversidade, com a convivência entre autonomia, especificidades locais/regionais e integridade territorial. (CAMPOS, 2006, p.69).*

A estrutura federativa brasileira é de extrema relevância para compreensão da organização político-administrativa. E nesse aspecto vale citar a tendência descentralizadora do federalismo brasileiro, a existência de três esferas governamentais autônomas, a grande desigualdade existente entre essas diversas esferas governamentais e a simetria na distribuição de competências e atribuições constitucionais de cunho político, social e econômico.

Essa estrutura federativa traz a tona um paradoxo entre autonomia das esferas governamentais e sua interdependência. Quanto às relações de interdependência três aspectos emergem no debate, sendo eles a questão da competição, da coordenação e da cooperação intergovernamental, os três definidos e configurados conforme se estabelecem relações pautadas pela confiança ou pela desconfiança.

Em um modelo competitivo, os entes federados atuam sozinhos, de maneira que buscam serem melhores uns do que os outros a fim de atrair recursos especiais, como recursos financeiros, humanos, físicos etc.

O 2º relatório da comissão permanente de simplificação e revisão da legislação tributária ao prefeito do município de Belo

Horizonte traz a seguinte consideração:

*É sabido que pode haver uma concorrência saudável entre Municípios, que não configura ilicitude ou deslealdade ou seja: se as administrações tributária são mais competitivas, mais simples e transparentes, ou se investem em novos equipamentos e recurso materiais e pessoais, podem ganhar em produtividade, alcançando resultados mais significativos, úteis aos próprios contribuintes envolvidos; se em determinado Município a carga tributária é mais justa e as alíquotas efetivas (e não meramente nominais) mantêm-se dentro dos parâmetros legais, há natural atração para os investimentos, pois o sistema local combina capacidade contributiva com igualdade e segurança. Portanto sempre haverá uma concorrência natural e saudável entre os Entes tributantes". (BELO HORIZONTE, 2007, p. 216).*

A competição pode ser saudável na medida em que a competição permite a inovação e a criação, mas pode ser predatório, configurando-se não só em um jogo de soma zero, mas como um jogo de soma negativa.

O mesmo relatório supracitado (2007, p. 216) informa que "a concorrência tributária entre Municípios e o aumento da economia informal são quebras da neutralidade do sistema tributário, que também interferem na repartição da carga fiscal". Assim, aqueles contribuintes que desejam se manter na legalidade, mas não podem se deslocar a afim de auferirem vantagens acabam sendo penalizados com uma carga tributária maior, com menor competitividade, e, por consequência se sentem mais estimulados a irem para a informalidade. De outro lado, os municípios, tanto os que atraem contribuintes quanto os que os perdem, reduzem seus ganhos e, com isso, reduzem a sua capacidade de prestar serviços públicos.

É o caso da guerra fiscal adotada por alguns Estados Membros dentro da Federação Brasileira.

A Guerra Fiscal pode ser conceituada como a exacerbação de práticas competitivas entre entes de uma mesma federação em busca de investimentos privados. As benesses fiscais atrativas incentivariam a migração de determinados agentes privados, os quais, segundo postulados econômicos clássicos, sempre tendem a buscar o menor custo produtivo e, conseqüentemente, maior lucro. (CALCIOLARI, 2013).

Através da guerra fiscal os estados entram na disputa e o resultado tende a ser desastroso, como já mencionamos. Os vence-

dores da guerra fiscal são, em geral, estados de maior capacidade financeira, são aqueles mais desenvolvidos, com maiores mercados e melhor infraestrutura. Assim, o ente abre mão de serviços (educação, saúde, a própria infraestrutura etc.) que são insumos do processo produtivo ou do equilíbrio fiscal, gerando instabilidade macroeconômica.

Como se vê, com a adoção de políticas e práticas que levam à Guerra Fiscal, os Estados Membros colocam em questão suas relações de confiança e estremece o sistema tributário nacional:

*Em todo sistema jurídico, também se encontra latente a desconfiança que, como veremos, cumpre uma função muito similar àquela de seu oposto, a confiança: ambas reduzem a complexidade da vida.*

*Questão problemática se coloca quando a desconfiança – latente ou aparente – transborda e se sobrepõe à confiança, em especial na inspiração do legislador na criação das leis ou do juiz na formação das decisões internas. Então, do ponto de vista material, todo sistema jurídico, empiricamente, hic et nunc, tem um ponto de equilíbrio, na verdade um ponto, que não é fixo, é antes oscilante. Quando estamos em face de um equilíbrio otimizado – o que se garante apenas por meio do princípio da proteção contínua da confiança legítima, que devemos abrigar, abraçar e apoiar – os institutos jurídicos fluem com normalidade, a segurança jurídica e a justiça alcançam seus melhores momentos. Se, não obstante, o ponto oscila negativamente, com preponderância da desconfiança (pelo menos em certos setores), o sistema é corrompido, os institutos envolvidos são deformados e grandes valores e princípios constitucionais se inviabilizam". (DERZI, 2011, p. 23).*

Apesar do caráter negativo, a guerra fiscal pode trazer repercussões favoráveis. Para Varsano, só se justifica a concessão de incentivos fiscais se, socialmente, gere melhoramentos à população da unidade. Vejamos:

*Só faz sentido utilizar recursos públicos para estimular empreendimentos que venha, a gerar uma adição – que não existiria na ausência do incentivo – às rendas futuras dos residentes, que seja maior que o valor por eles atribuído ao bem cuja provisão pública se reduziu ou deixou de existir. (VARSANO, 2013, p. 9).*

A Professora Misabel Derzi explica que o texto Constitucional tenda mitigar os efeitos dessa guerra:

*Como se sabe, o princípio da origem, adotado pela Constituição, é mitigado por meio da adoção de alíquotas diferenciais em relação às operações interestaduais, região a região. Os Estados mais ricos, da Região Sul e Sudeste, nas operações interestaduais com destino às demais – mais pobres e importadoras – aplicam na origem a alíquota de 7%, para que, nas operações internas subsequentes, quando incidirá a alíquota interna de 18%, a diferença, de 11% seja apropriada pelo Estado do destino, importador. O movimento contrário se dá de tal modo que, os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, nas operações de saída, em direção aos Estados mais ricos, apliquem a alíquota de 12%, reservando-lhes apenas a diferença de 6% relativos às etapas subsequentes. (Resolução Senatorial n. 22/90).*

*Esse mecanismo de compensação tem, não obstante, graves inconvenientes. Além de não satisfazer inteiramente os Estados mais pobres, do destino, os ônus da repartição do ICMS entre os Estados ficam transferidos para os contribuintes, que devem arrecadar corretamente o imposto e sujeitar-se a pesadas penalidades em caso de erro. Assim, tais ônus da divisão do imposto entre os Estados da Federação estão sob a responsabilidade do contribuinte, e arrastam para ele a discussão da validação de créditos, sua aceitação ou questionamento em relação a diferentes Fiscos soberanamente envolvidos (DERZI, 2010, p. 269-70).*

Porém,

*O advento da guerra fiscal, com a concessão de benefícios e incentivos fiscais clandestinos, sem obediência às normas legais dos convênios, tem como seus objetivos principais: a) atingir a economia de outro Estado; b) agredir diretamente a arrecadação de outro Ente estatal porque um crédito fictício (que não correspondeu a um imposto efetivamente pago no Estado de origem) é lançado nas notas fiscais para valer e ser abatido do imposto devido no Estado de destino, repercutindo diretamente no montante do tributo a ser pago. Com isso, com o advento da guerra fiscal, falseiam-se as regras de compensação do ICMS nas operações interestaduais, com que a Constituição procurou repartir o imposto.*



*Pois bem. Concedidos benefícios, exonerações e incentivos clandestinos, inconstitucionais e ilegais, ocultos do ICMS, são nulos e, em princípio, sujeitos às sanções estabelecidas na Lei Complementar n. 24/75.*

*Por isso mesmo, a autorização para desconsiderar crédito do contribuinte, relativo ao imposto suportado em suas aquisições interestaduais, somente se pode fundar nas hipóteses expressamente autorizadas na própria Constituição. Incentivos e isenções criados em ofensa aos ditames constitucionais podem acarretar, nos termos do art. 8º da Lei Complementar n. 24/75, nas operações interestaduais, a nulidade dos créditos correspondentes e sua ineficácia (DERZI, 2010, p. 272).*

Como se pode notar, o ônus da guerra fiscal deverá ser suportado pelos contribuintes, em especial aqueles que estão em outros Estados, os quais em geral não cometeram nenhuma ilicitude. No art. 8º, da Lei Complementar n. 24/75, são previstas sanções sem a adoção de nenhum procedimento coletivo ou sanção direta ao Estado infrator, atingindo somente os contribuintes, inclusive do Estado que não foi conivente com a competição predatória fiscal.

Para a Derzi,

*A solução lógica seria que inexistisse diferença de alíquota entre operações internas e interestaduais. Um fundo de compensação entre os Estados Federados deveria redistribuir o imposto entre eles, em trinta dias. Mas a desconfiança total que um Estado demonstra ter em relação às contas de outro inviabiliza outro sistema mais rápido, eficiente e menos oneroso para o contribuinte. Os Estados, por inércia, incapacidade, ou descrença, transferem – e a Constituição Federal os contempla – os encargos de seu próprio interesse para os ombros dos contribuintes. (DERZI, 2011, p. 45).*

Assim, é necessário repensar o atual modelo tributário, com a finalidade de promover entre os entes da federação uma atuação coordenada e em cooperação.

Defende-se, portanto, a existência de instituições que promovam a coordenação e a cooperação, sendo essas fundamentais para resolver problemas comuns a todos os entes governamentais e de competência concorrente. No caso da Guerra Fiscal, coordenação e cooperação podem trazer soluções adequadas.

A coordenação é relacionamento pautado pela existência de um ente federal, em especial a união deles, que coordena, ge-

rencia, induz, regula determinas políticas públicas – sociais, econômicas, culturais etc. – e os demais executam as políticas de acordo com suas peculiaridades locais. É o que ocorre no caso do Sistema Único de Saúde, FUNDEF etc.

A coordenação não é - pelo menos, a interdependência federativa não pressupõe que seja - uma ação impositiva e piramidal do Governo Central, como se estivesse diante de um Estado Unitário. (ABRUCIO, 2005, p.5)

O compartilhamento de soberanias – ou de poder político, autonomia – induz a federação a um sistema mais entrelaçado do que hierárquico. Dessa forma, a coordenação é uma prerrogativa dada a um dos entes federados, preferencialmente ao Governo Central, para que ele mantenha o equilíbrio federativo, permitindo formas saudáveis de cooperação e competição, instaurando mecanismos de parceria que sejam aprovadas pelos demais entes federativos.

Por meio da coordenação, o ente coordenador cria regras que induzem e estimulam os entes federados a compartilhar tarefas e decisões, equilibrando e mediando as relações naturalmente conflituosas, auxiliando os entes mais dependentes e premiando os entes mais eficientes.

A utilização de instituições coordenadoras em um processo de descentralização administrativa poderia gerar efeitos positivos potencializados, corrigindo desigualdades, desperdícios de dinheiro público, ineficiência e superando superposições de competências.

Segundo Celina Souza "é importante retornar a referência (...) sobre a necessidade de distinguir cooperação e coordenação, embora ambas impliquem em construção de consenso e negociação". (SOUZA, 2004, p.23)

Para a autora a cooperação é requerida quando existe autonomia formal entre os entes que participam da ação coletiva, como é o caso dos municípios, enquanto a coordenação ocorre quando os participantes compartilham a mesma fonte de autoridade, sendo, portanto, possível centralizar decisões as quais têm um fluxo na direção 'de cima para baixo'.

Nesse tipo de relacionamento questões comuns a todos os entes são tratadas de modo coletivo. A cooperação, assim como a coordenação, pode ser vertical – ou seja, entre entes que apesar de terem as mesmas atribuições são entes federais de naturezas distintas – ou pode ser horizontal, entre entes que têm a mesma posição dentro na pirâmide federativa.

Rocha e Faria (2004), discutindo a questão da cooperação intermunicipal, afirmam que a fragmentação resultante do processo de descentralização colocou na ordem do dia a necessidade de cooperação entre os entes federados.

A fragmentação exigiu dos entes federados a cooperação, ou porque os entes locais eram incapazes de solucionar seus problemas individuais isoladamente dada a ausência de recursos

financeiros e humanos ou porque alguns problemas locais ultrapassavam as fronteiras de um único ente federado, tais como os problemas ambientais, de transporte e até mesmo de violência (ROCHA; FARIA, 2004; LEVY, 2000; DINIZ FILHO, 2007, entre outros).

Para Rocha e Faria "o processo de construção institucional envolve a definição de como combinar descentralização com centralização e cooperação com competição" (ROCHA; FARIA, 2004, p.9), tese em sintonia com as análises de Abrucio (2005; 2006) e Arretche (1996; 2002).

Nesse sentido defendem que a cooperação pode ser uma maneira de se reunir esforços para suprir a carência individual dos municípios em recursos financeiros, tecnológicos e humanos necessários à execução das atribuições que lhes competem.

Segundo Oliveira,

*No modelo cooperativo, a rivalidade entre as duas esferas de poder (central e descentralizada) é substituída pela colaboração, e o espírito de solidariedade ganha força para atenuar/corrigir desigualdades interpessoais e inter-regionais de renda, de modo a garantir um melhor equilíbrio federativo. Instrumentos e mecanismos redistributivos tornam-se importantes para essa finalidade, enquanto o Poder Central, tido como mais capaz de exercer esse papel, assume a posição proeminente na estrutura da distribuição de poder político territorial. (OLIVEIRA, 2007, p.11).*

Portanto, a proposta de integração da administração pública tributária, é uma proposta que visa atingir a um ideal de federalismo, cooperativo e coordenado, potencializando fatores positivos e minimizando fragilidades, desconfianças e má-fé dos atores envolvidos, evitando-se comportamentos predatórios e fragmentadores.

## **5 A HARMONIZAÇÃO DOS IMPOSTOS SOBRE CONSUMO: PROPOSTA FUNDAMENTAL PARA A COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERGOVERNAMENTAL**

Ponderou-se na introdução a esse trabalho que a Guerra Fiscal entre os Estados Membros da federação é fenômeno predatório e pode colocar em jogo as bases do Federalismo Fiscal Brasileiro. Conforme apresentado, de forma sucinta, diversos trabalhos, especialmente os realizados pela Professora Misabel Derzi, apontam para o predomínio da desconfiança na estruturação do sistema tributário nacional.

É justamente em relação aos impostos sobre consumo que a guerra fiscal trava suas principais batalhas. Porém, é preciso buscar uma proposta que embora mantenha a integração dos entes, não despreze as suas autonomias.

Como uma das soluções para a melhoria da eficiência e da justiça no sistema tributário brasileiro, sugere, a autora, a harmonização dos IVAS do Brasil através de uma administração integrada.

As propostas de reforma tributária em discussão no Congresso Nacional (as últimas delas sob a relatoria do Deputado Virgílio Guimarães) mantêm o princípio da arrecadação do ICMS na origem, estabelecendo a correta diferenciação entre a forma de arrecadação e a titularidade dos recursos arrecadados nas operações interestaduais. Quanto a este ponto, tem-se que o imposto tenderá a ser arrecadado, pela alíquota interna (pois se extinguem as alíquotas interestaduais, que ficam mantidas apenas como referência para a repartição do produto arrecadado), no Estado de origem, que repassará uma parcela da receita (correspondente à aplicação da alíquota interestadual de referência sobre o valor da operação ou da prestação) para o Estado de destino, por meio de um fundo de compensação de que participem todas as unidades federadas. (DERZI, 2011)

Mizabel Derzi sugere que o novo ICMS tenha as seguintes características:

- a) padronização da legislação estadual pela edição de lei complementar nacional, limitando-se a lei estadual à instituição do tributo, em norma de repetição;
- b) uniformização dos deveres administrativos e dos procedimentos das leis estaduais instituidoras do tributo, através de um regulamento editado pelo CONFAZ, assim como digitalização da escrituração com integração das Administrações Tributárias;
- c) vedação à concessão de quaisquer benefícios e incentivos fiscais ou financeiros vinculados ao imposto;
- d) uniformização das alíquotas do imposto, que serão iguais para as operações interestaduais, fixadas pela lei complementar e aplicadas a cada produto ou serviço por Resolução do Senado, mediante sugestão do CONFAZ. Nesse campo, certa margem de discricionariedade às alíquotas internas deveria ser concedida;
- e) exoneração total das exportações nacionais e tributação das importações de mercadorias, bens e serviços;
- f) não-cumulatividade, simplificação, neutralidade e seletividade do imposto, em razão da essencialidade do produto;
- g) arrecadação na origem, com repasse do produto arrecadado para o Estado de destino via câmara

de compensação;

h) *previsão de sanções, aplicáveis ao Estado que descumprir as normas constitucionais e complementares acerca do imposto, inclusive atinentes ao repasse da parcela cabível a outras unidades federadas em caso de operações interestaduais, bem como as regras de padronização expedidas pelo CONFAZ*". (DERZI, 2008, 253).

Todas essas características visam atingir a neutralidade, a uniformidade e a simplificação do sistema tributário brasileiro, dando a esse tributo uma melhor performance no mercado, sem, contudo, tirar dos Estados e do Distrito Federal a sua competência tributária.

Para Derzi "o funcionamento simplificado dependerá, acima de tudo, da implementação do disposto no art. 37, XXII, da Constituição da República, integrando-se as Administrações Tributárias das Fazendas Públicas envolvidas" (DERZI, 2008, p. 256).

#### **EIS SUAS OBSERVAÇÕES:**

*Não temos dúvida em afirmar que, em futuro próximo, por meio de portais, as declarações e a arrecadação do ICMS poderão ser feitas, nas operações interestaduais, de forma direta pelo contribuinte, quer em relação à parcela do Estado de origem, quer em relação à parcela do Estado do destino. Por meio de tais informações, eletronicamente recebidas, a fiscalização se fará de forma mais fácil. O mesmo poderá ocorrer em relação ao ISSQN, nas prestações intermunicipais, reduzindo-se as fraudes e os incômodos sofridos pelos contribuintes. Para isso, o compartilhamento de informações, a assistência recíproca e a integração são passos imprescindíveis, por meio dos quais vários dos nossos problemas poderão encontrar soluções.*

*As medidas sugeridas não deformam a estrutura das propostas de reforma em voga. Ao contrário, conservam-lhes o espírito, aumentando-lhes a eficácia. Algumas são neutras, meramente técnicas. Outras (especialmente aquelas ligadas à desoneração da produção nacional) já são utilizadas, de longa data, por vários países com os quais concorremos, e se destinam a igualar a competitividade da produção nacional, por meio da modernização do sistema tributário.*

*Na verdade, tais sugestões já foram adotadas, pioneiramente, pela Comissão Permanente de Re-*

*visão e Simplificação da Legislação Tributária do Município de Belo Horizonte, que, em seus estudos relativos ao ISSQN, publicados em 1997, recomendou em seu Relatório:*

*a criação de um portal eletrônico, de âmbito nacional, para identificação obrigatória e declaração dos prestadores de serviço que, não estando estabelecidos em determinado Município, prestem serviços a sujeitos passivos ou a consumidores, destinatários não contribuintes, domiciliados ou residentes em outro. Tal identificação (DES) pode ser feita apenas no Município onde estiver estabelecido o prestador de serviços. Mas as declarações periódicas deverão estar acompanhadas da especificação dos serviços prestados a destinatários, situados em cada um dos demais Municípios, em que o contribuinte tiver seus clientes, ainda que o ISSQN, pela natureza do serviço prestado, tiver que ser recolhido a outro Município, acompanhado de cada um dos valores totais e do imposto devido; em uma segunda fase, futura, o portal eletrônico deverá abranger os prestadores de serviço, estabelecidos no estrangeiro. A OCDE prepara o modelo das convenções internacionais, envolvendo o comércio eletrônico, que poderão ser firmadas entre o Brasil e outros países, no campo dos impostos sobre o consumo."*

*(Pub. Revista Internacional da ABRADT nº. 07, Del Rey, Belo Horizonte, 2007.)*

*Com isso, premidos que somos pela Federação, como princípio irreversível da Constituição, podemos utilizar os meios tecnológicos disponíveis para harmonizarmos os IVAs nacionais, reduzindo substancialmente os conflitos existentes entre Estados e Municípios". (DERZI, 2008, p. 253).*

A tecnologia deve ser encarada como um grande aliado na construção de arranjos federativos cooperativos, pois permite o compartilhamento instantâneo de informações, dá mais eficiência e velocidade às decisões, além de permitir um controle mais efetivo das atividades realizadas por todos os membros, fatores decisivos da consolidação das relações de confiança, as quais em grande medida dependem da boa-fé dos agentes envolvidos e de uma comunicação clara e rápida.

#### **M SER CONSIDERADOS AO SE PENSAR NA INTEGRAÇÃO DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICA TRIBUTÁRIAS**

É comum a literatura sociológica discutir questões relativas

a essa cooperação quanto pensam em consórcios públicos prestadores de serviço, como a saúde e a educação. Esse trabalho aborda essa cooperação no viés da administração da captação de recursos, e, portanto, tenta trazer ao debate da integração das administrações públicas tributárias as contribuições que já foram dadas a integração/cooperação/consorciamento em outras áreas da administração pública.

Como se pode notar, a proposta de uma integração das administrações públicas tributárias se encaixa perfeitamente naquilo que a ciência social trata como construção de arranjos cooperativos intergovernamentais.

Os objetivos desses arranjos seriam: (I) solucionar problemas que sozinho o ente federado não seria capaz de resolver; (II) solucionar problemas que ultrapassam os limites territoriais de um só município, exigindo para sua resolução definitiva a ação de todos os envolvidos; e (III) obter benefícios mais vantajosos através da cooperação, maximizando resultados, em comparação aos benefícios que poderiam ser obtidos se atuasse isoladamente.

Mas, quais fatores levariam os Estados Membros, autônomos, independentes, concorrentes entre si e até mesmo politicamente adversários, a se organizarem cooperativamente? O que de fato despertaria os arranjos cooperativos e mantém o seu desenvolvimento ao longo de um determinado período. Por que e quais fatores fariam com que os Estado Membros aceitassem essas propostas de simplificação e integração da gestão do imposto?

A primeira observação cabível é a de quando pensamos em ação cooperativa entre entes autônomos federados, pensamos em uma ação coletiva, ou seja, é um tipo de linha de ação elegida por todos, ou pela maioria dos indivíduos, que quando conduz a um resultado coletivamente melhor (ELSTER, 1994).

Destaca-se o comentário de Bruno Lazzaroti Diniz Costa (2005) a esse respeito, ao analisar as relações intergovernamentais e a desigualdade educacional:

*De maneira geral, o desenho federativo, na medida em que cria atores com soberania compartilhada e sem submissão hierárquica (União, estados e, no caso brasileiro, municípios), torna a formulação, decisão e implementação de políticas um –ou vários – problema de ação coletiva. No caso das políticas sociais, coloca no centro dos conflitos, decisões e políticas, ao lado das questões sobre o que fazer no campo das políticas públicas, as questões relacionadas a quem faz o que – e com que recursos. (COSTA, 2005, p.2).*

Assim, é a ação realizada por todos os indivíduos, ou pela sua maioria, que visa obter um resultado comum satisfatório para

cada um individualmente ou pretensamente satisfatório para a coletividade.

*A existência de um mosaico de atores e agências atuando simultaneamente no mesmo espaço territorial, como, por exemplo, o dos municípios conturbados, desejável do ponto de vista estratégico, gera o que a ciência política denomina de problema da ação coletiva, ou seja, o problema da cooperação para o funcionamento de grandes grupos. (SOUZA, 2004, p.21).*

Entender por que as pessoas cooperam é a grande questão que se coloca aos teóricos e estudiosos da Ação Coletiva, o que torna tal campo de estudo necessário para compreendemos a cooperação intergovernamental no âmbito tributário.

Retoma-se brevemente o argumento de Olson (1999). Para ele, os indivíduos tentarão a todo modo minimizar seus custos, preferindo se manter parados aproveitando o resultado da ação dos outros, se essa for bem sucedida. Segundo esse pensamento os indivíduos tendem a não cooperar quando percebem que sua ação individual não será de todo modo relevante se todos continuarem cooperando, pois desse modo poderá “pegar uma carona” nos benefícios obtidos pelo grupo sem a sua participação.

A análise do autor passa, portanto, pelo estudo dos motivos que um determinado grupo de indivíduos que agem racionalmente na busca de seus interesses se agregam na busca de bens públicos, que estarão disponíveis para todos se estiver disponível para qualquer um.

Relevante para o autor são dois fatores: a) o tamanho do grupo – quanto menor o grupo mais fácil conseguir a participação dos seus membros, tendo em vista que a não colaboração de um pode comprometer a fruição do bem por todos; b) a existência de um sistema de coerção que promovem sanções ou incentivos para aqueles menos ou mais cooperadores:

*Se o grupo for suficientemente pequeno, isto é, se cada participante obterá uma parte tão grande do benefício total que estaria disposto a arcar com todo o custo para não ficar privado do mesmo, o bem coletivo será provavelmente alcançado. Em um grupo de tamanho intermediário, isto é, um grupo em que nenhum membro obterá benefício tal que se dispusesse a arcar sozinho com os custos, mas no qual, não obstante, o indivíduo ainda fosse suficientemente importante em termos do grupo como um todo, de tal forma que sua contribuição ou falta de contribuição para o objetivo do grupo tivesse efeito perceptível sobre os custos e*

*benefícios dos outros membros, o resultado seria indeterminado. Por contraste, num grupo grande, no qual a contribuição (ou falta de contribuição) de nenhum membro individual faz qualquer diferença perceptível para os outros membros, é certo que um bem coletivo não será alcançado, a menos que haja coerção ou alguma indução extra que leve os membros do grupo a agirem em seu interesse comum. (OLSON, 1999, p. 44).*

Esses fatores são significativos para análise da integração administrativa tributária, pois leva a buscar entender porque alguns Estados estariam mais dispostos a cooperar do que outros.

A título de exemplo, façamos um breve questionamento quanto às possibilidades dos entes federados cooperarem: o que faria o Estado de São Paulo aceitar uma administração pública integrada, se sua arrecadação é a maior do país? Ou, se para o Estado do Espírito Santo seria adequado cooperar, quando a prática competitiva tem sido mais satisfatória aos seus cofres públicos?

Celina Souza aponta:

*A literatura mostra, ainda, que os problemas de ação coletiva são mais facilmente resolvidos nos pequenos grupos, onde a criação de incentivos à cooperação, ou seja, as recompensas pela cooperação e as sanções pela não cooperação, são menos complexas. Isso porque os pequenos grupos podem ser regidos por regras de reciprocidade, confiança e informalidade na aplicação de recompensas e sanções. Da mesma forma, experiências prévias de mobilização e ação entre membros do grupo, assim como a existência de homogeneidade política ou ideológica, tal como ocorre no Consórcio do Grande ABC, contribuem para aumentar a probabilidade de cooperação nos pequenos grupos e, portanto, para aumentar a possibilidade de provisão de bens coletivos mais cooperativos. (SOUZA, 2004, p.22).*

Não podemos perder de vista que essa atitude egoísta em determinados casos ao invés de minimizar os custos, pode aumentá-los, naquilo que tem sido chamado de ação racional ineficiente. Supomos que uma determinada classe trabalhadora busque um aumento salarial. Se todos os indivíduos dessa classe trabalhadora agir de forma egoísta, esperando aproveitar-se do aumento sem participar do movimento grevista, ocorrerá uma ação ineficiente do ponto de vista da classe trabalhadora que não ganhará o aumento, trazendo prejuízos para todos os indivíduos. Da mesma

forma a Guerra Fiscal só faz sentido se somente alguns membros da federação estiverem dispostos a praticá-la, pois, caso contrário, o excesso de vantagens fiscais pode levar à queda de arrecadação e comprometer as finanças públicas.

Mas a análise de Olson (1999), segundo alguns de seus críticos (Elster, 1994), tem como falha a falta do elemento "coordenação". Assim, afirmam que pouco importa o tamanho do grupo, o que é relevante na ação coletiva é a existência de um agente externo, ou um subgrupo, com o poder de impor a cooperação.

Não se trata exatamente da falta do elemento "coordenação". Olson não deixou de mencionar esse elemento. A questão é que o problema persistiu, segundo seus críticos, pois Olson não se ateu à questão do agente externo, ou do subgrupo altamente interessado no arranjo. Trata-se, então, de incluir um novo jogador na ação coletiva, o que podemos chamar de "jogador externo". Ou seja, aquele que se interessa pela prática da ação coletiva e é relevante para coordenação de tal ação. No caso da integração das administrações públicas tributárias esse "jogador externo" poderia ser o Senado Federal ou até mesmo o Governo da União.

Portanto, além das questões relevantes trazidas por Olson, devemos ter em mente esses pontos críticos a sua teoria, tentando suprir a sua análise com outros aspectos.

Dentre os críticos da teoria da ação coletiva, estão os formuladores da teoria dos jogos (ELSTER, 1994), afirmando esses que pouco importa o tamanho do grupo ou dos incentivos aos indivíduos, o que se torna relevante para a ação coletiva são as estratégias de inter-relacionamento, as quais só serão possíveis de serem estabelecidas com a realização de inúmeras rodadas de negociação, tornando a cooperação em estratégia suficientemente boa para a promoção dos interesses individuais, que podem ser interesses egoísticos ou altruístas.

Ou seja, jogos de uma só rodada, ou de número de rodadas pré-definidas, podem ensejar menos cooperação do que jogos em que o número de rodadas não estão pré-definidas, não permitindo que os participantes conheçam o momento em que o jogo se finalizará. Isso porque, não sabendo quando a cooperação se extinguirá, a estratégia mais racional será a de cooperar sempre.

Logo, os arranjos cooperativos devem ter a perspectiva de longo prazo, ou se organizarem sem momento para encerrar as atividades, de modo que a estratégia cooperativa sempre apareça como a melhor alternativa.

Nesse sentido, são válidos os comentários de Telma Menicucci (2008) e outros:

*Um dos jogos mais conhecidos e úteis na análise do problema da ação coletiva é o dilema do prisioneiro. Muito difundido, cabe apenas lembrar que esse dilema mostra como a racionalidade indivi-*

dual pode conduzir à irracionalidade coletiva ou a um resultado coletivo não desejado, fruto da não cooperação entre os atores. Esse dilema explicita o conflito entre os interesses particulares e o interesse comum para o caso da conduta racionalmente orientada e o jogo mostra como em decorrência de os prisioneiros orientarem as decisões por motivos egoísticos, o resultado é fruto de uma irracionalidade em termos de objetivos comuns; e ainda que se chegasse a um acordo para cooperar, não estaria assegurado o cumprimento do acordo a menos que ele fosse assegurado por um tipo de coação ou de incentivo externo. Só haveria cooperação entre os prisioneiros com a coerção imposta por um agente externo. (Reis, 1984). (...) Entretanto, em situações em que o jogo se repete ou quando os indivíduos têm a possibilidade suficientemente grande de se encontrar, é possível a cooperação. Para Taylor (1987) não existe nenhuma solução interna que promova a cooperação quando se joga apenas uma vez; o contrário é possível quando se joga repetidamente, sendo que a participação de um depende do que façam os demais. Os membros de um grupo interessados em algum bem coletivo podem aprender a colaborar, desde que todos cooperem, ou seja, em situação em que se siga uma estratégia condicionalmente cooperativa, baseada na reciprocidade (Axelrod, 1984). A cooperação recíproca pode ser coletivamente estável, pois é capaz de defender o grupo de estratégias menos cooperativas. (MENICUCCI, 2008 p.12-13).

Vale acrescentar a visão institucionalista proposta por Celina Souza:

(...) A cooperação nos grandes grupos tendem a ter custos elevados e implica assegurar a coordenação e a cooperação de diversos órgãos de diferentes níveis de governo, para que suas ações e recursos convirjam simultaneamente para uma dada decisão ou política pública. Daí, portanto, a importância de se enfrentar a questão da ação coletiva por meio de desenho institucional, ou seja, através da proposição de regras que incentivem atores e agências à cooperação para o objetivo da produção do bem comum ou coletivo, ou, de forma mais direta, regras para as situações mais críticas que envolvem a cooperação e a coordenação para

se alcançar os objetivos deste projeto. Tal assertiva decorre do reconhecimento de que a cooperação, por não ser intrinsecamente voluntária, como discutido acima, só ocorrerá na vigência de uma estrutura de incentivos que torne possível superar a inércia dos atores e das agências, minimizar o conflito de interesses e a tendência à não-cooperação. (...) Para contornar os problemas da ação coletiva, a formulação de regras formais e informais destina-se a criar incentivos e constrangimentos aos atores, a fim de gerar a cooperação. Mas mais do que isso, por essa lógica, o formato legal e administrativo das agências também aumenta ou diminui as possibilidades de cooperação, gerando incentivos positivos e negativos que guiarão a ação dos atores e das agências. (SOUZA, 2004, p.23-22).

O que se percebe, portanto, é que a ação coletiva é uma ação complexa, não surgindo somente da necessidade de se agir coletivamente para obter algum bem público.

Ora, que uma gestão tributária integrada levará a maiores ganhos, isso é fato, porém, porque não foi realizada até o momento?

### **6.1 Fatores relevantes para promover a cooperação: combatendo os free-riders<sup>3</sup> e estimulando a cooperação**

A ação coletiva é uma forma de agir que deve ser estimulada e adotada permanentemente, e, portanto, relevante e essencial é analisar o formato institucional e a estrutura de incentivos dados aos atores cooperadores para que se mantenham ligados a determinado arranjo, como, por exemplo, a administração tributária integrada.

Nesse ponto, cabe retomar, ainda que de forma breve, algumas argumentos ligados aos grupos de interesse, pois, um dos resultados da ação coletiva é a formação de uma organização que compartilham interesses, e por isso, atuam, em certa medida, como os grupos de pressão, buscando satisfazer seus objetivos<sup>4</sup>. Segundo Pio (2002, p.48) para efetiva formação de um grupo de interesse é necessário que os seus participantes (a) percebam a coincidência de interesse, (b) percebam que a atuação de maneira coordenada e cooperativa é mais vantajosa que a atuação isolada e (c) tenham bases de confiança recíproca. Ora esse último aspecto é constantemente afirmado por Derzi, baseado nas teorias sistêmicas do ordenamento jurídico. Ou seja, só é possível cooperar, enquanto os agentes envolvidos tiverem certeza de que há interesses coincidentes, que a cooperação gerará benefícios e que há confiança entre esses agentes. De forma que não basta somente afirmar a cooperação mas deve-se convencer os Estados Membros desses benefícios.

Constatados esses fatores é preciso estruturar a integração formalmente de maneira que possam ter verdadeira capacidade de influência e, sobretudo, possam combater a inércia de alguns atores que tenham interesses similares e que prefiram se manter na posição de *free-rider*, isto é, sem ter que suportar o ônus da ação, aproveitam-se dos bônus por ela gerados. Ora, afinal todos aqueles que se propõem a participar de um determinado grupo de interesse devem estar disponíveis para arcar com custos que a ação coletiva impõe e devem, também, se aproveitar dos benefícios.

Dessa maneira, vale trazer ao debate a contribuição de James Wilson (1974). Segundo o referido autor uma determinada política pode assumir quatro formas distintas de distribuir custos e benefícios, formando, então, quatro cenários distintos que irão trazer problemas específicos quando colocada uma determinada questão.

O primeiro cenário é aquele em que benefícios e custos são concentrados, ou seja, os membros de um determinado grupo suportam todos os custos e recebem todos os benefícios de maneira concentrada, excluindo os não participantes. Quando ocorre esse cenário os grupos de interesse tendem a funcionar com muita eficiência conforme seus membros estejam interessados efetivamente nos benefícios.

O segundo cenário é aquele que prevê benefícios concentrados e custos difusos. Um grupo específico tem grande retorno em torno de uma política específica, enquanto os custos são repassados para uma quantidade de membros muito maior do que os beneficiários. Essa é a situação pretendida por todos os grupos de interesse. Querem ver seus objetivos satisfeitos, porém, os custos repassados para todos, mesmo aqueles que não aproveitam dos benefícios.

O terceiro cenário prevê benefícios difusos e custos difusos. Não há nesse caso grupos específicos afetados de forma significativa, nem no que se refere aos benefícios, nem no que se refere aos custos. Aqui a mobilização é baixa e a realização da política de difícil ocorrência.

E por fim, há o cenário em que os benefícios são difusos e os custos concentrados. Essas políticas só são possíveis quando o grupo em que se concentram os custos assume: (a) a posição de empreendedores, sustentando conscientemente a sociedade; (b) quando se trata de um grupo que representa uma minoria explorada pela maioria.

Logo, quando se pensa na integração das administrações públicas tributárias, é preciso pensar nesses quatro cenários, pois, dificilmente haverá integração de maneira contínua se a repartição de custos e benefícios se der conforme os moldes do terceiro e quarto cenários apresentados.

As diversas análises de experiências cooperativas trazem a tona, também, alguns fatores que, podendo correlacionar com os apresentados pela teoria da ação coletiva, explicam porque os arranjos coo-

perativos surgem e continuam existindo ao longo do tempo.

Aqui se está falando de toda a variedade de arranjo que pode ser estabelecido entre os entes estatais, sejam eles cooperativas, consórcios ou associações.

De outras experiências cooperativas, especialmente no campo da prestação de serviço pode-se extrair, da experiência mineira dos Consórcios Públicos de Saúde, conforme relatada por Diniz Filho (2007) e Rocha e Faria (2004) o fator da indução e da intervenção do ente estatal territorialmente mais abrangente. Esse fator, também, é realçado por Abrucio ao comentar as experiências de cooperação intergovernamental por ele analisada – Consórcios Intermunicipais de Saúde de São Paulo e a política Consorciada do Grande ABC –, afirmando que entre os fatores que levaram as experiências cooperativas ao êxito se destaca os processos de indução por níveis de governo superiores. (ABRUCIO, 2000, p. 265). Ou seja, para a integração das fazendas públicas estaduais, o papel da União, ou do Senado Federal, seria relevante. Os atores estaduais isoladamente podem não conseguir se organizar de maneira adequada.

A ação senatorial, ou federal, atua, portanto, no sentido de romper os obstáculos que se colocam para a ação associativa. O foco seria alterar a equação de incentivos e obstáculos, modificando o cálculo político dos governadores, tornando a ação cooperativa menos arriscada e desenvolvendo a confiança mútua entre os atores da ação.

Segundo Diniz Filho (2006; 2007) poder-se-ia definir o poder dos participantes identificando o ator mais importante em dois momentos específicos da história de uma associação: (a) a criação da associação e (b) o funcionamento cotidiano dessa.

Os arranjos cooperativos poderiam surgir, portanto, de duas formas: induzidas por um ente mais abrangente – no caso a União ou o Senado – ou espontaneamente por iniciativa dos próprios Estados que decidem se integrar.

Embora a indução federal, ou do Senado, seja relevante para a emergência da integração das fazendas públicas estaduais, não necessariamente será para o seu desenvolvimento. Uma vez formada a cooperação, o processo decisório posterior poderia incluir somente os Estados Membros.

Por fim, destacam-se da literatura sociológica outros fatores que podem contribuir para a formação de uma administração tributária integrada no caso da gestão do ICMS, e que podem ser levadas em conta no momento em que se levar a cabo a integração:

As experiências cooperativas anteriores podem ser utilizadas para facilitar a integração das fazendas públicas, por exemplo, utilizando-se sistemas de gestão já compartilhados pelos Estados.

O associativismo avança em degraus progressivamente menores:

*Uma vez constituídas as AMs pela indução estadual, os atores que passaram a participar delas mantiveram o associacionismo sob condições adversas, mas também não o aprofundaram significativamente. É útil aqui o uso da figura da escada em oposição à rampa: na primeira (que associamos ao desenvolvimento por indução), a ascensão se dá por etapas claramente distintas, e a inação não implica necessariamente regresso; já na segunda (representando o desenvolvimento espontâneo), o avanço é progressivo e constante, porém a inação leva ao retrocesso, já que se está em plano inclinado. Dessa maneira, podemos encarar a política estadual de incentivo à criação de AMs como o impulso necessário para que o associacionismo galgasse o primeiro degrau da escala que propomos, e a política de indução à formação de CIS representou a ascensão a um segundo degrau. (DINIZ FILHO, 2007, p.26).*

O argumento é de que à medida que se ascende na questão do associativismo, a emergência de novos arranjos exigiria menor força/influência do "jogador externo", ou seja, do ente estatal indutor.

O arranjo cooperativo anterior seria capaz, em certa medida, de estimular e ser o próprio indutor de outros arranjos cooperativos.

Tratar-se-ia, em alguma medida, de desenvolver identidades, desenvolver relações de confiança, a partir do aprendizado da atuação conjunta e da formação de reputação dos parceiros, e, ainda criar o sentimento de pertencimento. Nessa direção relata Levy:

*O Governo Estadual, por meio de sua Secretaria de Meio Ambiente, propôs a utilização dos recursos de modo agregado pelos municípios do entorno. Dessa iniciativa originou-se um plano comum de desenvolvimento. Esse processo acabou por gerar uma nova identidade regional, inexistente até então. (LEVY, 2000, p.189).*

Abrucio também, se pronuncia em sentido muito próximo, afirmando que entre os fatores que levaram experiências cooperativas ao êxito estaria o aprendizado institucional, "mostrando que o sucesso da cooperação precisa de fontes anteriores". (ABRUCIO, 2000, p. 265)

Rocha e Faria (2004) destacam como fator relevante a centralidade de algumas personalidades e políticos na indução e na manutenção dos arranjos cooperativos. Nesse sentido citam o fato de que em Minas Gerais, o Secretário de Saúde do então

Governador Eduardo Azeredo, Rafael Guerra, ter sido um patrocinador da instauração dos consórcios intermunicipais de saúde.

Acrescentam os autores que as bases de cooperação seria um processo de aprendizado envolvendo tanto políticos como técnicos, sendo que o funcionamento de administrações integradas depende das características da política estadual, bem como a distribuição dos bônus políticos que é sempre problemática.

Destaca-se, também, que a literatura, entre todos os argumentos apresentados, chama a atenção para o papel do ente federado mais forte. Essa polaridade ou força deve estar prevista dentro do arranjo cooperativo, de forma a assimilar essa heterogeneidade e favorecer a cooperação mesmo entre municípios de tamanho ou significado econômico regional diferentes.

## 7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo trazer ao debate fatores sociopolíticos que devem ser necessariamente encarados quando se pensa na integração da administração tributária.

Como bem apontou a Professora Misabel Derzi, a Administração Tributária Integrada seria uma excelente solução para conter o avanço da Guerra Fiscal, favorecendo a neutralidade tributária e simplificando os procedimentos administrativos.

Todos sairiam ganhando no jogo cooperativo, já que as práticas competitivas longe de trazerem benefícios fiscais aos contribuintes, sobrecarregou os consumidores e prejudicou enormemente a prestação de serviços públicos.

Porém, não basta defendermos a integração das administrações públicas tributárias, mas precisamos compreender os fatores que as ciências sociais – sociologia, política e administração pública – apontam como essenciais para se promover e realizar essa integração administrativa.

É preciso levar em conta a heterogeneidade dos entes federados envolvidos e promover um diálogo e consenso entre eles com base na confiança para se estabelecerem as regras das relações.

A proposta deve privilegiar o equilíbrio entre autonomia estatal e coordenação centralizada para se chegar a resultados satisfatórios.

O grande problema, no entanto, é como implementar e sustentar a cooperação entre atores fortemente heterogêneos, pois que na prática pode desaguar em atitudes competitivas predatórias.

Outro problema que surge é quanto a possibilidade do governo central ou aqueles entes economicamente estáveis impor suas prioridades e interesses sobre os outros, provocando desequilíbrio nessa administração integrada.

Assim, apresentamos alguns fatores sociopolíticos essenciais para a emergência de arranjos cooperativos intergovernamentais que devem ser analisados na seara da administração tributária brasileira.



O arranjo cooperativo deve se aproveitar de práticas cooperativas anteriores, onde a relação de confiança já está desenvolvida, prever institucionalmente a distribuição de ônus e bônus, a distribuição do poder decisório entre os entes federados associados, levando em conta a força de cada ente, além de contar com o estímulo dos entes federados mais amplos ou aqueles entes mais centrais e fortes no relacionamento regional, seja através de promulgações de leis que beneficiem os cooperados em detrimento dos que não agem em conjunto, seja através de políticas executivas como as de relacionamento institucional que tenha por objetivo promover a cooperação.

Além disso, o arranjo deve prever regras que permitam acordos entre atores política – tais como prefeitos, vereadores e empresários - que pela lógica político-administrativa possam ser concorrentes, convencendo-os de que agindo de forma coletiva podem obter melhores e maiores resultados, dando ao contribuinte uma gestão mais justa dos tributos descentralizados, e formatando um sistema tributário simples, seletivo, progressivo e neutro.

Para solucionar uma guerra, é preciso, também, antes de mais nada, restabelecer a confiança entre os adversários na busca de um objetivo comum.

## 8 REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os laços federativos brasileiros: avanços e obstáculos e dilemas no processo de coordenação intergovernamental*. São Paulo; Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política. Tese de doutorado. 2000.

ABRUCIO, Fernando Luiz. *A Coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula*. Revista de Sociologia Política, 24. Curitiba. 2005.

ABRUCIO, Fernando. Luiz. *Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil*. In: FLEURY, Sonia (Org.). Democracia, descentralização e desenvolvimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ARRETCHE, Marta T.S. *Mitos da Descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas*. RBCS. N31. 1996.

ARRETCHE, Marta T.S. *Federalismo e Relações Intergovernamentais no Brasil: a reforma dos programas sociais*. Dados, v.45, n.3. 2002.

BELO HORIZONTE. *2º relatório da comissão permanente de simplificação e revisão da legislação tributária ao prefeito do município de Belo Horizonte*. In: Revista Internacional de Direito Tributário da ABRADT. V.7 Belo Horizonte; Del Rey. 2007.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. *Aspectos Jurídicos da Guerra Fiscal no Brasil*. ESAF. Disponível em: < [http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/cfp7/cfp\\_n7\\_art1.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/cfp7/cfp_n7_art1.pdf)>. Acesso em: 17 mar 2013.

CAMPOS, Lílían M. S.G. *Consórcios Públicos na Administração Pública Brasileira: Em busca de uma Administração Pública Consensual*. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2006.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. *Relações intergovernamentais e desigualdade educacional no ensino fundamental: o caso do FUNDEF em Minas Gerais*. Texto para Discussão n. 23. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte. 2005.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *As administrações integradas das Fazendas Públicas Brasileiras como forma de solução dos problemas na harmonização dos IVA's no Brasil*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988 - efetivação ou impasse. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DERZI, Misabel Abreu Machado (Atualizadora). *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar / Aliomar Baleeiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Sobre confiança e desconfiança sistêmicas, federalismo e conflitos de competência*. In: Misabel de Abreu Machado Derzi. (Org.). Competência Tributária. 1ed. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2011.

DIEZ, Salvador Parrado; FONT, Javier. *Elegiendo sócios en la administración municipal española: los consórcios y las mancomunidades*. [s.p] [s.l]. 2000.

DINIZ FILHO, Paulo Ricardo. *Federalismo, indução estadual e cooperação intermunicipal: a experiência de dois Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais*. Dissertação. PUC/Minas. Belo Horizonte. 2006.

DINIZ FILHO, Paulo Ricardo. *Indução Estadual e Cooperação Intermunicipal em Minas Gerais*. Anpocs, 2007.

ELSTER, Jon. *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

LEVY, Evelyn. *Ganhar e ganhar: estratégias de negociação bem-sucedidas entre os municípios, os estados e a União*. Polis, Programa Gestão Pública e Cidadania, apoio do BID (Cadernos de Gestão). São Paulo, 2000.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (Coord.) *Regionalização da atenção à saúde em contexto federativo e suas implicações para a equidade de acesso e a integralidade da atenção*. Relatório final. Fapemig. Belo Horizonte. 2008.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Teorias da Federação e do Federalismo Fiscal: o caso brasileiro*. Texto para discussão n. 43. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte. 2007.

OLSON, M. *A lógica da Ação Coletiva*. São Paulo. Edusp. 1999.

PENNA, Daniel. *A Experiência de articulação com os municípios no Estado de Minas Gerais: 1973-1994*. Escola de Governo da Fundação João Pi-

nheiro. 1997. Monografia (Conclusão de Curso). Fundação João Pinheiro. Escola de Governo. 1997.

PIO, Carlos. *Relações internacionais: economia política e globalização*. Brasília. IBRI. 2002.

ROCHA, Carlos Vasconcelos; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta. *Descentralização e Cooperação Intermunicipal no Brasil*. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 2004.

SOUZA, Celina. Projeto Emurb/CEBRAP: *Desenvolvimento Econômico da Região Metropolitana de São Paulo, Estratégias para o Planejamento Regional – Eixo “Articulação Institucional”*. Relatório final. 2004.

VARSANO, Ricardo. *A Guerra Fiscal do ICMS: Quem ganha e quem perde*. IPEA. Disponível em < <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/127>>. Acesso em: 17 mar 2013.

WILSON, James. *The Politics of Regulations*. In: J. W. McKie (ed.), *Social responsibility and the business predicament*, Washington, D.C., The Brookings Institution.1974.

## NOTAS DE FIM

1 Jamir Calili Ribeiro, doutorando em Direito Público pela PUC/Minas, e mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

2 Jamir Calili Ribeiro, doutorando em Direito Público pela PUC/Minas, e mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

3 *Free-Riders* é um termo da língua inglesa para designar aqueles que pegam carona nas ações coletivas, ou seja, aqueles que não colaboram para a sua realização, não suportam seus ônus, mas se aproveitam dos benefícios gerados, ou seja, recebem seus bônus.

4 Destaca-se que os aspectos relativos aos grupos de interesse geralmente são estudados e analisados quando se está dentro de questões envolvendo pressão política para obtenção de algum resultado, lobbies etc. Nesse caso, aborda-se um aspecto relativo ao grupo de interesse que consideramos ser útil para a análise dos casos em tela, apesar dos arranjos em análise não satisfazerem a caracterização dos chamados grupo de interesse, pelo menos não de forma adequada.

# AÇÃO AFIRMATIVA PARA PROMOÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL: SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Marília Souza Diniz Alves<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta as ações afirmativas como medidas especiais para mitigar a discriminação. Trata-se de uma reflexão sobre as possíveis consequências da adoção, pelo governo brasileiro, de políticas públicas reservistas pautadas no critério racial. Para tanto, discorre-se acerca das seguintes polêmicas: superação do racismo no Brasil; reserva de vagas em universidades; existência, ou não, de direito subjetivo a um critério de avaliação. O artigo ainda propõe refletir sobre a arte engajada com as questões sociais — optando por analisar a tela “Mestiço” de Cândido Portinari — e fazer um estudo sobre a jurisprudência — em especial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 e o Recurso Extraordinário n. 597.285 —, a atuação na esfera administrativa brasileira e as legislações que tratam do combate a práticas discriminatórias. Também serão confrontados os argumentos favoráveis e contrários à adoção de ações afirmativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discriminação. Ação afirmativa. Arte engajada. Inclusão. Cotas. Constitucionalidade.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Constitucional

---

## 1 INTRODUÇÃO

A discriminação<sup>2</sup> compreende toda distinção, exclusão ou restrição que tenha por resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil e/ou em qualquer outro domínio da vida pública. Trata-se de decisões diárias tomadas dentro de uma estrutura social simbólica em que gênero, cor, descendência, origem nacional, etnia, renda, religião e outros critérios são fatores determinantes.

Diante da prática cultural discriminatória pode o Estado optar entre duas posturas: neutralidade ou ativismo. A primeira, sob a roupagem da isenção, permite a subjugação dos grupos sociais minoritários pelos majoritários, ao passo que a segunda, instrumentalizada por meio de ações afirmativas, inclusivas e emancipatórias, consiste em agir para combater desigualdades, eliminar as violações aos direitos humanos e romper com o legado de exclusão.

As violações aos direitos humanos são construções históricas de atos de exclusão, discriminação e intolerância. Em constante evolução, tais direitos não são como um dado ou uma informação estática, e sim uma construção do homem sujeita a mudanças. Para Joaquín Herrera Flores (2009)<sup>3</sup>, eles simbolizam uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade.

### 1.1 Ações afirmativas

As ações afirmativas são medidas especiais, adotadas pelo Poder Público ou por particulares, destinadas a acelerar a igual-

dade de fato entre segmentos discriminados; por isso, devem ser associadas ao conceito de isonomia material. Elas têm a pretensão de modificar padrões socioculturais de condutas, eliminar preconceitos e práticas consuetudinárias baseadas na ideia de inferioridade ou superioridade em razão de estereótipos.

As ações afirmativas que visam a aprimorar a igualdade entre os homens devem ser estimuladas, uma vez que são muito mais amplas do que uma mera política de reserva de cotas para negros, índios, pobres, mulheres, deficientes. Por esse prisma, não são consideradas discriminatórias as medidas adotadas para assegurar que os indivíduos que necessitem de proteção especial gozem de prerrogativas especiais, pois elas pretendem tão somente ampliar as oportunidades e potencialidades dos grupos desfavorecidos.

Existem, na Constituição e na legislação infraconstitucional<sup>4</sup>, exemplos de políticas de ações afirmativas, tais como: proteção do mercado de trabalho da mulher; reserva de cargos e empregos a pessoas portadoras de deficiência física; meio-passe, em transportes públicos, para estudantes; reserva de lugar em ônibus para idosos/grávidas; alíquotas progressivas de impostos (Imposto Predial Territorial Urbano — IPTU e Imposto de Renda — IR); benefícios fiscais (isenções); preferência por contratações com microempresários em caso de empate de propostas em certames licitatórios.

As ações afirmativas também se desenvolvem fora do Estado, por intermédio de instituições autônomas da sociedade civil, tais como partidos políticos, sindicatos, igrejas, escolas, ONGs, etc. Po-

rém, quando de iniciativa do Poder Público, as medidas permeiam as esferas legislativa, judiciária ou administrativa. De qualquer forma, é importante destacar que tais ações somente devem perdurar enquanto a discriminação for patente, cessando assim que os objetivos de igualdade de oportunidade e de tratamento foram alcançados.

Neste trabalho reflete-se tão somente sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas reservistas pautadas no critério racial. A partir das considerações tecidas, indaga-se: existe racismo no Brasil? Deve haver reserva de vagas para negros em universidades? Ações afirmativas violam o princípio da igualdade? Há direito subjetivo a um critério de avaliação?

Com base em um estudo sobre a obra *Mestiço*, de Cândido Portinari, e sua relação com as ações afirmativas, este artigo propõe uma reflexão sobre o papel da arte para a inclusão social. Ademais, analisam-se a jurisprudência brasileira — em especial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186 e o Recurso Extraordinário (RE) n. 597.285 —, a atuação na esfera administrativa e as legislações acerca de combate a práticas discriminatórias. Ao final, serão confrontados os argumentos favoráveis e contrários à adoção de ações afirmativas.

## 2 ARTE ENGAJADA DE CÂNDIDO PORTINARI

Portinari, artista plástico, nasceu no interior de São Paulo, na cidade de Brodowski, em 29 de dezembro de 1903 e era filho de imigrantes italianos que vieram para o Brasil cultivar café.

Embora filiado ao partido comunista, Portinari utilizou suas obras para expor questões sociais controversas no Brasil, mas não como um delator do partido, e sim como um cidadão que teve sua vida afetada pelos problemas nacionais desde a infância, com uma educação deficitária. Ele assumiu uma postura de pessoa consciente dos problemas nacionais, lutando por um Brasil igualitário.

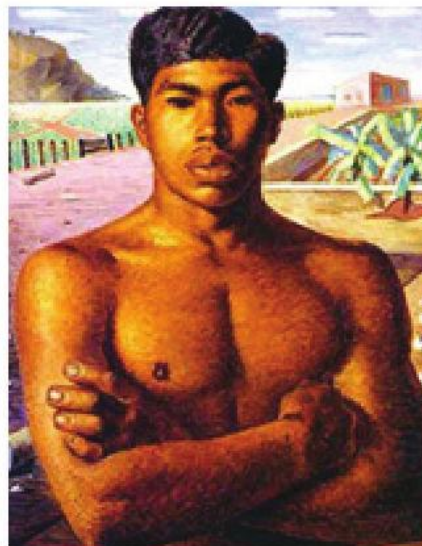
A arte portinarista é engajada e comprometida com os ideais de inclusão e justiça social. Retratou várias facetas do Brasil, como os canaviais de açúcar, plantações de café, descobrimento, futebol, jangadas do Nordeste, lavradores, colheita, cangaceiros, retirantes, entre outros. O artista pintou o povo brasileiro, suas etnias e seus dramas, retratando-o com sua personalidade modernista e a intenção de transformar aflições em esperança.

Segundo Portinari (*apud* FABRIS, 1996, p. 141),

*A pintura não é feita para ficar entre quatro paredes, e sim para beneficiar a grande massa do povo. O partido comunista compreende mais do que ninguém essa necessidade e, no seu programa, figuram estas justas reivindicações. É preciso incentivar a pintura e dar possibilidades ao povo de gozar também seus benefícios. Os pintores acadêmicos ou modernos, devem tornar-se uma força*

*viva contribuindo para a elevação do nível cultural de nosso povo.*

A obra *Mestiço*, de Portinari, remete a questão atual das reservas de cotas raciais como ação afirmativa. Trata-se de uma pintura a óleo (81x65,5cm) feita em 1934 e encontra-se exposta na Pinacoteca do Estado de São Paulo.



Conforme o programa *Globo Repórter*, da Rede Globo, de 1984, sabe-se que Newton Rodrigues foi o modelo que posou para o artista. Por ocasião do programa descobriu-se que Newton morava em um conjunto habitacional no subúrbio do Rio de Janeiro e exercia o ofício de moldureiro.

Ao observar a tela é possível perceber que o artista se preocupou em retratar as formas características de uma etnia dando maior enfoque para os cabelos, boca, nariz, olhos, sobrelanceiras e tom de pele.

Quem seria o mestiço? A mistura do branco com negros e índios demonstrava o ideal de branqueamento da população brasileira.

Para defender causas sociais o artista valeu-se do pincel. Pelo uso de tintas fortes Portinari criou figuras inquietantes carregadas de emoção que conseguem transmitir, ao mesmo tempo, sentimentos de agonia, solidariedade e compaixão. Hoje as causas sociais são também compromissos governamentais representados por meio de atos administrativos, legislativos e judiciais.

O mais importante é respeitar as diferenças étnicas e multiculturais que formam o povo brasileiro. A arte é uma forma de resgatar a cultura e a trajetória do homem social. A luta pela igualdade é uma campanha de esclarecimento e alerta, que exige determinação e coragem, devendo ser empreendida com palavras e ações.

## 3 LEGISLAÇÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Em âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas

(ONU), em suas inúmeras tentativas de reduzir as desigualdades sociais bem como de eliminar as formas de discriminação e as práticas de segregação, produziu declarações, tratados e acordos internacionais para a proteção e promoção dos direitos humanos. Destaque-se que o Brasil é signatário dos seguintes normativos:

- Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
  - Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis a Mulher (1948);
  - Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953);
  - Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (1958);
  - Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), ratificada pelo Brasil por meio dos Decretos n. 65.810/1969 e Decreto n. 4.738/2003;
  - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966);
  - Convenção n. 100 sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (1951);
  - Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Ensino (1967);
  - Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969);
  - Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 4377/2002;
  - Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);
  - Convenção sobre os Direitos da Criança (1989);
  - Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (1989);
  - Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais Étnicas Religiosas e Linguísticas (1992);
  - Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994);
  - Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999);
  - Declaração e Plano de Ação de Durban (2001);
  - Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007);
  - Documento Final da Conferência de Revisão de Durban (2009).
- Em âmbito nacional, outras normas antidiscriminatórias foram elaboradas em âmbito nacional. Contudo, não convém elencar exaustivamente as produções legislativas, porquanto a amostra selecionada nos confere subsídios suficientes para concluir que tradicionalmente as políticas governamentais de combate à discriminação baseiam-se em leis de conteúdo meramente proibitivo, oferecendo às vítimas instrumentos jurídicos de caráter reparatório.
- Nesse contexto, as ações afirmativas devem ser vistas como

alternativa viabilizadora da concretização de mecanismos geradores de inclusão e de igualdade de oportunidade entre os seres humanos. Elas resultam da compreensão de que a busca concreta de igualdade realiza-se para além da aplicação geral das regras do Direito, pelo que se propõem medidas específicas que considerem as particularidades das minorias e grupos em desvantagem.

Parte-se da premissa de que as ações afirmativas tem o condão de promover transformações na ordem cultural, pedagógica e psicológica.

Conforme Piovesan (2007, p. 40),

*Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão de grupos que sofreram e sofrem consistente padrão de violência e discriminação.*

*Neste sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos.*

*As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e o pluralismo social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.*

*Por estas razões, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no art. 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de 'discriminação positiva' (a chamada 'ação afirmativa'), mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais.*

### 3.1 Estudo de caso – reserva de cotas em universidades públicas brasileiras

A reserva de cotas é um tipo de ação afirmativa que pretende, na esfera educacional, garantir aos grupos minoritários o acesso aos estudos e a obtenção de diplomas nas instituições federais de educação.

No panorama brasileiro a discussão acerca da reserva de cotas já atingiu três esferas de governo (administrativa, judiciária e legislativa) conforme passa-se a expor.

A ação foi desencadeada na esfera administrativa, antes mesmo que existisse legislação nacional específica autorizando a reserva de cotas: em 2004 a UnB inseriu no edital do seu vestibular a previsão da reserva de 20% de vagas para negros. Para concorrer a essas vagas, era necessário que o candidato se autodeclarasse negro, e a autenticidade da informação seria ratificada por uma comissão avaliadora. Também adotaram a reserva de vagas sociais e étnico-raciais a Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal de São Paulo, Universidade Federal de Alagoas, Universidade Federal de Juiz de Fora (2006), Universidade Federal do Pará (2006). A iniciativa dessas instituições demonstra seu caráter aberto, inclusivo e criativo para lidar com problemas conjunturais.

A mudança despertou a insatisfação das pessoas que supunham ter direito subjetivo ao critério meritocrático, o que ensejou a provocação do Poder Judiciário, por meio de ações coletivas e individuais.

Nos anos de 2009 e 2012 o Supremo Tribunal Federal (STF) foi convocado a se posicionar a cerca da celeuma. Na primeira ocasião foi proposta a ADPF n. 186 pelo partido político Democratas (com representação no Congresso Nacional), que questionou a constitucionalidade: dos atos normativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe/UnB) que estabeleceram o sistema de cotas para negros; da Resolução Cepe n. 38, de 18.06.2003; do Plano de Metas de Integração Social, Étnica e Racial da UnB; do Edital do 2º vestibular da UnB (julho de 2009).

Foram aduzidas violações aos seguintes dispositivos constitucionais: a) art. 1º, *caput* (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); b) art. 3º, IV (veda o preconceito e discriminação); c) art. 4º, VIII (repúdio ao racismo); d) art. 5º, I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal); e) art. 37, *caput* (princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade); f) art. 205 (direito universal à educação); g) art. 206, *caput*, e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); h) art. 207, *caput* (autonomia universitária); art. 208, V.

Foi pleiteada liminar para suspensão da matrícula dos alunos aprovados mediante o sistema universal e o sistema de cotas para

negros na UnB, bem como nova divulgação do resultado pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (Cespe/UnB), considerando todos os candidatos inscritos no sistema universal de ingresso.

Tamanha a relevância da discussão, antes mesmo de levar a questão a julgamento pelo plenário do STF, o Ministro Presidente optou por designar audiência pública nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, transmitida pela TV Justiça e Rádio Justiça, para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ação afirmativa em ensino superior. O ponto central do debate consistiu na constitucionalidade do sistema de reserva de vagas baseado em critérios raciais como forma de inclusão.

Em 2012 os critérios adotados pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul para reserva de vagas também foram questionados no RE n. 597.285. A universidade destinou 30% das 160 vagas a candidatos egressos de escola pública e a negros que também tenham estudado em escolas públicas (sendo 15% para cada), além de 10 vagas para candidatos indígenas.

O estudante autor da ação não se conformou com a mudança de critério de admissão, pois prestou o vestibular para o curso de Administração em 2008, primeiro ano da aplicação do sistema de cotas, e foi classificado em 132º lugar. Alegou que, se o vestibular tivesse ocorrido no ano anterior, ele teria garantido sua vaga, mas no novo modelo concorreu apenas às 112 vagas restantes.

Nas duas ações, o STF concluiu pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa admitindo a utilização dessas políticas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas; do uso do critério étnico-racial; da autoidentificação como método de seleção; da modalidade de reserva de vagas ou de estabelecimento de cotas.

No segundo semestre de 2012, foram editados a Lei n. 12.711/12, o Decreto n. 7.824/12 e a Portaria n. 18 do Ministério da Educação e Cultura (MEC), disciplinando o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Determinou-se a reserva, em no mínimo 50%, das vagas ofertadas (por curso e turno) pelas instituições federais de educação superior, para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

As vagas são preenchidas, por curso e turno, conforme auto-declarações nos critérios pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Além de observar a proporção populacional, resguardou-se que metade das vagas seja ocupada por estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo *per capita*.

O programa será revisto pelo Poder Executivo no prazo de 10 anos, e as universidades terão 4 anos para implementar a medida.

Percebe-se que as normas pautadas nos critérios de cor, rede de ensino e renda familiar introduzem o tratamento desigual aos formalmente iguais. Para compreender a opção política pública brasileira de reservar vagas, é necessário perquirir as indagações e teses preliminares que desencadearam sua construção.

4 Há racismo no Brasil? Deve haver reserva de vagas para negros em universidades?

O racismo é uma atitude mental que orienta ações discriminatórias concretas de ódio ou desprezo. As pessoas educadas procuram ser conscientes de seus preconceitos ocultos e avaliá-los com base nos fatos e nas sensibilidades dos outros. Por ser o racismo politicamente incorreto, ainda que o indivíduo seja racista, ela tenderá a negar esta convicção pessoal.

Como reflexo desse comportamento humano, os brasileiros dividem-se entre os que negam o racismo no Brasil e os que afirmam a prática racista no País (mas ao mesmo tempo dizem não ser racistas). Passa-se a expor os argumentos utilizados em cada corrente.

Os defensores da inexistência de racismo no Brasil fundamentam-se nas seguintes teses:

a) Argumento histórico

Não é possível transplantar para o Brasil o modelo norte-americano de ações afirmativas da corte racial em razão das diferenças históricas e sociais entre os dois países.

Nos EUA, após a abolição da escravidão, foi institucionalizado nos estados do sul um sistema oficial de segregação racial denominado Jim Crow<sup>5</sup>, que perdurou até os anos 60. Esse sistema legitimou a doutrina do "separados mas iguais" decorrente do célebre caso Plessy vs. Ferguson<sup>6</sup>. A política oficial proibia os negros de frequentar as mesmas escolas que os brancos; comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes; morar em determinados bairros; estabelecer a relação cível locador negro/locatário branco ou locador branco/locatário negro; utilizar o mesmo transporte público, teatro e banheiro; casar com brancos; votar e serem votados.

Baseado nesse panorama, durante o governo do Presidente John F. Kennedy, foram criadas as primeiras ações afirmativas<sup>7</sup> como forma de promover a igualdade entre os negros e brancos norte-americanos.

A história brasileira é completamente diferente. Admite-se um passado de escravidão, mas se questiona até quando o passado deve assombrar o presente. Para pleitear a responsabilidade civil, é necessário identificar os elementos essenciais, quais sejam, conduta ilícita, culpável, dano e nexos de causalidade. Tem legitimidade para requerer a reparação aquele que sofre diretamente o dano. Por outro lado, essa compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que resultou no dano. É inadmissível atribuir às pessoas de hoje obrigações de repararem os equívocos de seus ancestrais.

Ademais, empiricamente percebe-se o convívio harmônico entre culturas e religião, o que faz concluir que as dificuldades de acesso à educação e às posições sociais elevadas decorrem da precária situação econômica, implicando qualificação profissional deficiente, independentemente da cor de pele. Ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro. Não é o racismo, e sim a pobreza que impede que os negros tenham acesso às universidades públicas.

b) Argumento biológico

Ainda que se admita a existência do racismo, não é possível separar raças, uma vez que geneticamente não há essa distinção.

Qualquer classificação racial adotada não é natural, pois não encontra respaldo na biologia. As classificações governamentais são construções humanas que obrigam as pessoas a integrar uma tipologia racial.

c) Argumento subjetivo/individual

Identificar o indivíduo como membro de uma raça seria uma forma indireta de esmagar sua subjetividade e diluir sua individualidade, transformando-o em parte de uma coletividade abstrata e artificial.

Ademais, em razão do alto grau de miscigenação, não há como o indivíduo se classificar como pertencente a uma ou outra categoria, fato que retira a validade dos programas baseados em raça, pela falta de objetividade para determinar quem é efetivamente negro.

A corrente que defende existência do racismo o faz baseada nos seguintes argumentos:

Justiça compensatória e o mito<sup>8</sup> da democracia racial

O principal argumento invocado em favor das políticas de ações afirmativas é a teoria da justiça compensatória, que visa retificar no presente as injustiças cometidas no passado, com o argumento de ser dever cívico e ônus social saldar as dívidas históricas com as minorias.

O discurso da necessidade de romper o ciclo de exclusão remonta ao período da escravidão, quando a mão de obra negra impulsionou a economia nacional. Sustentam que, embora a partir da promulgação Lei Áurea tenha sido estabelecido o sistema de trabalho livre, na realidade a mão de obra branca se especializou e a negra foi alijada.

Assumem que o Brasil não experimentou o racismo e a discriminação nos mesmos moldes dos EUA, porém defendem que há na cultura nacional um racismo velado, que tende a naturalizar os espaços ocupados por negros e índios.

Alegam que a suposta democracia racial brasileira é um mito arraigado no imaginário da população que serviu inclusive como alibi para sustentar a retórica estatal e social de omissão. Esse mito em grande parte foi corroborado pelos estudos de Gilberto Freyre (Casa Grande e Senzala) elaborados na década de 30, que

defendiam a tese da democracia racial brasileira como o exemplo de experiência bem sucedida das relações raciais.

Ainda na década de 60, outros estudos concluíram que o Brasil desenvolveu uma forma de discriminação peculiar: velada. Na década de 90 o tema entrou na agenda de governo com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra em 1995. O governo Lula criou a Secretaria Especial para Promoção da Igualdade Racial.

As reservas de vagas são medidas especiais e temporárias tomadas pelo Estado com o objetivo de eliminar *desigualdades historicamente acumuladas*, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como compensando perdas provocadas pela discriminação e marginalização — estas decorrentes de motivos raciais e étnicos.

As políticas afirmativas de identidades raciais enxergam as cores. Enxergam que o ensino superior beneficia desproporcionalmente a população branca, o que contribui para aumentar a lacuna no acesso à educação principalmente em nível universitário. Conforme o Censo Demográfico de 2010, na distribuição por cor, 48,6% das pessoas se declararam brancas, 41,0%, pardos, e 8,9%, pretos, verificando-se, neste último caso, uma sobrerrepresentação de responsáveis pela família de cor preta em relação ao total de pretos (7,6%) na população. No grupo de pessoas de 15 a 24 anos que frequentavam o nível superior, 31,1% dos estudantes eram brancos, enquanto apenas 12,8% eram negros e 13,4%, pardos<sup>9</sup>. Com isso, o acesso às melhores posições e salários no mercado de trabalho também fica restrito à metade da população. Dessa forma, justifica-se a adoção da reserva de vaga para negros em universidades.

Consoante Mello (2002, p. 41),

*A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência – em que pese a igualdade de situações, a não ser pela cor – aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos shopping centers que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros.*

A educação superior sem as cotas consiste em elemento reprodutor das desigualdades do País. Dessa forma, é mister adotar um critério corretivo para minorar as desvantagens educacionais.

b) Argumento cultural

Primeiramente é forçoso destacar que o argumento biológico, que se contrapõe ao cultural, baseia-se na afirmação falaciosa de que se algo for explicado pela Biologia, torna-se legitimado e justi-

ficado. A explicação biológica da inexistência de raça como *táxon* humano não implica a sua inexistência como construção histórica social voltada para justificar a desigualdade.

Ainda que o mapeamento do genoma tenha evidenciado que biologicamente a espécie humana não se divide em raças, essa divisão existe no plano sociopolítico.

Com esse sentido, a categoria raça é um fenômeno social, e não um fato biológico ao qual está associada a discriminação resultante da cor e aparência do indivíduo.

c) Argumento coletivo

Todo indivíduo, por mais isolado que seja, tem sua subjetividade pautada nas experiências concretas dos meios sociais de que participa. A subjetividade é definida a partir de características coletivamente compartilhadas. Negar o direito de se identificar com uma coletividade também é negar o direito à individualidade, o direito a uma história pessoal, é negar o sentimento de pertença.

O indivíduo é um ser histórico ao qual não se deve negar a possibilidade de se identificar como tal e, por conseguinte, como pertencente a uma categoria.

Alasdair MacIntyre (2001, p. 349), filósofo comunitário, propõe que o ser humano é um “eu narrativo”, que identifica a história da qual faz parte, uma vez que, além de sua identidade individual, possui uma identidade social. Assim, o que é bom para o indivíduo também é bom para aqueles que compartilham uma história. As pessoas herdaram o passado da sua família, tribo e nação; as dívidas, expectativas e obrigações das comunidades também são transmitidas, afinal existe uma responsabilidade coletiva que flui na memória.

É interessante, neste momento, resgatar as ideias de John Rawls sobre obrigações. Para o liberal, somente existem duas categorias de obrigações, quais sejam as universais, pautadas no consentimento e reciprocidade para garantir a vida em sociedade, e aquelas que a pessoa voluntariamente cria para si.

Os filósofos comunitários defendem que existe uma terceira categoria de obrigações — além das universais e voluntárias —, que seriam as de solidariedade/lealdade<sup>10</sup>. Essas obrigações são facilmente perceptíveis no âmbito familiar ou patriótico e respaldam a elaboração de políticas de ações afirmativas.

## 5 AÇÕES AFIRMATIVAS VIOLAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE?

O ponto fulcral da indagação consiste em conferir conteúdo jurídico ao conceito de igualdade, vocábulo em princípio semanticamente aberto. A *igualdade formal*, que advém do contexto francês do século XVIII, é compreendida como igualdade perante a lei. Foi assim pensada com vistas a abolir privilégios injustificados e desarrazoados das classes dominantes à época. Em outro momento histórico ampliou-se o significado de igualdade para incluir



ideais de justiça social e distributiva, reconhecendo inclusive identidades de grupos.

Os primeiros filósofos liberais não consideraram em suas discussões as diferenças genéticas entre os homens; defendiam uma igualdade perante a lei. Consideravam as políticas afirmativas que desigualavam os homens e beneficiavam algumas categorias individuais supressoras da igualdade e da liberdade. A igualdade estaria relacionada à equidade, à igualdade de oportunidades a uma justiça distributiva sem considerar aspectos históricos.

Os privilégios representavam a criação de zonas delimitadas de desigualdades artificiais e, nessa medida, eram intoleráveis. Os liberais defendiam que a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais era suficiente para que o mesmo fosse garantido. A filosofia política dessa época asseverava que todo o conhecimento advinha da experiência; dessa forma, mudando as experiências era possível mudar a pessoa, e as diferenças entre os homens poderiam ser eliminadas caso empiricamente fossem adotadas as medidas necessárias.

John Rawls, liberal da modernidade, ampliou esse conceito de igualdade. Pressupôs que a sociedade seria regida por um contrato social redigido por agentes movidos pelo interesse próprio, negociando sob um véu de ignorância, desconhecendo os talentos ou *stati* que herdaram ao nascer. Segundo ele, a sociedade justa é aquela na qual as pessoas sabem que podem ter uma condição social ou genética ruim.

Toda pessoa teria direito a liberdades básicas individuais compatíveis com as liberdades para todos. As desigualdades sociais e econômicas eram admitidas desde que o acesso a cargos e posições, em princípio, estivesse garantido a todos em igualdade de oportunidades.

O cerce da questão é a igualdade na repartição de direitos e deveres básicos aos homens. Se essa igualdade fosse garantida, a manutenção das desigualdades sociais e econômicas, de riqueza e de autoridade seria justa, não se admitindo lançar mão de benefícios compensadores para todos.

Percebe-se que o filósofo ainda adota um conceito de igualdade formal perante a lei genérica e abstrata, sem nenhuma distinção ou privilégio. Trata-se de um espaço neutro no qual as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver.

Claramente os liberais filiam-se à teoria da tábula rasa<sup>11</sup>, segundo a qual a mente humana não possui nenhuma estrutura inerente e, por conseguinte, seria possível que todas as diferenças entre indivíduos decorressem de suas experiências. Afinal os pais fornecem aos filhos os genes e o lar.

Politicamente a defesa de uma tábula rasa da mente humana foi utilizada para minar os alicerces da realeza hereditária bem

como para contrapor a escravidão, uma vez que não se concebe uma inferioridade ou subserviência inata dos escravos. Em grande medida essa ideia retirou a força dos estereótipos.

Mais apropriado que atribuir à cultura toda a responsabilidade pelas discriminações é admitir as raízes genéticas do intelecto e das emoções. Sabe-se que pequenas diferenças nos genes podem levar a grandes diferenças nos comportamentos. Contudo, não é porque os genes afetam a mente de alguma forma que, por isso, a determinam em todos os detalhes.

Ora, a maioria dos efeitos genéticos é probabilística. Além disso, as ações dos genes também são moduladas pela interação do indivíduo com o ambiente. A partir do momento que se compreende que os homens, além de culturalmente diferentes, também são geneticamente distintos, as ações afirmativas passam a representar uma forma de equacionar essa situação.

Admitindo diferenças genéticas e culturais, a corrente liberal moderna poderia conceber formas de políticas compensatórias, estabelecidas no contrato social com vistas a conferir um tratamento desigual em nome da igualdade.

Se as pessoas diferirem em talentos, é possível indivíduos serem pobres em uma sociedade sem preconceitos, mesmo se eles se empenharem ao máximo. Para Rawls, essa é uma injustiça que tem que ser corrigida, mas que passaria despercebida se não reconhecêssemos que as pessoas diferem em habilidades.

Nas palavras de Pinker (2004, p. 214),

*Uma tábula que não é rasa significa que um trade off entre liberdade e igualdade material é inerente a todos os sistemas políticos. As principais filosofias políticas podem ser definidas pelo modo como lidam com esse trade off. A direita darwinista social não dá valor à igualdade; a esquerda totalitarista não dá valor à liberdade. A esquerda rawlsiana sacrifica alguma liberdade em favor da igualdade; a direita libertária sacrifica alguma igualdade em favor da liberdade. Embora pessoas sensatas possam discordar quanto ao melhor trade off, não é sensato fingir que não existe um trade off. E isso, por sua vez, significa que qualquer descoberta de diferenças inatas entre indivíduos não é um conhecimento proibido a ser suprimido, e sim uma informação que poderia nos ajudar a tomar decisões a respeito desses trade offs de um modo inteligente e humano.*

A corrente de pensadores defensora da igualdade material propõe que ações afirmativas devam ser pensadas como forma de promoção da igualdade voltada a diminuir as desigualdades sociais — por meio da política de tratar desigualmente os desiguais

na medida da sua desigualdade —, oferecendo proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que, ao longo da história, figuraram em situação de desvantagem.

Para que seja garantida a dignidade da pessoa humana, é necessário optar pela defesa da igualdade material como mecanismo capaz de superar a discriminação e a intolerância.

A opressão e injustiça também são produzidas no âmbito cultural. Por isso, é necessário, além de atuar na distribuição de bens escassos, reconhecer e valorizar as identidades dos grupos não hegemônicos no processo social.

Na sociedade plural deve-se buscar que as pessoas tenham igualdade de participação nos discursos jurídicos. A igualdade não significa tratar todos os indivíduos de modo idêntico, mas em determinados casos submeter sujeitos desiguais a tratamentos jurídicos diversos.

A igualdade material é um objetivo a ser perseguido mediante ações ou políticas públicas, como iniciativa concreta em proveito de grupos desfavorecidos por meio de uma atuação transformadora e igualadora.

Dessa forma, a igualdade de acesso ao ensino está para além da simples igualdade formal dos processos seletivos que representam formas de consagrar e perpetuar as desigualdades. A adoção de políticas compensatórias faz-se necessária.

As políticas de cotas para ingresso no ensino superior público apenas estendem o olhar para uma percepção mais abrangente e profunda do fenômeno das desigualdades, que não são inerentes a posições numa relação de direito, e sim ao fruto de práticas discriminatórias impregnadas secularmente no tecido social brasileiro.

O combate à discriminação por si só é insuficiente para implementar a igualdade. Assim, é mister valer-se de uma medida emergencial que combine práticas proibitivas de discriminação com outras que acelerem a promoção da igualdade.

Nesse sentido, a concessão de tratamento mais favorável a grupos que se encontram em desvantagem não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, o que se pretende é viabilizar a igualdade material. A igualdade jurídica só existe em razão da diferença e só se realiza no respeito à diferença.

Boaventura de Souza Santos (2003) afirma que as pessoas têm direito a ser iguais quando a diferença inferioriza; por outro lado, elas têm o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Ele ainda afirma que, por isso, é necessário uma igualdade que reconheça as diferenças, e uma diferença que não reproduza as desigualdades.

## **6 HÁ DIREITO SUBJETIVO A UM CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO?**

### **6.1 Aspectos filosóficos**

Antes de responder a indagação, é mister perquirir as filoso-

fias políticas por trás do pensamento das pessoas que refletem sobre a temática.

Remontado à Grécia Antiga, Aristóteles associou justiça a honra, mérito e virtude. Justo seria dar ao povo o que ele merece, para que cada pessoa desempenhasse seu papel social. A justiça envolveria dois fatores: coisas e pessoas a quem as coisas são destinadas.

Pessoas iguais devem receber coisas iguais. Para elucidar a questão, recorre-se ao exemplo do instrumento musical. Quem deve ser o proprietário do instrumento musical: o melhor músico, o mais nobre ou que puder pagar o maior valor?

A justiça baseada na razão teleológica estaria atrelada à discriminação por habilidades, na qual não se procuraria a melhor pessoa em todas as categorias, mas tão somente em uma. No exemplo *supra*, o melhor músico deveria receber o instrumento.

Acredita-se que cada pessoa e cada coisa tem um propósito que deve ser seguido, e a felicidade é alcançada quando a alma atua conforme sua virtude. A virtude não vem do aprendizado em livros, e sim da prática e compartilhamento com outros. Não seria possível captá-la a partir de um conceito, pois é necessário “pegar o jeito”, criar o hábito, a prática para discernir características peculiares.

Quais qualidades devem ser honradas na justiça distributiva? Atualmente são consideradas a renda, a riqueza e as oportunidades. A justiça é uma questão de adequação: alocar as pessoas conforme suas habilidades.

Deve-se discutir qual o real objetivo da prática social — debates sobre os objetivos (*telos*) são, com frequência, debates também sobre a honra — e seu impacto na política distributiva e na escolha das qualidades que serão honradas, sem se esquecer de que a política tem como objetivo cultivar as virtudes para garantir o bem viver.

Ações pautadas na finalidade da prática social são moralmente plausíveis, mas traçar políticas públicas que combinem honras e reconhecimentos é compatível com a ideia de liberdade? Se certos papéis são adequados para uma pessoa, onde está seu direito de escolher o papel social que quer desempenhar e seu objetivo de vida? Ao associar a justiça a um conceito de bem, retira-se do indivíduo a liberdade para escolher o papel que quer desempenhar.

Uma coisa é apoiar uma estrutura justa de direitos na qual as pessoas possam procurar concepções próprias de vida boa; outra coisa é basear a lei em um conceito particular de vida boa.

Conforme a teoria de John Rawls, não seria justo violar direitos individuais em prol de direitos coletivos, a não ser que voluntariamente as pessoas assim pactuassem. Tão pouco seria justo criar privilégios pautados em um fator que a pessoa não pode controlar (ninguém escolhe a raça a que irá pertencer).

Não parece justo que alguém seja selecionado por ter os traços e habilidades que a sociedade precisa explorar em determinado momento. Admitir esta modalidade de aprovação implica paraben-

zar as pessoas não por merecerem crédito, e sim por terem as qualidades que levaram a sua admissão, por vencerem a loteria, e com o prêmio (vaga) passar a gozar dos benefícios a ele associados.

Esse raciocínio é moralmente incômodo. Seria realmente possível e desejável separar questões de justiça distributiva das questões de mérito moral e virtude? Teorias teleológicas de justiça ferem a liberdade, pois justiça não se trata de recompensar a honra da virtude ou do mérito moral, e sim de respeitar as pessoas como seres livres.

A excelência escolar é apenas um dos critérios para as políticas de admissão. Nas universidades americanas, além do critério meritocrático para admissão, outros fatores são considerados, como habilidades atléticas, admissão herdada e perfil da família.

Se hipoteticamente dois candidatos que tenham o mesmo perfil de notas e que frequentem as mesmas escolas — neste caso não há o fator desvantagem educacional — concorressem à admissão na universidade, ainda assim seria justa a política de raças?

Note-se que os critérios raciais não são necessariamente os padrões corretos para decidir quais candidatos serão aceitos nas universidades. Mas os critérios intelectuais, ou quaisquer outros conjuntos de critérios, também não são.

Aceitar as cotas pressuporia que a finalidade da educação universitária fosse criar um ambiente de troca plural e multicultural. Em outras palavras, a universidade deve ser um *locus* de promoção da diversidade, e o convívio de pessoas de diferentes raças contribui de forma diferenciada para a instituição, tornando mais rica a experiência educacional.

Optar por um aluno integrante de uma minoria em detrimento de outro do grupo majoritário que tenha sido melhor no exame de admissão encontra respaldo no fato de os testes padrões não oferecem uma indicação precisa da aptidão quando um aluno for seriamente desfavorecido.

A educação e os antecedentes familiares influenciam nos resultados obtidos em testes. O vestibular tradicional mede não somente o mérito do candidato, mas também a desigualdade de oportunidades bem como a qualidade do sistema escolar e do sistema social.

A ideologia do mérito e do concurso encontra um vácuo histórico, qual seja: como alguém independentemente das dificuldades que sofreu, no momento final da competição iguala-se a todos os seus concorrentes. Universalizou-se a concorrência, mas não as condições para competir. A meritocrática valida o passado de discriminação associado à pobreza e/ou ao acesso a uma educação de má qualidade. Eis a desigualdade de oportunidade dos concorrentes.

Tal discussão remonta à concepção de Pierre Bourdieu acerca da violência simbólica presente no ambiente escolar. Esta con-

siste na imposição legítima e dissimulada da cultura dominante reproduzindo as desigualdades sociais, porquanto o dominado naturaliza a relação de dominação e legitima o poder (de dominação) do dominante.

Segundo o sociólogo (BORDIEU, 1983), ainda que se democratize o acesso ao ensino por meio de políticas afirmativas, ainda sim existirá uma forte correlação no ambiente escolar entre as desigualdades sociais e culturais, pois a escola valoriza e exige dos alunos qualidades que são desigualmente distribuídas, atreladas a um capital cultural que faz com que alguns privilegiados estejam habituados, desde a infância, com a cultura legítima. Segundo Bourdieu (1983, p. 75).

*É a sua posição presente e passada na estrutura social que os indivíduos, entendidos como pessoas físicas, transportam com eles, em todo tempo e lugar, sob forma de habitus. Os indivíduos "vestem" os habitus como hábitos, assim como o hábito faz o monge, isto é, faz a pessoa social, com todas as disposições que são, ao mesmo tempo, marcas da posição social e, portanto, da distância social entre as posições objetivas, entre as pessoas sociais conjuntamente aproximadas e a reafirmação dessa distância e das condutas exigidas para "guardar suas distâncias" ou para manipulá-las estratégica, simbólica ou realmente reduzi-las, aumentá-las ou simplesmente mantê-las.*

Os defensores da constitucionalidade da reserva de vagas por critérios raciais respaldam-se na teoria da justiça distributiva, que propõe a *promoção do pluralismo nas instituições de ensino*. Segundo eles, para que todos compartilhem das riquezas e diversidade étnica e cultural, é importante um contato real entre as pessoas de diferentes etnias, rompendo com o modelo de segregação e redistribuindo bens, vantagens e recursos.

Com base nesse entendimento, os alunos devem ser julgados por sua probabilidade de contribuição. Os candidatos que concorrem às vagas das cotas devem cumprir requisitos mínimos para o ingresso, entre os quais se inclui o mérito pessoal, uma vez que devem auferir um rendimento semelhante aos alunos que ingressam pelo sistema universal.

As ações afirmativas propõem uma nova forma de medir a capacidade de cada um. Nas seleções optou-se não por checar a ancestralidade do candidato, e sim por pautar-se em sua autodeclaração.

De fato a autodeclaração com posterior ratificação dos dados por uma Comissão pode resultar em decisões questionáveis. A entrevista com a equipe verificadora do fenótipo — ou seja, pessoas que averiguam se a pele do candidato é negra (preta ou parda)

— nem sempre tem o condão de evitar fraudes ou benefícios indevidos. O modelo do “tribunal racial” pode não ser o mais adequado em virtude da falta de objetividade dos critérios de avaliação.

O risco das políticas afirmativas é a tutela infantilizada do cidadão. O principal objetivo dessas políticas é o de serem mecanismos para incluir e ampliar a participação na esfera pública democrática.

## 6.2 ASPECTOS JURÍDICOS

A criação de novos critérios de admissão está diretamente relacionada com a autonomia universitária, que dá amplos poderes à universidade para planejar e utilizar os recursos públicos. Contudo, isso não significa que os dirigentes e professores possam fazer o que bem entenderem na instituição.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96) deu liberdade para as universidades estabelecerem os critérios de seleção dos estudantes, e o art. 207 da Constituição Federal garante às universidades autonomia didático-científica para atender as metas constitucionais estabelecidas no que diz respeito ao atingimento de uma sociedade mais justa, mais fraterna e mais solidária.

Tradicionalmente os vestibulares adotam o sistema de mérito como critério. Ou seja, alunos que auferem as maiores notas na prova têm direito a ocupar as vagas nos cursos pleiteados.

A admissão de candidatos exclusivamente a partir de seu desempenho em testes de conhecimento só se justifica porque se baseia em uma política de valorização do ensino formal. Assim, as escolas oferecem disciplinas que julgam contribuir para a formação intelectual e socialização dos estudantes. Destaque-se que entre as próprias disciplinas há uma hierarquia que também decorre de uma política pública.

Por este ponto de vista, o método de avaliação *não pode ser considerado um direito subjetivo indisponível e exigível pelo estudante contra o Estado e a sociedade*. Não é correto tratar as vagas universitárias como direitos indisponíveis, como um lugar que pertence antecipadamente a alguém que preencha uma fórmula. Quando a universidade admite alunos de maior inteligência, ela não o faz em consideração ao maior interesse que eles têm de serem admitidos nem em reconhecimento ao seu direito de serem admitidos, mas porque isso favorece os objetivos que acredita. Existem critérios variados para avaliar se alguém é ou não bom estudante.

Portanto, a universidade pode adotar novos objetivos e usar ações afirmativas para fomentá-los, e os candidatos que teriam sido admitidos pelo processo anterior não poderiam reclamar do novo modo de agir, por serem beneficiários da antiga política. Com a nova, outros se beneficiam e, se isto parece injusto, é porque o

costume adotava a velha política.

É indubitável que a inclusão ou exclusão de critérios de avaliação traz benefícios para uns e dificuldades para outros. Novos critérios serão constitucionais se forem coerentes com os objetivos perseguidos pelas políticas públicas destinadas a promover a igualdade entre os cidadãos de diversas origens. Logo, é forçoso verificar a adequação das políticas ao sistema, que somente em longo prazo poderão ser avaliadas quanto a êxito ou fracasso.

## 7 CONCLUSÃO

Para que os direitos humanos se desenvolvam é preciso denunciar as estratégias de reprodução das forças dominantes bem como as manipulações simbólicas de educação, mídia e cultura que banalizam as desigualdades.

A arte engajada e comprometida com os ideais de inclusão e justiça social é uma forma de resgatar a cultura e a trajetória do homem social bem como de expor as distinções. A luta pela igualdade é uma campanha de esclarecimento e alerta que exige determinação e coragem. Seus instrumentos de combate são as palavras, ações e representações artísticas.

Tanto o Poder Público — por meio de atos administrativos, legislativos e judiciais — quanto os particulares têm papel relevante nessa causa social. Trata-se do envolvimento com as ações afirmativas, que se destinam a assegurar igualdade de fato (isonomia material) entre segmentos discriminados da sociedade. Elas visam a combater manifestações flagrantes e dissimuladas de discriminação, principalmente as de fundo cultural, enraizadas na sociedade. Tais ações têm caráter eminentemente pedagógico, com vistas a garantir o pluralismo e a diversidade nas várias esferas de convívio humano. Para tanto, pretendem coibir as discriminações do presente bem como reduzir os efeitos da persistência da discriminação que tende a se perpetuar.

O desvirtuamento da ação afirmativa ocorre quando apenas são trocados os beneficiários de uma estrutura excludente, produzindo-se novas discriminações, agora em detrimento das maiorias.

Retomando as indagações iniciais — existe racismo no Brasil? Deve haver reserva de vagas para negros em universidades? —, percebe-se que o panorama político brasileiro atual já ultrapassou a discussão polarizada e partidária acerca da adoção de ações afirmativas governamentais, porquanto a reserva de cotas por raça, renda e rede de ensino já é uma prática desde 2004 e foi oficialmente regulamentada em 2012.

A introdução das políticas governamentais de ação afirmativa representa a renúncia estatal de sua suposta neutralidade: o Estado optou por agir considerando gênero, raça, cor e origem nacional para regular o acesso aos estabelecimentos educacionais

públicos e, mais recentemente, para contratar seus funcionários ou regular a contratação por outrem.

É premente que a diferenciação proposta decorra de comando constitucional (redução das desigualdades) e especifique claramente o grupo beneficiado. Deve ter clareza em suas metas, observar o cronograma de implantação, ser limitada no tempo e passar por avaliações empíricas rigorosas e constantes. *In casu*, pretende-se, por meio da reserva de cotas, tornar as universidades um ambiente plural e multicultural no prazo de 10 anos.

Quanto à terceira indagação — ações afirmativas violam o princípio da igualdade? —, percebeu-se que tratar de forma mais favorável grupos que estão em desvantagem não viola o princípio da igualdade nem caracteriza arbitrariedade, pelo contrário, viabiliza a igualdade material.

Parafraseando Boaventura de Souza Santos, as pessoas têm direito a ser iguais quando a diferença inferioriza; por outro lado, têm o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza.

Quanto à última indagação — há direito subjetivo a um critério de avaliação? —, responde-se que um determinado método de avaliação não pode ser considerado um direito subjetivo indisponível que o estudante possa exigir do Estado e da sociedade.

Não é correto tratar as vagas universitárias como direitos indisponíveis, como um lugar que pertence antecipadamente a alguém que preencha uma fórmula. Existem critérios variados para avaliar se alguém é ou não bom estudante, e a universidade tem autonomia para modificá-los bem como para usar ações afirmativas. Os candidatos admitidos pelo processo anterior não podem reclamar do novo modo de agir, pois são beneficiários da antiga política. Com a nova, outros se beneficiam; se isto parece injusto, é porque o costume adotava a velha política.

A constitucionalidade dos novos critérios é verificável pela coerência desses com os objetivos das políticas públicas destinadas a promover a igualdade entre os cidadãos de raças distintas. Quanto aos resultados das políticas afirmativas, somente em longo prazo será possível avaliar se lograram êxito ou fracassaram.

Não se pretende concluir que os critérios raciais são o padrão mais correto para ingresso em universidades. Aliás, todos os outros critérios, inclusive o intelectual, também não o são. De qualquer forma, avaliar a excelência escolar é apenas uma das formas possíveis.

Por fim, conclui-se que a opção por criar cotas em universidades públicas para grupos minoritários ratifica o papel do ensino superior como centro de promoção da diversidade. A experiência educacional é mais rica quando reflete a composição étnica do Estado em um ambiente de troca plural e multicultural, e a qualidade dessa experiência é garantida pela diversidade.

## 8 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997.
- BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.
- BRASIL. *Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 30 ago. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 186*. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Acessado em: 10 jan. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 597.285*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessado em: 10 jan. 2013.
- CENSO 2010. Informações obtidas no sítio <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/07/02/censo-2010>>. Acessado em: 18 jan. 2013.
- FABRIS, Annateresa. *Artistas brasileiros*: Cândido Portinari. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.
- FABRIS, Annateresa. *Portinari, pintor social*. São Paulo: Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, 1977.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. *O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, p. 99-108, out./dez. 2006.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *A recepção do instinto de ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: SANTOS, Sales Augusto. *Ações afirmativas e o combate ao racismo nas américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007, p. 57-58.
- GUIA DE ORIENTAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL PARA DENÚNCIAS DE DISCRIMINAÇÃO ÉTNICO-RACIAL. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2012/03/guia-onubrasil-para-denuncias-de-discriminacao-etnico-racial.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2013.
- HANSEBALG, Carlos A. *Entre o mito e os fatos: racismo e relações raciais no Brasil*. In: MAIO, Marcos; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/CCBB, 1996.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: a study in moral theory*. 2. ed. Notre Dame: Editora University Notre Dame Press, 1984.

MELLO, Marco Aurélio. *Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 41.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick. *A política de ações afirmativas da UnB e a Constituição*. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/artigo.php?id=179>>. Acesso em 10 jan. 2013.

PINKER, Steven. *Tábula Rasa. A negação contemporânea da natureza humana*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos*. In: DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, p. 85-89, 1996.

SANDEL, Michael J. *Arguing affirmative action*. In: \_\_\_\_\_. *Public philosophy: essays on morality in politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sales Augusto. *Ações afirmativas e o combate ao racismo nas américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007, p. 40.

## NOTAS DE FIM

1 Mestranda em Direito pela UFMG. Analista Judiciária do TRT da 3a. Região.

2 A discriminação, no sentido de usar uma característica estatisticamente preditiva do grupo a que pertence alguém para tomar uma decisão sobre esse indivíduo, nem sempre é considerada imoral. Negar direitos de dirigir e votar aos adolescentes é uma forma de discriminação por idade injusta para os adolescentes responsáveis (PINKER, 2004, p. 208).

3 Flores demonstra que os direitos humanos não devem ser compreendidos como algo posto ou imposto de cima para baixo. Esses resultam das

ações sociais “de baixo”, que geram a emancipação. De nada adiantam declarações de direitos sem que haja condições sociais, políticas, econômicas e jurídicas para alcançá-los. As normas jurídicas são garantias jurídicas, e não os direitos humanos em si mesmos. O mínimo ético consiste em garantir às pessoas o direito à integridade corporal e à satisfação de suas necessidades (sociais, físicas, culturais, econômicas) e de reconhecimento (gênero e etnia).

4 É curioso lembrar que na década de 1930 foi elaborada a Lei dos Dois Terços, que reservava a participação majoritária de trabalhadores brasileiros nas empresas em funcionamento no Brasil. Nessa época em que muitas empresas eram de propriedade de imigrantes costumavam discriminar os trabalhadores nativos.

5 O termo “Jim Crow” é uma alusão ao comediante norte-americano Thomas D. Ride, que em suas atuações pintava-se de preto para ridicularizar os afrodescendentes.

6 Os fatos que desencadearam a discussão foi a prisão de um homem negro que se recusou a sair do vagão de trem da primeira classe, pois, embora os assentos fossem exclusivos para brancos, ele havia comprado a passagem de trem. A Suprema Corte Americana decidiu que a reserva de acomodações para negros nos transportes ferroviários, apartadas dos brancos, seria compatível com o princípio da igualdade, desde que qualitativamente as acomodações fossem semelhantes - o sistema igual mas separado era legal. (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>)

7 A expressão “ação afirmativa” apareceu pela primeira vez nos EUA, num decreto presidencial, a Executive Order 10.925, de 6 de março de 1961, com a assinatura do então presidente norte-americano John F. Kennedy. Dizia o texto que, nos contratos com o Governo Federal, “[...] o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade” e “[...] adotará uma ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, credo, cor ou nacionalidade” (MENEZES, 2001, p. 88).

8 “A noção de mito para qualificar a ‘democracia racial’ é aqui usada no sentido de ilusão ou engano e destina-se a apontar para a distância entre representação e realidade, a existência de preconceito, discriminação e desigualdades raciais e a sua negação no plano discursivo. Essa noção não corresponde, portanto, ao conceito de mito usado na Antropologia” (HANSEBALG, 1996, p. 237).

9 Informações obtidas no sítio eletrônico <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/07/02/censo-2010-mostra-as-diferencas-entre-caracteristicas-gerais-da-populacao-brasileira>>. Acessado em: 18 jan. 2013.

10 A crítica que sofrem, principalmente por Milchael Walzar, consiste na impossibilidade de construir um conceito de justiça atrelado à fidelidade a uma comunidade.

11 PINKER, 2004, p.10 e 77.



**PROFESSORES**

# A CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

Débora Caroline Pereira da Silva<sup>1</sup>

Daniela Lage Mejia Zapata<sup>2</sup>

**RESUMO:** A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade é matéria amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência, diante do que se encontra previsto no item 15.3 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, que regulamenta o §2º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre a impossibilidade de se cumular adicionais por trabalho exercido sob riscos. Contudo, não existe na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 qualquer restrição a que se opere a referida cumulação. Desse modo, deve-se aplicar o princípio da máxima efetividade constitucional, com o objetivo de que sejam interpretadas as normas de proteção aos direitos fundamentais considerando o real alcance e sentido delas. Assim, tem-se por escopo principal deste trabalho, demonstrar que a aplicação da Constituição de 1988 juntamente com a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e considerada Tratado Internacional de Direitos Humanos, constitui a norma mais favorável ao trabalhador exposto a riscos simultâneos durante o labor, paralisando, portanto, as normas ordinárias que dispuserem de maneira divergente sobre o mesmo tema, visto que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem ratificados pelo Brasil anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem status normativo supralegal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Consolidação das Leis do Trabalho. Cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito do Trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

A regra tida como geral e aplicável em nosso sistema é que o trabalhador perceba adicionais cumulativos, quando for o caso, como forma de compensar, separadamente, cada condição adversa. Isto porque a instituição de adicionais pelo legislador tem como finalidade precípua desestimular o trabalho em situações que ocasionem danos à saúde e à vida do trabalhador.

Entretanto, não é o que ocorre em situações de exposição simultânea a agentes insalubres e perigosos, motivo pelo qual questionaremos sob a perspectiva lógica, biológica e jurídica, a presente vedação.

Passemos à análise.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 O art. 193, §2º da CLT: proibição?

Grande parte de nossos doutrinadores e operadores do Direito interpretam, ainda hoje, o art. 193, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de maneira equivocada, da qual se dissenso pelos motivos e argumentos que serão aduzidos a seguir.

Precipuamente, cabe analisar o referido dispositivo legal, que assim dispõe: "O empregado poderá optar pelo adicional de

insalubridade que por ventura lhe seja devido".

A corrente majoritária defende a tese que uma vez exposto o trabalhador, simultaneamente, a mais de um agente insalubre ou perigoso, ou a ambos, sua cumulação é vedada por força expressa do art. 193, §2º da CLT, não podendo, assim, coexistir insalubridade com periculosidade, pois tutelam os mesmos bens/valores. Portanto, havendo dupla incidência, caberá ao trabalhador escolher, na fase de execução, pelo adicional que lhe seja mais benéfico.

Nesse diapasão, argumentos defendidos pela maior corrente trazidos por Regina Célia Buck (2001, p. 114):

*A lei é que impede a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por estrita observância da não-incidência de um adicional sobre outro, imputando ao trabalhador a opção, no caso de sua atividade achar-se caracterizada entre as duas hipóteses de proteção legal (art. 193, §2º). (TRT 3ª Região, RO n. 0060/98, Rel. Juiz Nereu Nunes Pereira, 7.8.1998).*

*Estando presentes as condições insalubres e condições perigosas no ambiente de trabalho obreiro, deve ser-lhe deferida a maior vantagem,*



evidenciando, em regra, que o adicional de periculosidade é financeiramente mais vantajoso e deve ser observado o princípio da regra mais benéfica. (TRT 3ª Região, RO n. 19980/99, Rel. Juiz Fernando Procópio de Lima Netto, 5.6.2000).

Ora, não encontramos razão na interpretação alhures, pelos seguintes motivos:

a) O primeiro se refere ao próprio dispositivo da CLT, que não vedou a cumulação *in casu*, ou seja, não trouxe uma determinação de cunho expressamente proibitivo. Tal vedação foi feita pela norma do MTE que o regulamenta (NR-15, item 15.3).

Assim, salienta-se que:

*Aqueles que lidam diariamente com o Direito têm a obrigação de aplicar a lei de acordo com o objetivo do legislador, e não apenas como mero instrumento para a solução de conflitos, [...] utilizando todos os recursos disponíveis para interpretar e aplicar a lei de forma a alcançar o bem comum. Entretanto, se não há vedação explícita na legislação sobre a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, deve-se conceder o direito da cumulatividade desses adicionais, pois, estando o trabalhador exposto a diversos agentes, quer insalubres, quer perigosos, os riscos profissionais são aumentados como resultado da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho (BUCK, 2001, p. 125-126).*

Desse modo, a CLT não é o instrumento que previu a vedação que se discute agora; mas a proibição foi feita pelo item 15.3 da Norma Regulamentadora n. 15 (NR-15) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que, por este motivo, merece atenção maior, pois devido à sua estrutura e natureza jurídica, não lhe é permitido atuar fora dos limites impostos pela lei regulamentada. Senão vejamos a assertiva de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 370) que demonstra serem os decretos, regulamentos, portarias e instruções atos administrativos submissos à lei:

*Na pirâmide jurídica, [...] o regulamento [...] é ato do chefe do Poder Executivo, e os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores. Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento. Assim, toda a dependência e subordinação do re-*

*gulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regulamentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. [...] Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorar-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.*

Com efeito, os decretos e normas regulamentadoras são atos estritamente vinculados, subalternos, dependentes da lei que se encontram a detalhar, não sendo possível a inovação legal por estes instrumentos, visto que cabe à lei, face ao princípio da legalidade expresso no art. 5º, inc. II da Constituição da República do Brasil de 1988 (CR/88), fazer qualquer imposição, criação, majoração ou redução de direitos e obrigações. Ou seja, "sem a lei, não haveria espaço jurídico para o regulamento" (MELLO, 2010, p. 350).

Diante desta afirmação, percebe-se que a portaria n. 3.214/1978 do MTE em seu item 15.3 limitou, sobremaneira, a abrangência da norma regulamentada ao vedar a cumulação dos adicionais por trabalho sob riscos, indo de contrapartida a todas as proteções constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que visam garantir os direitos à vida, à saúde, à dignidade humana, ao meio ambiente equilibrado e ao trabalho, desconsiderando, assim, os danos causados ao obreiro em decorrência do labor realizado nas circunstâncias que se discute.

Logo, os contornos de sua atuação são enclausurados, devendo evadir-se de traços que levem à inovação legislativa. Isto é, atuam segundo o que dita a lei, nunca contra ela, sob pena de serem considerados atos ilegais e, por fim, inválidos e ineficazes.

Desse modo, percebe-se que o argumento de que a lei veda claramente a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade não assiste razão, visto que se a própria CR/88, instrumento de maior relevância em nosso Estado, não o fez, nem mesmo a lei atuou nesse sentido, não cabe a qualquer outro ato administrativo inferior o fazer, pois se assim for, haverá confron-

to ao disposto na Lei Maior, bem como aos objetivos e princípios constitucionais e trabalhistas que visam proteger os direitos fundamentais do homem trabalhador.

Portanto, cabe ao operador e ao intérprete do Direito analisar os institutos jurídicos de forma lógica, sistemática e teleológica, e não apenas de modo literal, extraindo da norma seu real sentido e objetivo social, com o escopo de que seja demonstrado seu verdadeiro alcance, na intenção de se adquirir a máxima efetividade das regras postas à disposição dos jurisdicionados para solução de conflitos.

Além do mais, registre-se nosso entendimento no sentido de que mesmo a corrente majoritária venha adotando a tese e entendendo conter no §2º do art. 193 da CLT vedação expressa à cumulação dos adicionais abordados neste texto, ainda assim o mencionado dispositivo padecerá de aplicabilidade, conforme defesas a seguir expostas.

b) O segundo motivo, diz respeito ao fato de a própria CR/88 garantir o direito à percepção de adicionais por trabalho insalubre, perigoso e penoso, subsidiariamente ao direito a um ambiente laboral saudável e seguro. Corroborar, nesse sentido, também a CLT, em seu capítulo V, que trata da segurança e medicina do trabalho, atribuindo o direito a esses adicionais ao trabalhador que se encontre nesta situação. Ou seja, o ordenamento jurídico como um todo se volta à proteção do trabalhador, motivo pelo qual a presente vedação se encontra em desarmonia e descompasso com o sistema, que visa, sempre, à tutela dos bens e direitos fundamentais, onde estão incluídos a vida, a saúde e o trabalho.

Nesse momento, nota-se que se a CR/88, instrumento de onde emanam direitos e garantias fundamentais, prevê que os riscos inerentes ao trabalho deverão ser reduzidos para que o ambiente de trabalho seja um local seguro e salubre, a fim de que o homem trabalhador tenha qualidade de vida no exercício de suas atividades, não há qualquer razão que justifique uma norma ordinária vedar a cumulação de adicionais, sendo que a própria Lei Magna faz a previsão do pagamento dessas parcelas salariais aos trabalhadores que estejam expostos a agentes agressivos durante seu labor de modo subsidiário, isto é, quando não forem reduzidos ou eliminados os riscos no ambiente de trabalho.

Logo, a CR/88 traz o patamar mínimo civilizatório, não podendo a legislação infraconstitucional dispor contrariamente ao ditado pela Lei Maior, reduzindo direitos constitucionalmente garantidos. Além disso, o objetivo da CR/88 ao prever o direito à percepção de adicionais é de cunho social e não financeiro, pois seu intuito é o de desestimular o empregador a continuar exigindo trabalho em situações gravosas, compelindo-o a tomar providências no sentido de alcançar melhorias consideráveis no ambiente de trabalho, fazendo deste local um lugar ecologicamente equilibrado.

c) Por vez, o terceiro motivo, a fim de reforçar nossa corrente, e pelo seu caráter relevante, diz respeito ao fato de que com a ratificação da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabelecendo que “deverão ser considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”, em plena vigência em nosso ordenamento, o §2º do art. 193 da CLT encontra-se por ela tacitamente revogado, devendo, portanto, ser admitida a cumulação em tese (BUCK, 2001).

Acerca deste ponto, tem-se que a CR/88, em seu art. 5º, §2º dispõe que os direitos e garantias expressos em seu texto, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Com isso, uma vez ratificado um tratado internacional pelo Brasil, ele passará a integrar o ordenamento jurídico pátrio, entrando em vigor e gerando aqui seus efeitos, posto compatível com a essência, os princípios e com os fins sociais para os quais se volta a CR/88.

Maiores análises acerca da Convenção n. 155 da OIT serão realizadas no tópico 2.2, adiante.

d) Por derradeiro, cumpre destacar como mais um dos motivos que justificam a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, a possibilidade jurídica de serem cumulados outros adicionais legais, como é o caso dos adicionais de hora extra e noturno.

Primeiramente, necessário destacar que a regra é que o obreiro perceba adicionais cumulativos havendo trabalho em condições mútuas adversas, e o intuito, nesses casos, é justamente serem compensados os desgastes sofridos pelo trabalhador. Assim, serão percebidos adicionais distintos para cada situação igualmente distinta. Desta forma, incidirá adicional sobre adicional, considerando que o que já era tido como danoso, se torna ainda mais, caso haja labor em circunstâncias multiplicadamente gravosas (CRUZ; GONÇALVES, 2011).

Nestes termos, salutar enfatizar que as justificativas para o pagamento, pelo empregador, de adicionais ao trabalhador, é de cunho notório quanto a não semelhança entre elas, posto o motivo ensejador, por exemplo, do adicional noturno não ser o mesmo do adicional de horas extras, isto é, tutelam-se bens/interesses/valores/objetos diferenciados. Veja-se:

O adicional de horas extras tem por escopo tutelar a integridade física do trabalhador, ante as recorrentes consequências por trabalho além de sua jornada ordinária estipulada.

No que tange ao adicional noturno, o objeto protegido é a saúde e o convívio social e familiar a que o empregado, como todo ser humano, tem direito.

Isto posto, cumpre registrar, outrossim, que o adicional de insalubridade tem por objetivo compensar os danos causados à saúde do trabalhador, considerando sua exposição a agentes

agressivos acima dos limites de tolerância no ambiente laboral.

Já no que diz respeito ao adicional de periculosidade, tutela o bem maior do ser humano, fonte de todos os outros direitos: a vida, pressuposto lógico de existência; e a integridade física do obreiro.

Explanadas as razões que ensejam a obrigação legal de o empregador arcar com o pagamento de adicionais a seus trabalhadores, deve-se observar agora, com mais acuidade, as permissões legais e jurisprudenciais de cumulação de adicionais diversos, uma vez que, a partir de análise em minúcias, perceberemos que a proibição do item 15.3 da NR-15 do MTE não faz qualquer sentido.

Elucida-se, inicialmente, que os adicionais de horas extras, noturno e de transferência são passíveis de serem cumulados. Desse modo, o trabalhador que labore por tempo além de sua jornada e adentre o período noturno, perceberá, cumulativamente, os adicionais respectivos, conforme inteligência da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 97 da Seção de Dissídios Individuais-1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho (TST). É o que igualmente está previsto para sentido inverso, isto é, finalizada a jornada integral noturna, e prorrogado o trabalho, que sejam então remuneradas as horas excedentes acrescidas do adicional noturno, conforme dispõe a súmula n. 60, inc. II do TST.

Insta registrar, com isso, que a tese de que não seja possível coexistir insalubridade com periculosidade, e, por este motivo, indevida a cumulação dos adicionais pertinentes por tutelarem os mesmos bens e valores é incabível, considerando que, como demonstrado anteriormente, o objeto de tutela de um é distinto do outro.

A despeito, portanto, da divergência que grassa na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, pendemos em prol da cumulatividade das referidas parcelas salariais, vez que se os valores protegidos são distintos, e as agressões também o são, não há razão lógica capaz de fundamentar a proibição discutida, pois a incidência de um, não exclui o outro.

Isto é, se é permitida a cumulação de adicional de insalubridade com adicional de hora extra, cujas causas ensejadoras deste direito são também diversas, que lógica existe na proibição de se cumular periculosidade e insalubridade? Ora, nenhum! As lesões, ou melhor, os danos à saúde ocorrem, gradativa e lentamente, até culminarem, com o passar do tempo, em grande perda ao trabalhador.

Em vias oblíquas, entende-se ser injusta tese que inadmita que adicionais de insalubridade e periculosidade não se possam cumular, isto porque a questão envolve três grandes direitos do ser humano, a saber, a vida, a saúde e a integridade física, sem os quais não se alcança a dignidade.

Deste modo, por motivos óbvios, considera-se que a imposição ao trabalhador em escolher qual direito tutelar, ou seja, ou a saúde ou a vida, ante o dever de optar por um ou outro adicional,

fere os preceitos da dignidade humana, tida como cláusula pétrea em nosso ordenamento.

## **2.2 Convenção n. 155 da OIT x CLT: aplicação da norma mais favorável ao trabalhador**

Ponto primordial é o estudo da Convenção n. 155 da OIT para este trabalho, visto que é esta norma a mais favorável ao obreiro, devendo, portanto, sobre as demais divergentes prevalecer.

A CR/88, em seu art. 5º, §§ 2º e 3º, consagrou explicitamente a possibilidade de ingresso em nosso ordenamento, por meio de tratados internacionais, de outros direitos, desde que condizentes com a essência dos princípios e normas previstos no texto constitucional vigente.

Diante disto, os tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil tenha aderido até a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, posicionam-se de maneira intermediária, isto é, entre a legislação interna infraconstitucional, e subordinada às normas expressas na Constituição, não se equiparando, portanto, às leis ordinárias, como ocorre com tratados internacionais que versam sobre matérias alheias à que se discute agora.

Assim, existindo, no caso concreto, conflito entre tratado internacional de direitos humanos, ratificado e promulgado segundo os requisitos legais exigidos, e legislação ordinária interna que verse sobre a mesma matéria, porém de maneira mais prejudicial ao homem, prevalecerá assim o primeiro, vez que possui conteúdo específico delimitado, ou seja, trata de direitos humanos, possui força de norma constitucional e constitui norma mais favorável (BULOS, 2010). Esta, por vez, "pode se identificar com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que se prevê que no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (GALINDO, 2002, p. 317).

Ratificada e promulgada no Brasil por meio do decreto n. 1.254/1994, a Convenção n. 155 da OIT surge em nosso ordenamento como instituidora de normas e princípios abordando o tema saúde, segurança e higiene no meio ambiente de trabalho, trazendo, ademais, o conceito amplo e objetivo de saúde, adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), assim entendido como o bem-estar integral, incluindo não só a saúde física, como, também, a psíquica.

Saliente-se, desse modo, que a aplicabilidade da referida Convenção deve ser observada em face da natureza dos direitos que tutela, de cunho extremamente relevante, pois, sob esta visão, constitui-se em regra utilizada junto ao Direito Constitucional e ao Direito do Trabalho, posto encontrar-se em harmonia com os princípios e objetivos destes ramos jurídicos.

Nesse sentido é que suas regras e princípios, insertos no rol

de normas garantidoras dos direitos humanos do trabalhador, são transparentes, caracterizando norma impositiva de adoção de medidas e políticas que visem alcançar a saúde e qualidade de vida no ambiente de trabalho.

Logo, uma vez ratificada a Convenção, o Estado que a ela se obrigou, através de seu consentimento, deverá a seus princípios e regras se submeter, posto tratar-se de regra obrigatória, considerando a adoção das medidas necessárias para tornar efetivas as medidas inseridas em seu texto, e cujo descumprimento acarretará a responsabilidade do Estado-parte.

Cabe, portanto, analisarmos o disposto no art. 11, alínea b da Convenção n. 155 da OIT, abaixo *in literis*:

*A determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. (grifos nossos)*

Claro é, dessa forma, ante a previsão do artigo alhures, que “os efeitos combinados dos agentes agressivos, foi expressamente adotada nesta Convenção. A presença de vários agentes agressivos, pelo efeito sinérgico, em vez de apenas somar, multiplica os malefícios” (OLIVEIRA, 2010, p. 81).

Nestes termos, nota-se que a exposição simultânea do trabalhador a mais de um agente danoso agride, sobremaneira, sua saúde, sua integridade física, devendo, portanto, serem consideradas tantas quantas forem as agressões, pois, ainda que cada agente agressivo, analisado de maneira isolada, esteja dentro dos limites de tolerância, a combinação de vários deles, ao mesmo tempo, leva a menores níveis os limites de tolerância (OLIVEIRA, 2010).

Com isto, a Convenção n. 155 da OIT, por tratar de direitos humanos fundamentais do trabalhador, constitui norma mais benéfica à parte hipossuficiente na relação de trabalho, devendo, assim, prevalecer em detrimento das regras infraconstitucionais que com ela divergir; no caso em comento, o item 15.3 da NR-15 do MTE, e, para a corrente majoritária, c/c o §2º do art. 193 da CLT, visto ser compatível com os preceitos, objetivos e valores expressos na Constituição de 1988, bem como possuir status normativo supralegal, integrando nosso sistema jurídico, devendo, assim, ser utilizada na defesa da vida, da saúde, da integridade física e da dignidade do trabalhador.

Insta salientar além do mais que quanto ao uso do aspecto cronológico como técnica de antinomia, considerando argumentos daqueles que ainda defendem existir proibição expressa no §2º do art. 193 da CLT, percebe-se que a Convenção n. 155 da OIT ratificada no ano de 1994 via decreto n. 1.254 é norma posterior à CLT (decreto n. 5.452/1942), bem como em relação à Lei n. 6.514/1977, responsável pela redação do art. 193 e seus respectivos parágrafos. Assim, prevalecerá a primeira em detrimento da norma consolidadora do trabalho (CORDEIRO, 2007).

### 2.3 JURISPRUDÊNCIAS

O Supremo Tribunal Federal (STF), em suas decisões, se manifestou pela supremacia dos direitos humanos fundamentais, devendo o ordenamento jurídico se voltar à sua proteção. Desse modo, a CR/88 estabelece à legislação infraconstitucional, bem como aos tratados e convenções internacionais integrados ao nosso sistema jurídico, a obrigação de buscar meios para esses direitos serem efetivos e, para esse fim, necessário retirar desses instrumentos a sua máxima eficácia, visto que tratam-se de direitos essenciais à manutenção da vida humana.

Além disso, destaca o STF a importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ao indicar que em se tratando dessa matéria, devem prevalecer sobre a legislação ordinária com eles divergente, possuindo status supralegal os ratificados antes da EC n. 45/2004, ficando acima da legislação interna e abaixo da CR/88. Posteriormente à promulgação dessa reforma, passarão a ter status normativo de emenda constitucional.

É o que se segue:

*A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela EC nº 45/2004.*

*[...] Considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos*

sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

[...] Se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

[...] Os tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

[...] Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de "supralegalidade", ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.

[...] Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

[...] Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", tal como

preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.

[...] Uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) - da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana. Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, de caráter hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-lhes, sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos, supremacia e precedência em face de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal. (STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.03.2008)

Nota-se, ante o julgado alhures, que os argumentos trazidos neste trabalho sobre a prevalência da Convenção n. 155 da OIT c/c com a CR/88, diante de seus aspectos de proteção à vida, à

saúde e à dignidade do trabalhador em detrimento do item 15.3 da NR-15 do MTE c/c §2º do art. 193 da CLT, encontram respaldo e embasamento legal e jurisprudencial conforme entendimento da Corte Suprema brasileira, pois esta convenção internacional possui status normativo de regra suprallegal, o que demonstra, assim, razão e viabilidade técnica-jurídica em nossa tese.

Nessa linha, salutar registrar mais uma vez que o ambiente de trabalho necessita, igualmente, ser um ambiente digno, com segurança e defesa das condições saudáveis para a prática das atividades ali exercidas, a fim de que seja obtida maior qualidade de vida. Assim, o ciclo se forma, onde a vida exige tutela à saúde, para que o trabalho possa ser buscado e, dessa maneira, a dignidade seja alcançada.

Logo, percebe-se que um direito não exclui outros também previstos nos instrumentos normativos, mas que deve existir a harmonia entre eles, não devendo o aplicador e o intérprete do Direito garantir um em detrimento do outro. Ou seja, eles coexistem e podem ser operacionalizados simultaneamente na busca da justiça social e da dignidade humana.

Nesse sentido, entende o STF que:

*Direito ao meio ambiente: os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível. Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 158:205-206, Rel. Min. Celso de Mello), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente determina-*

*do, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social. (STF, ADIn 3.540-1-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 1.9.2005. In: BULOS, 2010, p. 516)*

Ademais, o TST também tem demonstrado entendimento acerca das questões trazidas pela CR/88, pela legislação trabalhista infraconstitucional e pelos tratados internacionais que o Brasil ratificou e que versam sobre os direitos humanos do homem trabalhador.

Dora Maria da Costa (2012), dispõe acertadamente que:

*A marca da indisponibilidade dos direitos fundamentais se mostra sob duplo aspecto: a) ativo, na medida em que essa categoria de direitos se mostra inalienável pelo seu titular; e b) passivo, já que não podem ser expropriados por outros sujeitos, começando pelo próprio Estado, que tem o dever de garanti-los, e, evidentemente, no campo da relação laboral pelo empregador que tem a obrigação constitucional, legal e até mesmo moral de respeitá-los (art. 1º, 3º, 5º, 6º, 170, 196, 220, e 225 da Constituição, 157 da CLT, Leis 9.029/95, 8.080/90 e Convenções 155 e 161 da OIT). Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, inclusive aqueles de natureza social, criam condições de fazer fluir a vida em segurança, não constituindo meros programas. Direitos como a vida, a saúde, a segurança e o trabalho, constituem verdadeiras exigências ético-jurídicas ante o Estado, e também ao particular, que estabelecem, em comum e sistematicamente concatenados com os grandes princípios constantes dos arts. 1º, 3º e 5º do Texto Maior, ordem e respeito ao valor maior da dignidade humana que, como já anotado, permeia todo ordenamento jurídico, aí incluído, obviamente, o ordenamento laboral. Desse modo, esses direitos são de natureza fundamental e pessoal, irrenunciáveis, indisponíveis e, por consequência, imprescritíveis mesmo quando sua afetação pos-*

sa acontecer no seio de uma relação laboral ou do contrato de emprego. [...] De fato, estando-se diante de direitos humanos fundamentais, sua violação implica agressão à personalidade, à dignidade do ser humano enquanto tal e não como cidadão que exerce certa função ou integra uma categoria profissional, nem tampouco porque mantém um vínculo de emprego. Não se trata, pois, de meros direitos trabalhistas como pretendem alguns, ou civis no sentido estrito como sustentam outros. Ao contrário, está-se diante de direitos fundamentais de índole constitucional, considerados como cláusulas pétreas. Por consequência, dotados de proteção até mesmo contra o querer democrático, ou seja, contra a vontade do legislador (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88). (TST, AIRR 36200-93.2008.5.24.0046, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, 17.8.2012).

Desse modo, claro e cristalino o posicionamento de realce da dignidade da pessoa humana também em questões de cunho social trabalhista, visto que o obreiro, como ser essencial às relações e atividades econômicas, necessita de considerável atenção no que tange à defesa de seus direitos, uma vez que a sua posição fática reflete circunstância de hipossuficiência, o que exige, por conseguinte, tutela do Estado em relação ao trabalhador no ambiente de trabalho, considerando ser o trabalhador a parte vulnerável na relação laboral.

E foi justamente com fulcro nos princípios de proteção ao trabalhador e da dignidade humana que diversos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) proferiram decisões permitindo a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pautados na defesa dos direitos humanos do trabalhador que devem ser protegidos inclusive no meio ambiente de trabalho, visto que a política de proteção à saúde e à vida do empregado é imposição constitucional, e que não pode ser relegada a segundo plano.

Senão vejamos:

*ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Havendo prova técnica a demonstrar que em um determinado período do contrato o reclamante estivera exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso, ele faz jus ao pagamento de ambos, haja vista que o disposto no art. 193, §2º da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador.*

[...] A prova pericial constatou que, durante todo o período do contrato de trabalho, o reclamante esteve exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso (f. 439). Em que pesem as alegações da recorrente, entendendo, em coro com o MM. Juízo a quo, que a regra contida no parágrafo 2º do art. 193 da CLT não pode se sobrepor aos princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalho. Assim, se o trabalhador presta serviços em condições insalubres (portanto, nocivas à saúde) e perigosas (que colocam em risco a sua própria sobrevivência), deve receber o adicional previsto para ambos os casos, eis que, no caso, o fundamento jurídico para o deferimento de cada parcela é distinto. (TRT 3ª Região - 1ª Turma, RO 2 00354-2006-002-03-00-4, Rel. Des. Marcus Moura Ferreira, DJ 27.10.2006).

*POLÍTICA DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR. CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS. INTELIGÊNCIA DO COMANDO CONSTITUCIONAL: A CF/88 ampliou a tutela à saúde do trabalhador, impondo a necessidade de eliminação dos riscos inerentes à saúde. Na nova redação dada ao tema dos adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, no inciso XXIII do artigo 7º da CF/88, existe previsão expressa para pagamento pelos respectivos adicionais, àquelas situações de fato cujas atividades sejam assim consideradas nocivas segundo a lei. Não há qualquer restrição no texto constitucional à cumulação dos adicionais. Se presentes uma ou mais das situações nocivas à saúde o adicional deve incidir sobre todas as hipóteses. Entretanto a Doutra Maioria da Turma entende não ser possível esta cumulação. (TRT 3ª Região - 2ª Turma, RO 01959-2006-142-03-00-0, Rel. Des. Vicente de Paula M. Junior, DJ 7.6.2008).*

As decisões alhures são dignas de aplausos, pois suscitam ponderações relevantes acerca da aplicabilidade da norma mais favorável ao trabalhador, a realçar, o art. 11, b, da Convenção n. 155 da OIT, em consonância a CR/88, diante da incompatibilidade do §2º do art. 193 da CLT com os princípios constitucionais e trabalhistas norteadores dos direitos à vida, à saúde e à dignidade do trabalhador.

Clarividente, analisando os julgados citados, que os magistrados têm interpretado os instrumentos jurídicos de maneira a se

voltar à proteção do obreiro como parte hipossuficiente, garantindo a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade não como forma de remunerar o risco, o que fugiria ao escopo do instituto dos adicionais, mas como maneira de forçar o empregador a adotar medidas voltadas à proteção obreira no meio ambiente de trabalho.

Assim, a imposição judicial, partindo-se do pressuposto do disposto na CR/88 sobre saúde e medicina do trabalho, e das disposições da Convenção n. 155 da OIT, da obrigação de o empregador arcar com adicionais cumulativos quantos forem os agentes agressivos simultâneos, é meio capaz de desestimular a prestação de serviços em condições mais gravosas aos direitos fundamentais do trabalhador. Interpretação esta em total sintonia com os fins sociais aos quais as normas constitucionais e trabalhistas foram criadas, isto é, o de proteger o trabalhador e garantir a melhoria de suas condições de trabalho.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal demonstrar a possibilidade de se cumular os adicionais de insalubridade e periculosidade, tomando-se como base as disposições principiológicas e normativas da CR/88 e do Direito do Trabalho.

Para esses fins, foi realizado o estudo acerca da interpretação do art. 193, §2º da CLT, em que se analisado com base em sua leitura superficial e literal, induz grande parte dos operadores do Direito a interpretação equivocada deste dispositivo legal, uma vez que junto a ele, aplica-se também a NR-15 do MTE, item 15.3, que veda, de forma cristalina, a cumulação de adicionais por trabalho onde haja incidência de mais de um agente nocivo.

No entanto, o supracitado artigo da CLT não proibiu, expressamente, a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, motivo pelo qual ousamos dissentir do entendimento majoritário, porquanto não coaduna com tudo o que foi argumentado até aqui, em especial com relação aos princípios constitucionais e trabalhistas que regem e tutelam o homem e o trabalho humano.

Nesse ínterim, ficou demonstrado que a defesa pela cumulatividade dos referidos adicionais não se baseia como forma de monetizar o risco, mas, ao contrário, como maneira de forçar o empregador a buscar medidas que visem à melhoria das condições no meio ambiente laboral, considerando que a Lei Magna garante o direito ao trabalho em ambiente ecologicamente equilibrado, salubre e sem riscos e, em decorrência disso, à redução dos riscos inerentes ao trabalho. E isso devido ao importante fato de o Direito do Trabalho possuir papel ímpar na realização dos direitos humanos sociais.

Cediço, assim, que a aplicação dos postulados da dignidade humana e da proteção ao tema proposto neste estudo é saída impe-

riosa e obrigatória a ser perseguida, vez que a discussão presente aborda a lesão, gradativa ou na iminência de acontecer - quando o risco for acentuado, aos direitos à vida e à saúde do trabalhador.

Tratando-se, nesses moldes, de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador na busca de sua maior proteção, existindo várias normas dispondo sobre a mesma matéria, o caminho será adotar aquela que seja mais benéfica ao empregado, e se ainda assim houver dúvida razoável em qual norma adotar, que a interpretação judicial se volte, então, àquela que melhor atenda à condição do trabalhador. Isto é, prevalecerá, num sistema de hierarquia dinâmica, a norma mais favorável que versar sobre o caso concreto.

Nesta senda, ante as exposições trazidas ao longo do texto, percebe-se que a norma mais favorável, e, por este motivo, a que deverá prevalecer, é justamente a Convenção n. 155 da OIT, em seu art. 11, b, c/c a CR/88, art. 1º, III e IV, 5º caput e §§ 2º e 3º; 6º; 7º, XXII e XXIII; 196; 200, VIII e 225, posto serem instrumentos que trazem maiores e melhores benefícios ao trabalhador que se encontra em exposição simultânea a agentes agressivos diversos, especialmente o insalubre e perigoso.

Abordou-se a prevalência dos instrumentos supracitados, diante da existência do item 15.3 da NR-15 do MTE, que regulamenta o disposto no §2º do art. 193 da CLT, fazendo a previsão no sentido de se proibir a cumulação matéria deste estudo.

Ousa-se dissentir, como abordado oportunamente, do entendimento majoritário de que o art. 193, §2º da CLT veda a cumulação dos adicionais por labor sob riscos, uma vez que este dispositivo legal foi pela Convenção n. 155 da OIT revogado tacitamente, quando de sua integração ao nosso ordenamento jurídico. Ademais, não fez a CLT uma previsão de cunho expressamente proibitivo.

Registre-se, todavia, que sendo possível a aplicabilidade deste artigo, conforme defesa da grande corrente, e do item 15.3 da NR-15 do MTE que o regulamenta, haveria situação destoante dos fins sociais aos quais as regras de saúde, segurança, higiene e medicina no trabalho foram instituídas, qual seja o de proteger o trabalhador no ambiente em que labora, e, por conseguinte, assegurar-lhe melhores condições sociais no trabalho como forma de se efetivar a vida saudável e digna.

E partindo do pressuposto de interpretação normativa embasada não só na literalidade das leis, mas, principalmente, no contexto em que foram criadas e para quê foram criadas, sustentam-se os argumentos apresentados no desenvolver do presente estudo, de modo a extrair a máxima efetividade dos institutos analisados.

Foram demonstradas, assim, as razões principiológicas e legais que justificam nossa corrente, com respaldo constitucional pelos princípios da dignidade da pessoa humana e o do status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos,



que no Brasil será de norma supralegal (se ratificado antes da EC n. 45/2004), posicionando-se abaixo da CR/88 e acima da legislação ordinária interna que com eles divergir.

Concomitantemente, utiliza-se do princípio da proteção, que estrutura todo o Direito do Trabalho, capaz de colocar o trabalhador envolto a um manto de proteção estatal, pois sua situação fática o coloca em hipossuficiência perante seu empregador, por isso, essencial a atuação do Estado.

Por isso, fato é: os princípios são normas jurídicas. Existem e devem ser utilizados, pois sua missão é orientar a interpretação e a aplicação dos institutos jurídicos, ou seja, constitui diretriz do ordenamento, não podendo regras infraconstitucionais fazer previsões de modo a contrariá-los.

Logo, por todos os motivos trazidos neste estudo, é que se defende a incidência da CR/88 e da Convenção n. 155 da OIT em prejuízo do §2º do art. 193 da CLT c/c item 15.3 da NR-15 do MTE, nas situações em que o trabalhador esteja exposto, ao mesmo tempo, a agente insalubre e perigoso, causando múltiplos danos à sua saúde e riscos acentuados à sua vida, e isto porque os referidos instrumentos caracterizam norma mais favorável ao empregado, atribuindo ao seu contrato condição mais benéfica, e, o mais importante, tem cunho essencial na proteção dos direitos humanos.

#### 4 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: setembro de 2012.

BRASIL. *Decreto n. 1.254, de 29 de Setembro de 1994*. Promulga a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/112849/decreto-1254-94>>. Acesso em: setembro de 2012.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm) > Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. HC 87.585-8/TO, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 12.03.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>> Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. ADIn 3.540-1-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão de 1.9.2005. In: BULOS, 2010, p. 516.

BRASIL, *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais)*. 1ª

Turma, RO n. 2 00354-2006-002-03-00-4, Relator Desembargador Marcus Moura Ferreira, 27.10.2006. Disponível em <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=401103&acesso=aca55e1e4b162846d9cbdd9c15e9e7f3>> Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais)*. 2ª Turma, RO n. 01959-2006-142-03-00-0, Relator Desembargador Vicente de Paula M. Junior, DJ 7.6.2008. Disponível em <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=598770&acesso=ccd6c6eec7854539e13b46c38c8ea1df>> Acesso em: outubro de 2012.

BRASIL, *Tribunal Superior do Trabalho*. AIRR n. 36200-93.2008.5.24.0046, Relatora Ministra. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, 17.8.2012. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?actio n=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR-36200-93.2008.5.24.0046&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAJ+D AAD&dataPublicacao=17/08/2012&query=TRATADOS INTERNACIONAIS DIREITOS HUMANOS. OIT>>. Acesso em: outubro de 2012.

BUCK, Regina Célia. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. São Paulo: LTr, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a lei n. 12587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2009.

CORDEIRO, Luis Fernando. *Possibilidade constitucional e legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. In: Revista LTr, Suplemento trabalhista, v. 43, n. 142, dezembro/2007. Disponível em <[http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54](http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54)> Acesso em: 15 de agosto de 2012.

CRUZ, Carlos; GONÇALVES, Ana Carolina. *Direito do Trabalho: teoria – exame da OAB*. Belo Horizonte: Pro Labore Editora, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEANDRO OLIVEIRA, Luã Lincoln. *A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>

site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=9891>. Acesso em 04 de setembro de 2012.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978, Norma Regulamentadora n. 15. Disponível em <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20%28atualizada\\_2011%29.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20%28atualizada_2011%29.pdf)> Acesso em: dezembro de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atualizada até a Emenda Constitucional n. 55/2007. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 24. ed.. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: LTr, 2010.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do trabalho: comentada*. 41. ed. atual., rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2008.

SALIBA, Tuffi; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 6. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC n. 67, de 22.09.2010 e súmula vinculante n. 31, de 17.02.2010: com comentários às leis n. 11.417/2006, súmula vinculante e 11.418/2006 - Repercussão geral de questões constitucionais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.

## NOTAS DE FIM

1 Acadêmica do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Autora do presente artigo.

2 Advogada. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD/ Gama Filho/ RJ. Professora exclusiva da Rede Prætorium/Anhanguera de Ensino. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Orientadora do presente trabalho.

# O DESAFIO DO ENSINO JURÍDICO FRENTE A FORMAÇÃO FILOSÓFICA, ÉTICA E POLÍTICA DOS BACHARÉIS EM DIREITO NO BRASIL

Emerson Luiz de Castro<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo tratou do Ensino Jurídico no Brasil e seus fundamentos constitucionais. Abordou a visão governamental e a política de implementação do processo pedagógico nas instituições de ensino, com especial destaque para o ensino jurídico. Também analisou a forma como a Ordem dos Advogados do Brasil lida com o ensino jurídico para ao final fazer as apreciações críticas acerca da necessidade de uma consciência ética a ser assumida pelo bacharel do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Jurídico; Direito; Avaliação; Ética; Política; Filosofia do Direito

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional; Filosofia do Direito

---

## 1 INTRODUÇÃO

Mais do que componentes curriculares, a Filosofia do Direito, a Ética e a Política são temas centrais que compõem o principal objetivo dos cursos de Direito, ao refletir, criar, apoiar, estruturar e aplicar conceitos jurídicos visando a garantia da justiça, da plena cidadania e da paz social, re-pensando a sociedade.

Em um mundo em permanente transformação, distâncias e diferenças culturais, locais, regionais e mundiais, a discussão desses temas de tão grande relevância, são imprescindíveis para que sejam desenvolvidas e construídas propostas e soluções que levem a um mundo mais humano, com maior igualdade.

Sabemos que a maior parte dos juristas formados nos cursos de Direito compõem em sua maioria os poderes de um Estado, seja ele o judiciário, o legislativo ou o executivo, daí por consequência serem os mesmos responsáveis por transformações sociais relevantes que levem a sociedade novas formas e possibilidades de garantia a plena cidadania, a liberdade e a dignidade humana.

De certa forma podemos afirmar que a formação jurídica empodera os bacharéis, potencializando suas inserções nos cenários de decisão do Estado. Daí a importância da citação: O PODER QUE SE SERVE É UM PODER QUE NÃO SERVE. A instrumentalização jurídica de um indivíduo o responsabiliza a servir.

Assim, os Cursos de Direito precisam reforçar o conhecimento filosófico, ético e político de seus alunos, mas acima de tudo criar e desenvolver formas de incentivar a permanente motivação que os leve a praticar esses conhecimentos, tornando-os instrumentos de uma verdadeira transformação sócio-jurídica.

## 2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Os primeiros cursos de Direito no Brasil foram criados por meio da Lei de 11 de agosto de 1827, com sede em São Paulo e Olinda, e foram chamados de Academias de Direito. O curso de São Paulo foi instalado no Convento de São Francisco, em março de 1828. O de Olinda, no Mosteiro de São Bento, em maio de 1828. Em 1854 passaram a ser chamados de Faculdades de Direito.

Desde então temos ao longo do tempo várias transformações políticas e sociais que influenciaram fortemente as políticas e configurações educacionais do Brasil. Atualmente, por meio do Ministério da Educação e da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ensino Jurídico vem sendo avaliado permanentemente.

Torna-se de suma importância e de alta relevância social a preparação de juristas que venham a preencher os quadros do poder judiciário brasileiro e também dos advogados, tratados no Art. 133 da Constituição Federal de 1988 como indispensáveis à administração da Justiça.

## 3 A EDUCAÇÃO BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na Constituição Brasileira de 1988 a Educação está inserida no Capítulo III, denominado "Da Educação, da Cultura e do Desporto". A Educação especialmente é abordada entre os Arts. 205 e 214. Destacamos principalmente três incisos do Art. 206 que trata dos princípios que serão a base do ensino:

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VII - garantia de padrão de qualidade.

Os princípios acima citados são extremamente relevantes para a garantia de liberdade de cada instituição de ensino desenvolver suas ideias e concepções pedagógicas, restringindo-se a garantia de padrão de qualidade que é definido pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES.

Este padrão de qualidade é o indicado pelo Ministério de Avaliação por meio dos processos de credenciamento, autorização e reconhecimento de cursos, além do Exame Nacional de Estudantes - ENADE, todos organizados dentro do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES.

Mais adiante no Art. 209 tem-se que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Importante, também ressaltar que no inciso III, do artigo 206, no qual se destaca o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, garante-se a coexistência de instituições públicas e privadas, não se sobressaindo uma sobre a outra. Desejou o constituinte à época garantir a educação por um dos direitos sociais do cidadão brasileiro, em especial destaque ao Art. 6º da Carta Magna.

Podemos assim estabelecer que nas concepções pedagógicas de cada instituição de ensino poderemos encontrar diversas matrizes de formação filosófica, ética e política dos estudantes de Direito, o que se relativiza dado ao padrão de qualidade estabelecido pelo Poder Público, por meio do Ministério da Educação e pela forte influência das instituições públicas na elaboração de políticas e instrumentos de avaliação educacional.

#### **4 O MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E O ENSINO JURÍDICO**

O Ensino Jurídico brasileiro está regulamentado por meio da Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, da Câmara de Educação Superior, do Conselho Nacional de Educação, que estabeleceu as diretrizes curriculares nacionais para o curso de Direito.

Seguindo a Resolução nº 9, os cursos jurídicos se organizarão observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais, devendo o seu projeto pedagógico, abranger o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta e a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

O projeto pedagógico do curso, que é principal documento norteador do curso, deverá apresentar a clara concepção do curso de Direito, com as suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangendo:

I - concepção e objetivos gerais do curso, contextualizados em relação às suas inserções institucional, política, geográfica e social;

- II - condições objetivas de oferta e a vocação do curso;
- III - cargas horárias das atividades didáticas e da integralização do curso;
- IV - formas de realização da interdisciplinaridade;
- V - modos de integração entre teoria e prática;
- VI - formas de avaliação do ensino e da aprendizagem;
- VII - modos da integração entre graduação e pós-graduação, quando houver;
- VIII - Incentivo à pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica;
- IX - concepção e composição das atividades de estágio curricular supervisionado, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Prática Jurídica;
- X - concepção e composição das atividades complementares;
- XI - inclusão obrigatória do trabalho de curso.

Ainda, determina a Resolução nº 9 que o curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

O termo filosofia tem origem grega, onde *filos* quer dizer amigo, e *sofia* significa conhecimento ou sabedoria, daí ser de extrema importância para a formação indicada acima. Seguem, na mesma linha a ética e a política, indispensáveis a construção do perfil citado.

Como habilidades e competências inerentes a formação profissional, os cursos jurídicos, segundo a Resolução nº 9 deverão garantir o desenvolvimento de:

- I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- II - interpretação e aplicação do Direito;
- III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- VII - julgamento e tomada de decisões;

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Cabe ressaltar aqui o equívoco da Resolução ao confundir competências e habilidades e a não fazer qualquer menção à atitudes e valores profissionais fundados na Filosofia, Ética e Política.

Como eixos de formação a Resolução nº 9 indica três a serem estruturados. O primeiro denominado *Eixo de Formação Fundamental*, que tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

Geralmente esses conteúdos são tratados e abordados nos períodos iniciais dos cursos jurídicos.

O segundo denominado *Eixo de Formação Profissional*, abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual. Nesse eixo seria importante a abordagem dos conteúdos por meio de uma abordagem crítica dentro do ponto de vista filosófico, ético e político, reforçando atitudes positivas na formação profissional.

Já o terceiro denominado *Eixo de Formação Prática*, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e as Atividades Complementares. Já nesse eixo a inclusão de pontos de avaliação que pudessem medir os níveis de comprometimento filosófico, ético e político dos estudantes seria de extrema valia, apesar de existirem inúmeras dificuldades nessa implementação.

Assim, cabe à instituição de ensino no momento de adequar o perfil do formando instituir padrões valorativos de conduta e atenção garantindo o contorno filosófico, ético e político esperado do estudante ao término do curso. O que deve se esperar da formação jurídica ao longo de todo o curso que essa temática não se esgote apenas em disciplinas estaques mas que venha permeando a formação reflexiva do aluno e suas atitudes durante todo o curso.

## **5 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E O ENSINO JURÍDICO**

A OAB tem participado ativamente das discussões acerca da

qualidade do ensino jurídico, especialmente por meio dos resultados do Exame de Ordem. É certo afirmar que uma prova de conteúdos, dependendo de sua concepção não consegue por si só apurar a qualidade de um curso, ainda mais considerando que a liberdade de concepção pedagógica, garantida constitucionalmente, pode ser exercida em não observância as diretivas do Exame de Ordem. Por isso, mesmo com baixa aprovação no Exame de Ordem, não se poderia atribuir má qualidade daquele curso.

Somente a partir de 2012 é que foram incluídas questões de Filosofia de Direito, sem, no entanto, serem incluídas questões de cunho comportamental ou valorativa, exceto as de técnico-práticas sobre Estatuto da OAB e Ética Profissional.

## **6 CONCLUSÃO**

O grande desafio que põe frente aos cursos jurídicos é o de garantir não somente conhecimento filosófico, ético e político aos estudantes, mas como “transformar” esses estudantes em seres filosóficos, éticos e políticos, responsáveis pela grande transformação social requerida, para a garantia dos direitos de liberdade, igualdade, e justiça, promovendo a dignidade plena do ser humano e a almejada paz social.

Com esta responsabilidade abordar os elementos essenciais de competência como conhecimento, habilidades e atitudes/valores é de suma importância, o que importa em uma revisão da metodologia do ensino jurídico, na formação dos professores e nas suas práticas de ensino.

Ensinar filosofia, ética e política não se garante a prática por decorrência. Formar juristas que agirão em nome do Estado e pelo Estado, ocupando postos estratégicos de um dos poderes do Estado, não significa a prática dos ensinamentos recebidos.

A corrupção e a letargia face à realidade social contaminam grande parte dos juristas atualmente distanciando-os dos propósitos básicos de sua formação, como cotidianamente podemos constatar por meio dos meios de comunicação. A formação não pode se distanciar da realidade social, antes pelo contrário deve agrega-la para dar sentido e valor a própria formação.

Reestabelecer uma consciência da importância do pensar e do agir humano, do pensar e agir político, resgatando-se os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, e pensando e agindo segundo os princípios éticos que devem contornar a nossa convivência social, torna-se ponto vital da construção de bacharéis de Direito, úteis à transformação da uma sociedade.

A sociedade precisa de pensadores jurídicos, cientes de sua relevância e importância social e não meros técnicos, operadores do Direito, que estão à margem das reais necessidades de transformação do país.

## **7 REFERÊNCIAS**

BASTOS, Aurélio Wander. *Ensino Jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Resolução CNE/CES nº 9, de 29/09/2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito e dá outras providências.

HORTA, Jose Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

RODRIGUES, Horacio Wanderlei. *Pensando o Direito no Século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

## **NOTAS DE FIM**

1 Mestre em Direito, Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

# OMBUDSMAN: ALGUNS APONTAMENTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS

Gustavo Costa Nassif<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo tratou de uma exposição dos antecedentes históricos e filosóficos dos mecanismos disponíveis ao diálogo entre o cidadão e as instituições governamentais. Destacaram-se as origens do Ombudsman na Grécia e em Roma em uma viagem nas instituições, daquele tempo remoto, baseado nos apontamentos de Aristóteles e Marco Túlio Cícero.

PALAVRAS-CHAVE: Ombudsman, Diálogo, Cidadão, Instituições Governamentais, Grécia, Roma, Aristóteles, Cícero.

ÁREA DE INTERESSE: Ciência Política, História do Direito, Filosofia do Direito

---

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, os mecanismos de mediação entre as instituições governamentais e o cidadão não são apanágio dos tempos modernos. Ao longo dos séculos, desde a pré-modernidade, já existiam instituições relacionadas com a defesa dos direitos dos administrados contra violações e abusos estatais. Instituições que mediavam, em nome de súditos (pessoas) as relações ante o poder dos reis e senhores. Esses mecanismos, a despeito de sua diversidade gênica e das múltiplas características, podem ser considerados como os antecedentes históricos do ombudsman. O presente trabalho se preocupou com o desenvolvimento histórico e filosófico da idéia levando em consideração os institutos que existiram na Grécia e em Roma.

## 2 O EUTHYNOS E EPHORAT DA GRÉCIA ANTIGA

Na primeira Constituição de Atenas, as magistraturas eram escolhidas entre os bem nascidos, com mandatos vitalícios. Posteriormente, os mandatos passaram para um período de dez anos. Seguiram-se várias magistraturas nos períodos subsequentes com eleições todos os anos. As magistraturas, nesse tempo, tinham o poder de julgar os processos de forma soberana, posteriormente, elas passaram a fazer apenas a instrução dos processos. O Conselho de Areópago cuja eleição era feita de acordo com a nobreza e com a riqueza de seus membros, passou a ter a função de administrar os mais importantes assuntos da *polis* e salvaguardar a lei. Essa foi uma magistratura que se manteve com o mandato vitalício.

*O conselho do Areópago era o guardião das leis e cabia-lhe zelar para que os magistrados cumprissem as suas funções dentro da legalidade. O cidadão que fosse vítima de uma injustiça poderia fazer uma denúncia junto ao conselho do Areópago, competindo-lhe indicar a lei violada. (ARISTÓTELES, 2003, p.27).*

Neste período, o poder encontrava-se nas mãos de uma minoria. Sólon foi escolhido como árbitro e dirigente da *polis*, em face das revoltas entre a maioria de escravos contra os poderosos. Segundo Aristóteles, Sólon<sup>2</sup> foi o primeiro a preocupar-se com as classes inferiores de Atenas, o que fez dele o primeiro democrata. (ARISTÓTELES, 2003, p.22). Instaurou o direito à denúncia para crimes que pusessem em perigo a Constituição, além do direito de apelação ao tribunal popular, instância competente para decidir todos os assuntos da *polis*. (ARISTÓTELES, 2003, nota 17, p.27 e 34).

No século seguinte, as atribuições do conselho do Areópago foram passadas ao conselho dos Quinhentos<sup>3</sup> que era formado por membros sorteados das tribos.<sup>4</sup> Dentre seus membros eram sorteados auditores de contas encarregados de confirmar as contas que os magistrados apresentavam durante seu mandato e, também, era nomeado um "examinador" (*euthynos*) com a função de apreciação de acusações relativas à prestação de contas (*euthyna*) dos magistrados, permitindo uma avaliação dos mandatos.

Aristóteles demonstra que essa magistratura tinha a função de receber, analisar e encaminhar as denúncias aos órgãos competentes da *polis* para posterior solução da acusação:

*É que se algum cidadão quiser apresentar queixa, privada ou pública, contra alguns dos magistrados que prestou contas diante do tribunal, pode fazê-lo dentro do prazo de três dias a seguir a essa prestação: terá de escrever o seu nome, num quadro caído a branco, bem como o nome do visado, o crime de que é acusado e a penalização que considera apropriada, entregando tudo ao examinador. Este recebe o quadro e analisa o problema; se achar que a acusação é fundamentada, remete-a, no caso de tocar interesses privados, para os juízes do demos, a quem cabe a função*

de levar a tribunal os assuntos de cada tribo; no caso de tocar interesse público, apresenta um relatório escrito ao tesmótetas. Se os tesmótetas decidirem aceitar a acusação, fazem seguir novamente a prestação de contas para tribunal e a decisão dos juizes será soberana. (ARISTÓTELES, 2003, p.99).<sup>5</sup>

Esses funcionários oficiais eram encarregados do controle da tesouraria cuja competência e vigilância poderia se estender sobre todos os funcionários, a partir das reclamações dos cidadãos que, poderiam propor o julgamento dos infratores. Tais funcionários podiam atuar tanto por provocação, quanto de ofício, certificando-se de que as resoluções do conselho fossem cumpridas. Os Euthynos ocupavam-se de manter a ordem, a disciplina, a harmonia e “la vigilância sobre los funcionarios gubernamentales con el objeto de asegurar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por dicho Consejo” (QUINZIO FIGUEIREDO, 1992, p.15).

Em Esparta, o órgão de controle denominava-se Ephorat, estabelecido na metade do século VII a.C. Era eleito pelo período de um ano e tinha a função de vigiar as atividades estatais, inclusive o exercício das funções do Rei e o cumprimento das leis pelos funcionários da Polis. Atuavam como juizes em litígios de direito privado e exerciam uma competência quase sem limites no âmbito penal. (QUINZIO FIGUEIREDO, 1992, p.15).

Werner Jaeger refere-se ao eforato como mediadores entre as forças dos senhores e do povo:

*O eforato é a autoridade mais poderosa do Estado e reduz ao mínimo o poder político da realeza. A sua organização representa um poder moderador no conflito de forças entre os senhores e o povo. Concede ao povo um mínimo de direitos e conserva o caráter autoritário da vida pública tradicional. (JAERGER, 2003, p.111).*

Foi criado o Conselho dos Eforas, constituído por cinco cidadãos eleitos pela Assembléia, que assumiam a defesa dos privilégios da aristocracia frente ao poder real e da ameaça dos escravos.

*Neste Estado aristocrático o órgão mais elevado era o eforato, função tipicamente espartana. Os éforos – ou 'vigilantes' - eram cinco homens de amplas atribuições, escolhidos pela Assembléia; tinham por missão impedir qualquer mudança na estrutura política do país e proteger os privilégios das classes dirigentes (os Espartanos) contra os reis, por um lado, e os periecos e hilotas, por outro. [...] Eram eles que convocavam a Assembléia. Os reis como todos os outros funcionários, eram obri-*

*gados a prestar-lhes contas [...] Seu mandato não ia além de um ano. Uma vez passado esse tempo, tinham de prestar contas ao povo da sua administração. [...] 'Cães de guarda' da sociedade espartana [...] (GRIMBERG, 1989, v.4, p.11).*

Aristóteles afirmou que essa magistratura poderia ser alcançada por qualquer elemento do corpo social, que passava a fazer parte da mais alta patente do governo, sem, entretanto, deixar de enaltecê-la e criticá-la simultaneamente:

*A instituição dos éforos não é menos viciosa. Os membros de tal magistratura decidem as querelas mais importantes, e, contudo todos eles são tirados do povo. Sucede que, frequentemente, homens muito pobres atingem essa alta magistratura, e a pobreza força-os a se venderem. [...] É certo que, sob outros aspectos, tal magistratura contribuiu para fortalecer o governo. O povo fica tranqüilo quando tem parte no poder. Desse modo graças à sabedoria do legislador, ou por simples acaso, a eforia prestou serviços ao Estado. (ARISTÓTELES, 2001, p.64).*

Oviedo Soto (1995) aduz que o Eforato controlava as atividades municipais, com poderes disciplinadores sobre o rei e os funcionários, desempenhando também funções jurisdicionais.<sup>6</sup>

Portanto, a existência de uma magistratura imbuída da função mediadora entre o povo e o Estado, encontrada na Grécia antiga, pode ser considerada a idéia inspiradora do ombudsman que, se positivará nos ordenamentos jurídicos dos países escandinavos na modernidade.

### **3 O TRIBUNO DA PLEBE DA REPÚBLICA DE ROMA E O DEFENSOR CIVITATIS DO IMPÉRIO ROMANO DO ORIENTE**

Roma tornou-se uma República no ano de 509 a.C em consequência da revolução provocada pelos patrícios que assumiram o poder da realeza. Revisitando a história, verifica-se que o período foi marcado por muitas guerras. Os plebeus eram excluídos por completo das magistraturas civis e religiosas, provavelmente em virtude do clima de tensão e enfrentamento do começo da República.

Resignados, os plebeus lutaram para adquirir direitos políticos que os patrícios não estavam dispostos a outorga-lhes. A classe insatisfeita com o desprezo optou pela greve. O protesto ficou conhecido como: “A Revolta do Monte Sagrado” (*Mons Sacer*). A greve em favor dos direitos da plebe imobilizou Roma e os patrícios tiveram que fazer concessões. Pouco a pouco, a plebe foi sendo admitida nas magistraturas.<sup>7</sup>



Em virtude das revoltas plebéias, por volta do ano 483 a.C. o resultado institucional obtido com a greve foi a criação do cargo de *tribuni plebis*. Eram eleitos pelos Conselhos da Plebe (*Consilia Plebis*) e, responsáveis pela convocação e presidência das assembleias populares. Possuía uma prerrogativa de natureza religiosa (*sacrosancti*) que caracterizava o caráter inviolável de suas decisões. As deliberações nas assembleias decorrentes das proposições de caráter político, administrativo e militar, apresentadas pelos Tribunos, eram aprovadas por maioria e tinham caráter vinculante. Inicialmente foram constituídos dois Tribunos e, por volta dos anos 456 a.C., chegaram ao número de dez.

Marco Túlio Cícero elucida esse tipo de magistratura, tanto na Grécia, quanto em Roma:

*Assim entre nós, as dívidas do povo levaram a perturbação ao Estado, e por isso a plebe ocupou o Monte Sacro, e depois o Aventino. Tampouco a disciplina de Licurgo foi freio bastante para os gregos, e sob o Rei Teopompo, em Esparta. Os cinco magistrados chamados éforos se nomearam, como os reguladores em Creta, em oposição ao poder real, do mesmo modo que entre nós, para contrapesar a autoridade consular, se instituíram os Tribunos da Plebe. (CÍCERO, 1980, p.163).*

Os Tribunos da Plebe eram magistrados que ocupavam um assento no Senado e atuavam em defesa dos direitos e interesses da plebe, contrapondo-se aos poderes dos cônsules. Essa atuação revelava-se através de dupla faceta: um poder negativo, a *intercessio*, que era um poder de veto aos atos dos demais magistrados, e o outro *coercitio*, que lhes permitia, por exemplo, ordenar a prisão de um cidadão ou impor-lhes multas. Entretanto, seu instrumento mais poderoso era o poder de veto: podiam vetar ordens ou decisões dos magistrados patrícios (cônsul ou senador), ou leis que pudessem ser prejudiciais aos interesses dos plebeus. Seus poderes ficavam reduzidos durante as guerras, ficando impedido de atuar contra as decisões do ditador.

Seu poder de veto tinha a capacidade de fazer a máquina política romana parar, pois podiam paralisar as determinações do governo e as execuções dos juízos em desfavor do povo. Apesar de originalmente o exercício do Tribunato da Plebe possuir um caráter meramente antipatrício, adquiriu, com o tempo, como foco principal de sua atuação, a defesa das minorias e dos excluídos. (SILVA, 2005).

Nos dizeres de Cícero, destaca-se:

*Mas, uma vez descuidada essa prudente política, verificou-se em Roma uma mudança que, com a criação de dois tribunos, numa sessão, diminuiu o*

*poder e a autoridade do Senado. Este ainda pôde conservar não pouca influência e preponderância. Composto como estava com cidadãos tão denodados quanto sábios, os quais, com seus conselhos e com suas armas, protegiam a cidade, conservando o seu ascendente, porque, sendo superiores aos outros em honras, lhes eram inferiores no gozo dos prazeres e em riquezas; acrescenta-se que, nas coisas privadas, punham sua diligência, sua fortuna e seus conselhos a serviço do povo. (CÍCERO, 1980, p.163).*

Nos primeiros anos da República Romana (HANISCH, 2005), a validade do Direito Romano estava limitada inicialmente a Roma e seus arredores. Com o passar dos anos estendeu-se com a fundação das "colônias de cidadãos" (*coloniae civium Romanorum*) com o reconhecimento dos direitos de cidadania a numerosos municípios (*municipia*) itálicos. Portanto, no início, os tribunais populares (SERRANO, 1994, p.186) protegiam os cidadãos plebeus do abuso dos magistrados. Entretanto a competência desses "varões sacrosantos" ultrapassou a de controle dos funcionários, baseados em seu *jus intercedenti*, e passou a ter poderes muito mais amplos.

Com a introdução progressiva dos plebeus no poder, assegurava-se certo equilíbrio político. O Tribunato da Plebe emerge das crises ocorridas na República Romana, principalmente da fissura entre a oligarquia e as massas. Mobilizada pelo discurso de reformas sociais e de desconcentração do poder a plebe recebe concessões dos patrícios em nome da paz social. Por isso o Tribuno da Plebe passou a exercer uma função de mediador entre as duas classes sociais que se digladiavam. Qualquer pessoa que se sentisse injustiçada poderia recorrer aos Tribunos da Plebe.

Com o passar dos séculos, alguns funcionários, nomeados pelo governo, sobrepujaram-se aos antigos magistrados dos municípios. No fim do século II encontram-se registros do *curator rei publicae*, um funcionário imperial encarregado de fiscalizar as finanças das cidades. Registra-se, também, a figura do *curator civitatis* eleito dentre os membros da cúria e confirmado pelo imperador. O *curator* atuava como único magistrado, somando todos os poderes dos magistrados anteriores.

O Império Romano do Oriente, por volta do século IV, criou a magistratura municipal denominada *defensor civitatis*<sup>8</sup>. Sua principal competência consistia na proteção do povo e das camadas mais pobres do império diante dos abusos das magistraturas. As competências conferidas ao cargo foram reguladas pela Constituição romana do ano 365 d.C.

Importante destacar a importância dessa magistratura como assevera Marcos Roberto Nunes Costa:

*Agostinho, em Epístola de número 10, intercedeu*

junto à Corte para que promulgasse uma lei dando aos Bispos o direito de libertar os escravos, submetidos a esse regime, em situações injustas, tais como crianças, idosos, fruto de tráfico, etc. Esse documento foi promulgado pelo imperador Honório e se chamava *manumissio in ecclesia*, o qual dava, à Igreja, o poder de fiscalizar e julgar os casos de escravidão, ditos injustos. Além disso, em 401, os Bispos da África, dentre eles Agostinho, em Concílio, apelaram ao Imperador, para que nomeasse, em cada cidade, um defensor civitatis, que, segundo Robert Dodaro, era um funcionário imperial cuja tarefa consistia em proteger os direitos que os Editos Imperiais garantiam a todos os cidadãos, mas que os pobres não conheciam ou não eram o suficiente poderoso para fazer valer, frente às injustiças cometidas por mais poderosos existentes nas cidades. (COSTA, 2006).

O defensor civitatis tinha um mandato de cinco anos e suas funções eram desempenhadas por uma pessoa de reconhecida idoneidade para garantia dos cidadãos, sendo regulamentado por mais seis Constituições Romanas.

As atribuições dessa magistratura (HANISCH, 2005) abarcavam um grande número de matérias. O defensor civitatis defendia os habitantes das ações injustas e dos abusos dos funcionários imperiais. Podia, em nome de seus representados, apresentar queixa ao governador da província. Nos casos mais graves e relevantes poderia levar suas reclamações diretamente ao imperador. Atuava também investigando roubos, denunciando e detendo ladrões. Exercia uma função que mesclava fiscalização administrativa com policiamento judicial. Nas cidades onde não existiam magistrados o Defensor Civitatis (SILVA, 2005, p.4) tomava conhecimento dos negócios civis até a quantia de 50 escudos de ouro, bem como atuava em determinados atos judiciais e nomeava tutores.

Carlos Bruno Ferreira da Silva (2005) apresenta a figura do Defensor Civitatis na fase tardia do Império Romano:

*Este magistrado se transmuta na figura do Defensor Civitatis, quando do império tardio. Com caráter menos grandioso e mais ordinário, tinha atribuições mais próximas ao dia-a-dia da polis, funcionando como um patrono para pessoas desprovidas de recursos e como controle da Administração Pública, pugnando pelo bom andamento do serviço. O código Justiniano trata do tema, ao determinar ao defensor Teodoro que se porte como um "pai da plebe" (aqui a palavra plebe utilizada*

*não como designativa de classe social, mas sim do grupo da população que se contrapõe aos potentes) e oponha-se à insolência dos funcionários públicos e à morosidade dos juízes. (SILVA, 2005).*

Durante quase dois séculos essa magistratura era considerada a mais importante da cúria municipal. Entretanto, com o passar dos anos, ela foi acometida por uma total decadência, passando a ser desprezada e tida como uma função ultrajante. No império de Justiniano<sup>9</sup> o cargo foi novamente incorporado à constituição. De ultrajante o Defensor Civitatis passou a ser eleito entre as pessoas mais nobres da cidade, com mandato de dois anos, em magistratura obrigatória e indelegável, desaparecendo no século VII.

#### 4 CONCLUSÃO

Como se pode notar a ideia de participação e controle não é um apanágio dos tempos modernos. Desde a polis grega e a civitas romana os homens sempre se preocuparam com a fiscalização da coisa pública, cada qual em face da semântica de sua época.

Inadequado seria esquecer que a cidadania, seja pela via direta ou indireta, aparece como forma de controle das atividades públicas desde os tempos mais remotos. Sobreviver em uma situação de descontrole de certa forma sempre afetou os homens. Pressupõe-se na medida épica que tanto em Roma, como na Grécia, essas duas magistraturas exerceram uma função ora controladora ora mediadora entre as classes menos favorecidas e o Estado.

#### 5 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*. Introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BOWRA, C.M. *A experiência grega*. Lisboa: Arcádia, 1967.
- HANISCH, Mafalda V. Díaz-Melián de. Antecedentes del defensor del pueblo. *IUSHISTORIA Revista Electrónica*, Buenos Aires, n.2, out. 2005.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. Tradução e notas de Amador Cisneiro. In: EPICURO, Lucrécio, Cícero, Sêneca, Marco Aurélio. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).
- COSTA, Marcos Roberto Nunes. A força coercitiva: um instrumento a serviço da pax temporalis na civitas segundo Santo Agostinho. *Veritas*, v.51, n.3, 2006. Disponível em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/veritas/ojs/viewarticle.php?id=42>> Acesso em: 19 mar. 2007.
- GRIMBERG, Carl Gustaf. *Historia universal*. Lisboa: Europa-America, 1989.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOSSÉ, Claude. *Atenas: a História de uma democracia*. 2. ed. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1982.

OVIEDO SOTO, Tarcisio. El Ombudsman como organismo de control de la administración. *Revista de Derecho da Universidad de Concepción, Facultad de Ciências Jurídicas y Sociales*, Chile, Año 62, n.196, jul./dec. 1994.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario. *El Ombudsman*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Defensor do povo: contribuições do modelo peruano e do instituto romano do Tribunado da Plebe. *Revista de Doutrina*, n.15, 2005. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br> Acesso em: 19 mar. 2007.

## NOTAS DE FIM

1 Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/MG, Professor Titular de Ciência Política/TGE do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 “Depois de se haver tornado senhor da situação, Sólon libertou o povo tanto no presente como para o futuro, ao proibir os empréstimos sob garantia pessoal. Além disso, promulgou leis e procedeu a um cancelamento das dívidas, fossem privadas ou públicas”. (ARISTÓTELES, 2003, p.28).

3 Conforme assevera Claude Mossé: “É indubitável que foi por essa época que se elaboraram as rigorosas normas relativas à ordem do dia e à periodicidade das sessões da Assembléia à maneira de se propor projeto de lei, e o procedimento para sua discussão e aprovação. Do mesmo modo, foi também nessa época que devem ter sido delimitadas as atribuições da Boulê dos Quinhentos e, especialmente, o rigoroso controle que esta exercia sobre os detentores de uma magistratura pública, tanto no que se refere à sua investidura através da ‘docimasia’, como no que se concerne à sua exoneração, quando de sua prestação de contas”. (MOSSÉ, 1982, p. 38).

4 “A Boulê dos Quinhentos, efetivamente, constituía um mecanismo essencial ao bom funcionamento da democracia. Seus membros, à razão de 50 por tribo, eram sorteados segundo as listas preparadas pelos démes. Para ser membro da Boulê não se exigia qualquer condição ou censo. [...] A principal função da Boulê, reunida em sessão plenária, era a de preparar decretos submetidos à votação da Ekklesia, mais ou menos diretamente, ou, indiretamente, por meio de comissões especializadas. A Boulê tinha em suas mãos toda a administração da cidade. [...] era dela que saíam os verificadores de contas, os euthynes que recebiam as reclamações contra os magistrados por causa da rendição de contas”. (MOSSÉ, 1982, p. 109-110).

5 A nota 194 aduz que: “não fica, porém, claro o papel dos tesmótetas na triagem clássica dos processos”.

6 Tarcísio Oviedo Soto, “controlaba las actividades municipales, con poderes disciplinadores sobre el rey y los funcionarios, desempenando también funciones jurisdiccionales.” (OVIEDO SOTO, 1994, p.133).

7 A abordagem detalhada destes aspectos foge ao objetivo central de nosso estudo, entretanto, cabe dizer dois acontecimentos interessantes. Primeiramente, Roma submetia as cidades dominadas a diferentes regimes jurídicos e não impunha aos povos dominados seus deuses. Pode-se dizer, que de certa forma, as estruturas das sociedades subjugadas foram respeitadas. Segundo, nesse período (494 a.C.) que se deu a primeira greve da história - os plebeus retiraram-se para o Monte Sagrado reivindicando os direitos de participarem da magistratura - os patrícios cedem e criam os “Tribunos da Plebe”.

8 Conforme assevera Leila Rodrigues da Silva, professora de História Medieval do Departamento de História da Universidade Federal do Rio de Janeiro: “Ainda que, em fins do século III e durante parte do IV, os bispos paulatinamente passaram a desfrutar de prerrogativas, concedidas pelos imperadores, que acabaram por tornar o cargo identificado aos seguidores privilegiados. Com a liberação do exercício de funções públicas, dedicado às funções eclesiásticas e respaldado para atuar como juiz das causas nas quais o clero estivesse envolvido, o bispo assumiu, na segunda metade do século IV, o título de defensor civitatis, o que tornou inegavelmente as civitates o centro do seu poder”. (SILVA, 2007).

9 Carlos Bruno Ferreira da Silva cita Norberto Rinaldi, assevera que: “com caráter menos grandioso e mais ordinário, tinha atribuições mais próximas ao dia-a-dia da polis, funcionando como um patrono para pessoas desprovidas de recursos e como controle da Administração Pública, pugnando pelo bom andamento do serviço. O Código Justiniano trata do tema, ao determinar ao defensor Teodoro que se porte como um “pai da plebe” (aqui a palavra plebe utilizada não como designativa de classe social, mas sim do grupo da população que se contrapunha aos potentes) e oponha-se à “insolência dos funcionários públicos e à morosidade dos juizes.” (SILVA, 2005).

# PASSOS PARA UMA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO

José Carlos Henriques<sup>1</sup>

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira<sup>2</sup>

RESUMO: O presente trabalho pretende perscrutar a senda fenomenológica do direito. Trilha através da qual se acaba por perceber a inevitabilidade temporal do fenômeno jurídico, o que então seria o que o constitui e o forma, transpassando sua existência e a constituindo. Nesse sentido, o trabalho, fundado sob o viés de Gerhart Husserl, tenta dar luzes a esta tragédia que é o direito mesmo, um possibilidade apenas, e ainda, temporalizada, ou seja, medida e limitada pelo tempo no qual ele se cria e finda.

PALAVRAS CHAVE: Tempo, Direito, Husserl, Fenomenologia.

ÁREA DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Partimos atrás da compreensão do direito a partir de uma perspectiva fenomenológica, nesse caso, aquela intentada por Gerhart Husserl, filho de Edmund Husserl, fundador do que veio a ser conhecido, posteriormente, com movimento fenomenológico, e que foi dos primeiros a tentar fazer frutificar, para a compreensão do direito, os dividendos alcançados pela aplicação do método e das aquisições da fenomenologia.

Gerhart Husserl coloca em diálogo a fenomenologia, como direção principal, e outras sugestões especulativas, dentre as quais a corrente heideggeriana, fenomenológico-existencialista e o neokantismo.

Interessa-nos aqui, para a exposição das relações que se travam entre direito, mundo e tempo seguir, de preferência, as reflexões apresentadas por Gerhart Husserl no ensaio *Recht und Zeit* (*Direito e tempo*) publicado pela primeira vez em 1929, de claro influxo heideggeriano, tendo sido publicado apenas dois anos após o aparecimento da obra fundamental de Heidegger, *Ser e Tempo*. De outro lado, interessa-nos também a compreensão do direito enquanto ser-no-mundo temporal. Aqui, o ensaio de referência deverá ser *Recht und Welt*, (*Direito e mundo*) também de 1929, do mesmo Gerhart Husserl.

## 2 A COMPREENSÃO DO FUNDAMENTO DO DIREITO: UM SER-NO-MUNDO TEMPORAL.

São claras as influências de Heidegger, em ambos os ensaios. O *Dasein*, ser-aí humano, é um ser-no-mundo. Do mesmo modo, as coisas jurídicas (*rechtliche Dinge*) pertencem à constituição do mundo, própria do *Dasein* e, por isto mesmo, partilham com o *Dasein* sua mais própria condição de ser-no-mundo temporal.

Não são as coisas jurídicas produtos artificiais, meros artifí-

cios técnicos, são radicadas no mundo humano, co-pertencendo ao ambiente humanizado de suas manifestações.

O que as diferencia dos demais objetos do mundo, é a forma de sua doação ao homem. O direito comparece como um *modo de ser* que constitui o *proprium* humano, sendo por ele mesmo constituído. É criação do homem e, como tal, participa de sua própria gestação, como humano que é, em duas direções.

Uma porque, produto humano, partilha sua condição de ser-aí, inscrito no tempo que, para ele e por ele, se faz história. Outra porque, ao aparecer, no tempo, o direito, de uma só vez, é história e constitui, neste movimento, seu constituendo, o homem se pensa e se faz pela via do direito.

Entre direito e o seu constituidor, o homem, há um movimento de dupla inscrição: o homem se projeta pelo direito e realiza (se realiza), na medida mesmo que coloca em marca a atuação fática de seus próprios projetos.

Aristotelicamente, bem ao gosto dos fenomenólogos, o direito é potência, possibilidade conducente, projeto dirigido, plano de auto afirmação humano-social e, ao atuar-se, firma-se como efetivação dos projetos traçados, como ato que, retirando o projeto do regime da mera possibilidade, o torna mais seu, menos projeto e mais realidade do que é. Neste sentido, o direito é esperança possível para a civilização que se constrói ao construir-se enquanto comunidade juridicamente empenhada.

Assim, o direito é projeto humanizado e humanizante, que quer perdurar, que quer construir-se como atualidade (ato), mesmo em tempos históricos diversos do seu aparecimento, tende a vencer o tempo cronológico, em favor de um tempo de realização qualitativa do projeto humano que ele sempre é, superando-se assim como evento fugaz.

Na experiência ingênua, exatamente porque se permanece

preso à experiência vivida do mundo, adota-se uma atitude natural. Nesta, reina a *dubiedade*, fundada na temporalidade do *Dasein*, caracterizado como evento transitório.

Enfim, o *Dasein* é ser em direção à morte (*ein auf den Tod auflaufendes Sein*), apontado, de alguma maneira para o fim. Disto brota a *dubiedade* do *Dasein*: em seu ser permanece esquecida sua condição mais própria, seu fim, como possibilidade inarredável.

Uma transitoriedade que parece remanescer ofuscada pela vida humana ocupada e pré-ocupada. O humano tende a negar ou, ao menos, a esquecer esta sua mais própria condição, verdadeiro destino, já que a liberdade da vontade humana aqui se nega: isto é, pode se movimentar rumo a um querer-colocar-fim à condição que, sendo sua mais própria forma de ser, se mostra refratária a qualquer possibilidade de ser bem sucedida, por isto se nulifica e se aliena, tornando-se inautêntica.

O direito, enquanto projeto humano que tende a perdurar, a estender-se na e como história, lança-se como autêntica tentativa de atualizar e construir o humano, desvelando e tirando do esquecimento suas potencialidades, enquanto possibilidades projetadas de sucesso humanizado.

### 3 O DIREITO ENQUANTO POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO FIM.

Fala-se aqui de fim, no sentido de término, de cessação, de um deixar de ser.

Por influência de Heidegger, em Gerhart Husserl, o direito é pensado enquanto ser-no-mundo, mundo a que pertencem, radicalmente, as coisas do direito. Assim, compreende-se que as coisas do direito não sejam meramente transitórias, no sentido de que parece não se verificar um horizonte no qual o direito não mais pertença ao mundo humano.

O direito é uma permanência deste e neste mundo. É permanência, mas que não nega a si o movimento, o seu mover-se histórico é, a um só tempo, movimento de autoconstituição.

Há uma *dubiedade* também aqui. De se reconhecer que as coisas jurídicas *fluem com o mundo*, ademais o direito, exatamente pelo enraizamento temporal, participa da sorte do humano. Isto é, as coisas do direito são destinadas ao fim, enquanto término ou, pelo menos, pode ser antecipada esta possibilidade.

Direito e mundo se pertencem, o direito vai marcado como constituinte do humano e como constituído por ele, co-pertencimento que ocorre no tempo.

Mas, no direito, o tempo é abstrato, as coisas do direito têm vigência e, durante este interstício de vigor, têm êxito, valem de uma vez para sempre.

Possível pensar que a temporalidade, entendida como categoria fundante de todo o plano gnosiológico e prático, seja cânone de interpretação do jurídico: postar o direito e a lei no mundo signi-

fica, antes de tudo, conceder-lhes a originária estrutura temporal.

Enfim, encontra-se também enraizada no direito uma possibilidade que lhe é própria como, de resto, a todo *Dasein*: ser-para-o-fim, ao menos como possibilidade, sempre passível de ser antecipada.

Mas o ser-para-o-fim, como limite do direito, deve ser visto junto a seu vigor e êxito plenos, nos limites de sua vigência. O direito não se destina a um fim, cria-se para durar, abstratamente, mas vai nele enraizada ainda a antecipação de um fim.

Para nós, clara a diferença: se o ser-para-a-morte é o modo de ser mais próprio do humano, irremediável e, como termo último, infenso à liberdade; para o direito, o fim pode ser sempre uma escolha, seu vigor é criação disponível para um prorrogar livre, *eternizando-se enquanto durar*.

### 4 A ÉTICA E O DIREITO: A ESSÊNCIA DO DIREITO ENQUANTO EXISTÊNCIA HISTORICAMENTE EMPENHADA – À GUIA DE UMA CONCLUSÃO.

Importante o conceito de duração. No direito e pelo direito sempre se antecipa o encontro com o outro, de uma maneira que quer perdurar ou, ao menos, define-se com vigor e êxito, enquanto perdura a escolha que lhe empresta os fundamentos.

Impossível, então, não reconhecer a confluência do direito com a eticidade. Para nós, a responsabilidade ética antecede e funda o encontro com o outro, de maneira originariamente não limitada por condições. Neste sentido, podem ser de valia os desafios postos, a nós, pela ética da alteridade.

Neste contexto, se o direito se deixa compreender como estabelecimento de limitações, como condição da responsabilidade, que ele mesmo regula, pensá-lo a partir da in-condição firmada, pela ética da alteridade, indica que a principal questão está em reconhecer que o dizer do direito – dito - pode não ser o dizer da justiça (José Manuel Aroso Linhares).

Se a ética, enquanto filosofia primeira, aponta para uma originalidade na relação com o outro, que já vem antecipada em qualquer encontro; o direito, enquanto pretende estabelecer condições reguladoras do encontrar-se, é um *a posteriori*, sempre já antecedido por uma possibilidade, a alteridade, radical e originária, que aliás funda sua própria possibilidade, de fato, não há um direito estabelecido por mim e que tenha como destinatário e fim o meu próprio eu. No direito, sempre se antecipa o encontro de um outro.

A ética da alteridade, tal como pensada por Lévinas, representa um *prius*, a desafiar as regulações do estar e do ser-com-o-outro. É no contexto de reconhecimento de uma relação dialética e problemática que podem ser travados os embates frutíferos entre ética da alteridade e direito.

O encontro com o outro se dá mediado, no tempo, nele enraizado e por ele mesmo moldado. O direito, ao estabelecer con-

dições, o faz historicamente, mas de uma maneira que parece rejeitar o tempo sucessivo e cronologicamente mensurável e mensurado, parece querer nascer para durar.

Tornando à via de Heidegger, o fim, enquanto cessação, para além de ser o modo mais próprio de ser do *Dasein*, não se escolhe, é limite para a própria liberdade. Não em relação a um certo momento de ocorrência, sempre possível de se antecipar, mas exatamente como limite extremo da existência, não é possível não morrer. O tempo marca, demarca, estiola, verga a arrogante liberdade de escolher. O *Dasein*, sito nesta condição, resolve-se autenticamente ou inautenticamente, a depender de como se postar frente à ameaçadora e angustiosa possibilidade do fim. O ser-para-o-fim não é construção humana a não ser como antecipação.

Assim, o direito se apresentará como construção humana, um ser-no-mundo temporal. Não se constrói por indivíduos, em isolamento, mas resulta da comunidade. O direito é obra da vontade da comunidade jurídica. Esta não é idêntica ao somatório de indivíduos que compõe a sociedade política, nem tampouco se configura como grupamento de indivíduos justapostos. Trata-se de uma unidade em si subsistente, fruto da comunhão dos indivíduos que dela participam, consorciados.

Vai-se da comunidade ao indivíduo e deste àquela, em um movimento de mútua auto-constituição, que resulta da relação entre comunidade e indivíduos constituídos e já constituídos neste movimento.

Enquanto algo que tem vigor, vale em um definido tempo, o direito permanece escolha, precisamente de quem o constituiu, tendo pleno êxito. Eis porque não se destina a um fim, enquanto termo de seu vigor, mas se resolve por inteiro, no intervalo de tempo em que é admitido como válido pelos consortes comunitários.

O direito não é um-ser-para-o-fim. Seu fim, que não é seu destino, não ao menos necessariamente, é ainda escolha.

Se o direito é obra da vontade criadora da comunidade jurídica, esta deve subsistir nos indivíduos que, para mantê-la, sempre há de atualizá-la, no sentido de permanência da unidade, num atualizar-se no tempo, mantenedor da ordem que o direito é.

Comunidade jurídica e ordenamento jurídico são criados, não dados. Criações, no tempo. Toda norma tem início de vigência e, por isto, "vale desde". Como, então, uma vontade ligada ao hoje, aquela de um certo tempo da produção da norma, poderia encontrar continuidade, numa espécie de validade temporalmente distendida, pelo menos até encontrar vontade oposta que lhe coloque fim?

Somente da vontade, comunitariamente empenhada, poder-se-ia esperar, a um só tempo, a manutenção do direito e a realização do homem, nele e por ele. *As coisas do direito constituem presença no ser-mundo do homem.*

Então, deve haver um nexos entre a comunidade jurídica e as

pessoas - termo que passa a ser empregado por Gerhart Husserl, neste contexto de empenho voluntário do indivíduo no sentido de *con-formar-se* e *con-firmar-se* na vontade da comunidade.

Mas o que seria este nexos entre indivíduo e comunidade? Qual o sentido de pessoa? Gerhart Husserl não resolve todos os problemas por ele mesmo suscitados quanto à configuração deste noticiado nexos entre comunidade jurídica e pessoa.

Aliás, o emprego do termo pessoa não vai totalmente esclarecido. Pode-se pensar que queira referir-se ao empenho do consorte da comunidade jurídica, que se reconhece como tal, sem perder, por isto, a individualidade, mas sem torná-la tão saliente a ponto de deixar de pertencer à comunidade, num misto de integração e preservação da diferença, de reconhecimento de si no comunitário e adesão à vontade da comunidade já estabelecida...

Enfim, parece haver uma relação dialética entre a negação e a afirmação da diferença, constituinte da comunidade e, ao mesmo tempo, da pessoa que nela se reconhece. Vemos aqui mais um corolário da adesão a Heidegger: se pertence ao *Dasein*, como existencial identificável, o ser-com - *Mitsein* - entende-se que este se resolva e se realize autenticamente, mantendo-se como é, exatamente no confronto dialético com o outro, a um só tempo, diferente e um seu igual, em condição incondicionada: é condição porque é seu ser, é incondicionada porque não dirigimos esta condição, não ao menos enquanto condição posta, apenas dirigimos seu exercício, sua essência enquanto existência.

Participar da vontade da comunidade jurídica, sem nela solver-se, nem dissolver-se, empenhando-se pelo direito, *sendo si mesmo*, nos remete a um tipo de *empenho de caráter ético*, a um só tempo, realizador do homem, dito pessoa, e da comunidade que, com outros, ele constitui, sendo por ela constituído, em um duplo movimento de ação e reflexão plasmadora.

É o que fica evidenciado no ensaio *Recht und Welt. (Direito e mundo)*

*Um empenho da pessoa (...) não pode ser entendido como um 'natural' comportamento voluntário. Quem se torna consorciado jurídico e como tal desenvolve a própria intenção jurídica, não se move no campo da ação do mundo ingenuamente experimentável (...) Mas se o ser empenhado-pelo-direito do homem não é fundado em um comportamento ingênuo, trata-se de um comportamento que é diverso na existência de todo aquele empenhar-se pelos objetivos 'mundanos'. (...) O empenho do homem pelo direito é de caráter ético-religioso. A intenção dos consorciados jurídicos que, na essência, está na base do direito, é uma atitude ética que pode provir somente de um impulso*

verdadeiramente religioso. O conceito, prevalente nas primeiras civilizações, de uma origem divina do direito traz uma profunda compreensão da sua essência. (HUSSERL, G: 1964, p. 80)

Passagem algo enigmática. Haveria referência a um direito natural de suporte, fundante da intenção jurídica do indivíduo e constituidora da comunidade do direito? O empenho do indivíduo pelo direito, precisamente aquilo que o tornaria pessoa, no contexto da concretização de sua intenção na comunidade jurídica, antecede ou sucede a intenção jurídica comunitária? Ou tudo se resolve ao mesmo tempo? Como seria traduzido tal empenho como atitude de caráter ético-religioso? Trata-se aqui apenas de analogia: a atitude de empenho da pessoa pelo direito mira-se em algo que, a um só tempo, posta-se nela e fora dela, à maneira de uma correlata experiência ético-religiosa, que envolveria um *eu* e um *tu*, diversos, mas semelhantes? Não cremos em uma adesão ao discurso jusnaturalista, não ao menos às correntes essencialistas. Mesmo que o discurso se mostre interessado em apontar a ocorrência de núcleos de sentido que, destemporalizando-se, haveriam de pretender validade universal, o que a custo poderia ser vislumbrado como ponto comum, já que também os jusnaturalistas assim pensam, reconhece-se, lado outro, que a força normativa de tais núcleos, supõe a temporalização normativa que lhes confere validade.

Se não há respostas específicas para as questões aventadas, ao menos uma resposta geral, ainda que incipiente, para a relevante questão da relação entre tempo e direito, pode ser identificada na compreensão do ser mesmo do direito, *enquanto ser-no-mundo temporal*, pensado no contexto da comunidade jurídica e da presença nesta de pessoas, todos empenhados-pelo-direito.

As perguntas sobre o início do direito, suas coordenadas histórico-temporais, a incontornável historicidade dos ordenamentos, dentre outras, poderiam ser pensadas no horizonte da determinação de um *Zeitsein*, (*Ser-tempo*) exclusivo da experiência jurídica, por isto mesmo, fundador desta mesma experiência.

Com isto, se muito não nos enganamos, são afastadas as teses jusnaturalistas, que conferem validade universal, essencialmente, a um conjunto de verdades pré-humanas, figurando estas como paradigmas e medida de toda justiça.

Na jusfenomenologia gerhartiana, a validade do direito, de suas normas, decisões, supõe uma temporalização, um resolver-se no tempo. O direito vale como que antecipando uma vontade de valer para sempre, de uma vez por todas, perdurando.

Inobstante, para alcançar validade, os núcleos de sentido do direito devem se atualizar, vencer a abstração, renovando-se no tempo a cada vez.

Nos marcos de uma compreensão fenomenológica do direito,

este se resolve entre *Welt* (mundo) e *Zeit* (tempo), como ser-no-mundo temporal, sua essência, a do direito, é sua existência historicamente empenhada.

## 5 REFERÊNCIAS

BRITO, José de Souza e. *Fenomenologia do direito e teoria egológica*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963.

COELHO, Nuno M. M. dos Santos, *O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: Ensaio de uma aproximação filosófica do jurisprudencialismo*, in, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº47 / Jul.-Dez., 2005.

CRISTIN, Renato. *Presentazione*. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

GADAMER, Hans G. *Hermenêutica em perspectiva – Heidegger em retrospectiva*. Vol. I São Paulo: ed. Vozes, 2007.

GIOVANNI, Reale; ANTISERI, Dario. *História da filosofia – do romantismo até nossos dias*. Tradução de Álvaro Cunha. Vol. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

HUSSERL, Edmund. *A filosofia como ciência de rigor*. Coimbra: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1952.

HUSSERL, Edmund. *Conferências de Paris*. Lisboa: Edições 70, 1992.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação*. Trad. de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. In: "Os Pensadores". Abril Cultural: São Paulo, 1975.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. *Person, Sache, Verhalten*. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

NEVES, Antônio Castanheira, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros, volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SAFRANSKI, Rudiger, Heidegger – *Um mestre da Alemanha entre o bem e*

*o mal*. Tradução Lya Luft. Apresentação de Ernildo Stein. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

#### **NOTAS DE FIM**

1 Mestre em Direito pela UNIPAC, mestre em Filosofia pela UFOP. Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito; Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

2 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva; Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito



# A POSSIBILIDADE DA PERDA DA NACIONALIDADE POR PARTE DO BRASILEIRO NATO

Fernando Gonçalves Coelho Júnior<sup>1</sup>

Ronaldo Passos Braga<sup>2</sup>

Valéria Edith Carvalho de Oliveira<sup>3</sup>

Resumo: Com a intensificação do movimento global, centenas de milhões de indivíduos locomovem-se entre países a cada ano, estabelecendo contatos e mesmo residência distante do seu local de origem. O Brasil, por exemplo, possui aproximadamente quatro milhões de nacionais residindo e trabalhando em outros Estados soberanos. Muitas vezes, por critérios múltiplos, através de ato voluntário ou por imposição do país de destino, adquirem nova nacionalidade para ali permanecer. Entretanto, é sabido que alguns Estados não aceitam a polipatrídia, impondo aos seus súditos a opção por apenas uma única nacionalidade. Desta feita, muitos brasileiros domiciliados alhures enfrentam uma série de dúvidas no que tange à aquisição de nova identidade, e à possibilidade eventual da perda da sua nacionalidade originária.

PALAVRAS-CHAVE: nacionalidade, cidadania, naturalização.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Internacional

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade internacional possui mais de duas centenas de Estados soberanos, dispondo, cada um deles, de milhares até centenas de milhões de indivíduos instalados em caráter permanente em seu território. Tais indivíduos são compostos por nacionais e, também, estrangeiros residentes.

Nos últimos anos o intercâmbio humano apresentou fantástica evolução. Existem, hoje, por exemplo, mais italianos e descendentes morando fora da Itália do que italianos em seu próprio território. O mesmo se dá em outros Estados como é o caso do Líbano, país também de marcante presença em território brasileiro, que conta com mais libaneses e descendentes residindo fora do que internamente.

O inverso, no entanto, também é uma realidade, embora com números menores. Alguns dados apontam que, aproximadamente, quatro milhões de brasileiros moram fora do país, tendo os Estados Unidos como destino principal, seguido por Portugal, Espanha, Japão e Itália, respectivamente.

A consequência de um número tão elevado de nacionais brasileiros noutros Estados proporciona o envio de divisas aos familiares no Brasil. Entretanto, noutro vértice, gera uma série de problemas no que diz respeito ao instituto da nacionalidade já que vários países exigem a naturalização dos estrangeiros ali domiciliados, para que possam lá permanecer ou trabalhar.

Tendo como base o fato acima, a troca de nacionalidade pode gerar sentimento de inserção no Estado receptor, mas, tam-

bém, de quebra, de rompimento de vínculo com o país de origem, sendo que, muitas vezes, os brasileiros não sabem da possibilidade de alternância de nacionalidade perante a legislação pátria, tornando a discussão do tema relevante e atual.

## 2. CONCEITO DE NACIONALIDADE.

Antes de conceituar *nacionalidade*, é necessário definir o que vem a ser um *nacional*. Na lição de De Plácido e Silva (1984, p. 224), o termo nacional deriva do latim *natus*, do verbo *nasci* (nascer, provir, originar-se), ligado, assim, ao sentido de nação, em distinção a tudo que não é do lugar, não provém ou se origina dele, é estranho, *nacional*, em ampla acepção, quer precisamente assinalar tudo, pessoas ou coisas originadas ou formadas dentro de uma nação constituída em Estado ou pertinente a ela. Opõe-se, pois, ao vocábulo estrangeiro, empregado justamente para aludir ao que *procede* ou *vem de fora* e pertence à outra nação, fixada em outro lugar. Emprega-se o vocábulo como substantivo ou como adjetivo. Mas, em qualquer forma, traz consigo sentido inconfundível. *Nacional* é sempre o que nasceu o que é nato de um lugar, quando se refere às pessoas. E quanto às coisas, é o que se originou dentro dos limites territoriais de um Estado.

Conforme Dolinger (2005, p. 155), a nacionalidade é geralmente definida como o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, ou, em outras palavras, o elo entre a pessoa física e um determinado Estado.

Nas palavras de Lagarde (*apud*, Dolinger, 2005, p. 155):

A nacionalidade comporta duas dimensões. A dimensão vertical é a ligação do indivíduo com o Estado a que pertence que lembra a relação do vassalo com seu suserano, e que contém uma série de obrigações do indivíduo para com o Estado (v.g., lealdade, serviço militar, etc.), com a contrapartida da proteção diplomática que o Estado estende ao indivíduo onde quer que se encontre no estrangeiro. Esta a dimensão jurídico-política. E a outra dimensão é a horizontal, que faz do nacional membro de uma comunidade, da população que constitui o Estado. Aqui a dimensão sociológica.

Allemer (2007, p. 29) entende que a nacionalidade, não está necessariamente relacionada à crença, religião, condição social ou ideologia. É o elo jurídico porque o nacional de um determinado Estado encontra-se compulsoriamente vinculado à obediência de seu ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que faz jus aos seus direitos civis. E é também elo político, porque o devidamente registrado como nacional goza de todos os direitos políticos inerentes à condição de cidadão, como, por exemplo, o ato de votar e ser votado, limitados estes apenas pelo ordenamento jurídico a que está vinculado.

Em apertada síntese, podemos afirmar que nacionalidade é um vínculo jurídico-político que une o indivíduo ao Estado.

### 3. A DIFERENÇA ENTRE OS CONCEITOS DE NACIONALIDADE E DE CIDADANIA

De acordo com o pensamento que se firma entre nós, a cidadania, palavra que se deriva de cidade, não indica somente a qualidade daquele que habita a cidade, mas o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside.

Originalmente, o conceito de cidadania referia-se à condição daqueles que, pertencendo ao corpo político das pólis gregas, tinham o direito não apenas de viver em seu território, mas também de participar diretamente das decisões que determinavam os caminhos da vida das cidades.

Nos dias de hoje, é certo que alguns confundem o conceito de nacionalidade com o de cidadania. Entretanto, a distinção é clara e praticamente aceita por todos os doutrinadores, no sentido de que a nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, ao passo que a cidadania diz respeito apenas à vinculação política da pessoa àquele, como o direito de votar, ser

votado, e eventualmente ser eleito.

Como observa Lenza (2006, p. 489-490), a cidadania tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a titularidade de direitos políticos: votar e ser votado. O cidadão, portanto, nada mais é do que o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) que goza de direitos políticos.

Corroborando com o entendimento acima, José Afonso da Silva (2004, p. 345), leciona que:

*[...] cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências. Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.*

Noutra ponta, é mister lembrar que o português possui um tratamento especial, podendo, assim, inclusive votar no Brasil, desde haja reciprocidade.

### 4. FORMAS DE AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE

Didaticamente, pode-se distinguir a nacionalidade em originária, ou involuntária e adquirida, derivada, ou voluntária.

De acordo com Lenza (2006, p. 490), a nacionalidade originária é imposta, de maneira unilateral, independentemente da vontade do indivíduo, pelo Estado, no momento do nascimento.

A nacionalidade originária é representada pelo *jus soli* e o *jus sanguinis*, ao passo que a derivada é composta pelo *jus domicilii*, *jus laboris* ou pela naturalização do indivíduo, sempre de acordo com critérios internos de cada país.

A nacionalidade involuntária será denominada *mista* ou *híbrida* quando conjugar mais de um critério para a determinação de sua aquisição. Trata-se de uma combinação de critérios, como por exemplo, a utilização do sistema do *jus soli* e do *jus sanguinis*.

### 5. NATURALIZAÇÃO

A naturalização pode ser considerada como o ato pelo qual um indivíduo requer a nacionalidade de um determinado país que não seja o seu.

Celso Mello (2004, p. 999) assevera que a naturalização é um ato de soberania interna do Estado e, portanto, assunto regulamentado pela legislação interna.

Na realidade, o Estado é livre para definir as formas de como atribuir a sua nacionalidade a alguém, notadamente no caso da naturalização. Assim, consoante Allemer (2007, p. 33), "um determinado país pode, por exemplo, impor menos requisitos que outros para concedê-la. Porém, o que vige atualmente é que os Estados devem procurar conferir a esta nacionalidade atribuída

um mínimo de efetividade.”

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determina, no seu art. 12, os critérios para a concessão da nacionalidade brasileira sob a forma de naturalização, valendo ressaltar que, como regra geral, esta possibilidade se abre aos estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes no Brasil, há mais de quinze anos ininterruptos, e sem condenação criminal (alterado pela Emenda Constitucional nº 3, de 07 de junho de 1994).

Entretanto, pessoas oriundas de países de língua portuguesa precisam residir no Brasil por apenas um ano ininterrupto e, também, possuir idoneidade moral.

As condições para naturalização do estrangeiro no Brasil são determinadas pela Lei nº 6.815/80, a partir do art. 112. Vejamos:

*Art. 112. São condições para a concessão da naturalização:*

*I - capacidade civil, segundo a lei brasileira;*

*II - ser registrado como permanente no Brasil;*

*III - residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;*

*IV - ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;*

*V - exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;*

*VI - bom procedimento;*

*VII - inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, absolutamente considerada, superior a 1 (um) ano; e*

*VIII - boa saúde. [...]*

Em regra os brasileiros naturalizados terão os mesmos direitos dos brasileiros natos<sup>4</sup>, direitos esses assegurados pela própria Constituição Federal. Entretanto, alguns cargos só podem ser exercidos por brasileiros natos. Conforme o parágrafo 3º do art. 12 da Constituição Federal de 1988, que define cargos privativos de brasileiros natos.

## **6. PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA**

A Constituição Federal prevê as hipóteses de perda da nacionalidade brasileira nos incisos I e II, parágrafo 4º, do seu artigo 12.

Conforme o citado dispositivo constitucional as situações que promovem a perda da nacionalidade são apenas duas. Vejamos:

a) Cancelamento da naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

b) aquisição de outra nacionalidade.

No caso do cancelamento da naturalização, como o próprio

nome indica, a hipótese de perda da nacionalidade refere-se apenas ao brasileiro naturalizado e a condição necessária para que o naturalizado perca sua nacionalidade é a prática de alguma atividade nociva ao interesse nacional.<sup>5</sup>

A competência para conhecer e julgar o processo de cancelamento da naturalização é da Justiça Federal, por força do disposto no artigo 109, inciso X, da CF/88.

Insta salientar que a legitimidade ativa da ação que visa o cancelamento da naturalização do indivíduo que praticar atividade nociva ao interesse nacional é do Ministro da Justiça ou de qualquer cidadão.

A decisão que cancelar a naturalização, declarando a perda da nacionalidade do indivíduo produz efeitos *ex nunc*, ou seja, o naturalizado perde somente sua nacionalidade a partir da data da sentença transitada em julgado.

O Estado brasileiro, porém, não pode *tomar* a nacionalidade do seu nato. Contudo, o brasileiro nato poderá perder a sua nacionalidade quando, mediante manifestação expressa de vontade, adquirir outra nacionalidade derivada.

Nesse caso não há processo judicial, visto que a perda da nacionalidade será decretada por meio de processo administrativo e oficializada mediante Decreto Presidencial, sendo seus efeitos, também, *ex nunc*, sendo que os requisitos para que tais brasileiros natos percam a sua nacionalidade são os seguintes: voluntariedade da conduta, capacidade civil do interessado e aquisição da nacionalidade estrangeira.

## **7. CONCLUSÃO**

O conceito de nacionalidade, embora tantas vezes confundido com o de cidadania, é próprio e não encontra igualdade com a noção deste.

A Constituição Federal demonstra, de forma especial em seu art. 12, as formas de aquisição e de perda de nacionalidade de brasileiros naturalizados, bem como vedações a estes, como no caso expresso de cargos privativos de brasileiros natos.

Tanto o brasileiro nato quanto naturalizado podem perder a nacionalidade brasileira. Entretanto, a perda da nacionalidade do brasileiro nato é possível, especialmente por ato voluntário do próprio nacional.

Quando um brasileiro perde sua nacionalidade, tal questão gera efeitos *ex nunc* e caso tais brasileiros desejarem readquirir a sua nacionalidade brasileira, somente poderão fazê-lo através da naturalização voluntária.

No caso de re aquisição de nacionalidade, o brasileiro anteriormente nato volta a ser nato, ao passo que o brasileiro que era naturalizado será, novamente, considerado naturalizado.

## 6. REFERÊNCIAS

ALLEMAR, Aguiinaldo. *Direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. *DOU*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. *DOU*, Brasília, 21 ago. 1980. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6815.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2012.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. III.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Internacional. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

2 Mestre em Direito Penal. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

3 Mestre em Direito Privado. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

4 Antes da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 6.192/74 eliminou toda a distinção entre brasileiro nato e naturalizado. Entretanto, como citado no presente estudo, existem algumas restrições consagradas no texto constitucional.

5 Tal procedimento de cancelamento encontra-se disciplinado pela Lei nº 818/49.

# A PROPRIEDADE VISTA POR JOHN LOCKE E SUAS ATUAIS LIMITAÇÕES

Rodrigo Barroso de Oliveira<sup>1</sup>

Thiago Augusto de Freitas<sup>2</sup>

RESUMO: O presente trabalho tem como foco a análise do conceito de propriedade desenvolvido pelo inglês John Locke bem como sua evolução até os dias de hoje. Ato contínuo demonstrar-se-á as atuais limitações ao exercício desse direito.

PALAVRAS CHAVE: Propriedade; Limitações; Direito Ambiental; Função Social da Propriedade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Público e Direito Civil

---

## INTRODUÇÃO

As origens da propriedade podem ser traçadas em diversos momentos históricos cabendo ao estudioso definir seu ponto de partida. A propriedade era conhecida dos romanos e de diversos outros povos antes deles, bem como fora tratada por autores de renome tais quais Hegel, Marx, Hobbes e Rosseau. Para esse trabalho buscamos no gênio de John Locke as bases para conceituar a propriedade e o direito a ela correlato. Do ápice do individualismo liberal burguês caminhamos até os contornos atuais da propriedade inserida no modelo de Estado Democrático de Direito e indissociável do princípio da função social da propriedade.

A mutação histórica dos direitos funcionará como liame jurídico para o cotejo entre as diversas ondas de positivação de direitos fundamentais e seu impacto no ideário vigente. Dentro daquilo que se convencionou chamar, na doutrina, de "gerações" ou "dimensões" dos direitos fundamentais será salutar apontar como o direito ambiental, direito fundamental de terceira geração, veio a permitir ao Estado intervir na propriedade privada em prol de um valor maior que nesse caso é a fraternidade.

## 2. A CONCEPÇÃO DE JOHN LOCKE E A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito no período histórico conhecido como modernidade sofre profundas e amplas revisões de conceitos. Nessa época desponta o trabalho dos jusnaturalistas e os primeiros trabalhos relativos a direitos naturais. O que seja direito natural ainda é tema nebuloso, e não foram poucos os que se detiveram em seu estudo, mas raramente o trabalho final é apreensível com facilidade. Felizmente Norberto Bobbio (1998), como lhe é peculiar, conseguiu imprimir simplicidade ao conceito e defende que é na contraposição entre a natureza e o mundo da *práxis* humana que emerge o significado do termo natureza. Ou seja, é natural o que não é produzido pelo homem, o que independe do fazer humano. Então, pertence à categoria de natureza tudo o que existia

antes do homem e após ele, sem sua participação. Quando falamos em direitos há de se estabelecer tal contraposição entre os direitos naturais, regras de conduta derivadas da natureza e que se traduzem como uma gama de princípios absolutos, imutáveis e eternos, e o direito positivo, regras de conduta que derivam das convenções do homem.

O conceito de propriedade em Locke (2001) tem dois sentidos distintos e pode ser decomposto no trinômio vida, liberdade e bens. Em sentido restrito, propriedade vem a ser o poder sobre as coisas, em sentido amplo designa o direito natural à vida, a liberdade e aos bens.

Nesse desiderato o Estado, como organização civil, tem por função unicamente proteger a propriedade nas suas variadas facetas. Nos dizeres do próprio Locke (2001, p. 156) "*a preservação da propriedade é o objetivo do governo, e a razão por que o homem entra na sociedade*". A visão do autor sobre a propriedade e o dever único do Estado em protegê-la é compreensível se levarmos em conta o período turbulento da Revolução Gloriosa na qual o autor estava inserido e a luta da burguesia por emancipação política e limitação do poder dos governantes.

Locke (2001) conferiu ao trabalho o fundamento para aquisição da propriedade. Todo objeto retirado do estado de natureza ao qual se acresça o trabalho humano torna-se uma propriedade. O próprio trabalho exercido pelo homem já é por si só propriedade do trabalhador, de tal forma que apenas dele é o trabalho que se acresceu ao objeto para retirá-lo do Estado da natureza.

A argumentação de Locke (2001) se apoia num primeiro momento na conservação da espécie, na subsistência. Sendo assim o homem poderia apropriar-se dos frutos da terra desde que deixasse aos outros membros da comunidade, sendo, portanto vedado o desperdício (acumulação e não consumo dos bens antes que os mesmos se deterioresem). Não obstante a limitação até então presente ao direito de propriedade no sentido de abarcar somente aquilo obtido mediante trabalho e que

seja necessário e suficiente ao homem, sofre, no correr da sua obra mitigações que lhe removem as limitações iniciais. É a introdução do dinheiro o elemento justificador a acumulação ilimitada da propriedade. Com ele não há mais que se falar em desperdício, pois os metais preciosos não se deterioram, podendo o indivíduo acumulá-los ilimitadamente, também cai por terra o quesito subsistência, já que a propriedade com a utilização de dinheiro ganharia um papel na economia mercantilista e poderia ser contida nas mãos de uma única pessoa. O último limite a cair é o relativo ao trabalho que cada homem deve desempenhar por si próprio para trazer um objeto do estado da natureza e torna-lo propriedade, a esse respeito Locke (2001) afirma que no estado de natureza há um consentimento entre os homens em que a maioria se sujeita a vender sua força de trabalho a outrem mediante salário, assim o trabalho realizado é propriedade do empregador e não do trabalhador.

Com as breves noções acima pretendemos fixar as bases do direito de propriedade na modernidade e fixar o caráter individualista e ilimitado da mesma, quesitos em si muito bem explorados na obra de Locke (2001).

Conforme dito logo acima, os autores contratualistas, deram a tônica do que viriam a ser as complicações que a junção modernidade-capitalismo traria às promessas da modernidade.

Cabe considerar que o Estado Liberal buscou regulamentar e ajustar à sociedade as necessidades do capitalismo. Qualquer pretensão emancipatória de grupos porventura marginalizados era considerada perigosos sociais. Os movimentos sociais do século XIX captaram essa redução do projeto da modernidade. Muitos deles representaram, inclusive, a denúncia a esse enquadramento dos objetivos da modernidade pelo capitalismo, assim como a estigmatização da emancipação social operada pelo positivismo (SANTOS, 2001). A propriedade era ilimitada e concentrada e o Estado devia agir no sentido de respeitar o *status quo* sem nunca alterá-lo. Cuidou-se, doravante, de resguardar a esfera pessoal de cada indivíduo contra as intrusões de outrem, não mais pela religião, mas pelo direito natural, ou pela ideia de contrato social.

Sobre esse momento histórico discorreu o jurista Fábio Konder Comparato:

*Os documentos políticos do final do século consagram essa visão de mundo. Tanto o Bill of Rights de Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seu primeiro parágrafo, quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, em seu art. 2º, apresentam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como direitos inerentes a toda pessoa, ou direitos naturais e imprescritíveis do homem.*

[...]

*"Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata, apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial. É o que a elaboração teórica da doutrina alemã denominou uma garantia institucional da pessoa humana. (COMPARATO, 1997).*

O desenvolvimento das relações de mercado foi a mola motriz para impulsionar um desenvolvimento das relações estatais nos períodos subsequentes do capitalismo. (SANTOS, 2001).

O segundo modelo político de Estado capitalista é chamado de Estado providência ou Estado do Bem Estar Social e veio para conciliar objetivos e interesses antagônicos. Essa forma de conciliação tornou-se, por meio de uma política hegemônica de programação ideológica, a única legítima e concebível. Com isso, o reconhecimento do princípio da comunidade tornou-se condicionado e vinculado ao Estado e, conseqüentemente, o exercício da autonomia passou também a estar vinculado e condicionado ao âmbito estatal.

Assim, a época contemporânea rompe com a ideologia liberal da época moderna, questionando o não intervencionismo estatal, o individualismo da sociedade e a concepção estritamente individualista da propriedade. O aperfeiçoamento dos modelos sindicais, numa clara contraposição aos valores atribuídos aos trabalhadores na Revolução Industrial, exigiu do Estado uma atuação mais consistente, deixando a condição de mero expectador e regulamentador para uma situação mais ativa onde passa a ser agente regulador.

Com uma forte intervenção na vida privada o Estado Social, ao qual nosso constitucionalismo é ainda apegado, minou o invólucro protetivo da propriedade que não chegou a perder sua designação individualista e mercantil, mas passou a sustentar uma face social. Nessa toada Alcino Pinto Falcão e outros:

*Os tempos não são de antanho e hoje, pela maioria das novas Constituições (por exemplo: Const. Espanhola, de 1978, art. 33, n° 2; da Grécia, de 1975, art. 17, n° 1) se trata de um direito, não só sujeito a antigas limitações, como, respeito ao uso, ficará condicionado ao bem-estar social, terá ela, propriedade, uma função social e não mais apenas egoísta. (FALCÃO et al., 1990, p. 227).*

A doutrina nacional e internacional, principalmente a produzida na Europa, buscou na propriedade uma finalidade superior ao interesse exclusivo do proprietário. Dito de outro modo, sob as ponderações de diversos autores construiu-se uma fundamentação de que existiria uma meta superior a utilização individual da propriedade, haveria então uma função social a ser atendida. Sobre o tema se posicionam Falcão e outros:

*Essa função social permite que a lei imponha encargos suportáveis, mas não os excessivos, aquelas que a equidade não autorize, mesmo porque a lei pode tocar a limites, isto é, o conteúdo da propriedade, mas não lhe será dado ir ao ponto da abolição ou mudança da essência da propriedade privada. (FALCÃO et al., 1990, p. 236).*

Como bem salientou um autor, "a responsabilidade social incumbe não só ao Estado, como aos particulares; Estado Social significa não apenas obrigação social da comunidade em relação aos seus membros, como ainda obrigação social destes entre si e perante a comunidade como um todo". (HANS-JOCHEN VOLGEL apud COMPARATO, 1997).

No caso do modelo brasileiro a Constituição da República de 1988 consagra o direito de propriedade atendida a sua função social. Predomina no constitucionalismo nacional no pós 1988 uma visão comunitária da propriedade. Isso se explica pelo próprio paradigma em que se fundamenta o Estado brasileiro na redemocratização. O Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea.

Num primeiro momento a Constituição (BRASIL, 1988) trata da propriedade no art. 5º - dos direitos fundamentais, inciso XXII - é garantido o direito de propriedade e inciso XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; e XIII, repetindo-a no art. 170 ao tratar da ordem econômica. Dentro do panorama da Constituição econômica a noção de propriedade extrapola o entendimento tradicional de limitá-la apenas a propriedade imobiliária, irradiando seus efeitos sobre todas as formas de percepção do direito de propriedade. Na sempre esclarecedora visão de Fábio Konder Comparato:

*O Princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso da sua destinação. (COMPARATO, 1973, p. 77).*

Nos dizeres de Eros Roberto Grau (2006) há no direito de propriedade previsto no bojo da Constituição econômica,

uma função social ativa de forma que a propriedade não se volta apenas a fruição do seu direito, trazendo ínsita a função social de produzir outros bens. Atribuição que deverá ser cumprida pelo proprietário que tem de compatibilizar seu direito subjetivo ao domínio com prerrogativas e direitos da comunidade onde o bem está inserido ou vá incidir.

Augusto Zimmermann (2004, p. 691) assim estabelece: "a chamada função social da propriedade deve ser considerada como a defesa de sua utilização racional e não nociva ao bem-estar geral".

Não apenas os constitucionalistas discorrem sobre a função social da propriedade, mas diversos autores civilistas já contribuíram para disseminar esse princípio no âmbito das relações privadas, é a chamada constitucionalização do Direito Civil. Tal movimento teve início no trabalho de hermenêuticas do escol de Lênio Luiz Streck (2009) que colocando em xeque os modelos mais arcaicos de compreensão do Direito, provocaram e ainda provocam a comunidade jurídica a estabelecer uma nova Teoria das Fontes sendo a Constituição a própria fonte.

Na visão de Gustavo Tepedino:

*A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confines são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (TEPEDINO, 2008, p. 337).*

Tem-se, assim, o início de um processo de mitigação do exercício pleno dos atributos da propriedade.

### **3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ESTADO AMBIENTAL E POLÍTICAS URBANAS**

Na última década do século XX a comunidade internacional passou por reviravoltas importantes como a queda do muro de Berlim, a crises econômicas na Ásia e na América Latina e assistiu também ao recrudescimento da preocupação em instituir e construir um meio ambiente sustentável. Em Estocolmo, na Suécia, no ano de 1972 deu-se o primeiro passo na construção de um ambientalismo sustentável, capaz de permitir o desenvolvimento econômico sem, contudo olvidar do meio ambiente. De fato em 1985, no relatório intitulado Nosso Futuro Comum (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991) também

conhecido como relatório *Brundtland*, conceituou-se o desenvolvimento sustentável como aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.

O conceito e as implicações de um desenvolvimento sustentável tiveram forte influência no espírito da constituinte de 1988 que adotou o referido conceito inserindo-o no caput do art. 225 da nova Constituição (BRASIL, 1988), estabelecendo que é dever do Poder Público e da coletividade proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim como os demais Direitos fundamentais de terceira geração, também conhecidos como direitos da fraternidade ou solidariedade, o direito a um meio ambiente sustentável surgiu como patrimônio comum da humanidade, não voltado especificamente a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, tendo por destinatário o próprio gênero humano.

Diante da constatação de que os recursos naturais não são inesgotáveis, conforme outrora se pensou e configuram a base do sistema produtivo mundial o princípio do desenvolvimento sustentável veio a condicionar as atividades econômicas e, portanto a propriedade, buscando uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente.

Por natural irradiação, as normas jurídicas infraconstitucionais devem efetivar esse comando principiológico, visando a maior efetividade possível dos interesses da comunidade, aliando as políticas públicas com as condições para o exercício do direito de propriedade.

Numa atuação vanguardista a Constituição da República de 1988 dedicou um capítulo a propriedade urbana. A função social da propriedade urbana veio com status de direito fundamental, diretamente ligado aos interesses sociais e econômicos. Buscou-se preservar primeiramente o bem estar dos habitantes da cidade.

Diante do artigo 182 da Carta Magna nota-se que deve o plano diretor aliar o desenvolvimento municipal ao exercício da função social da propriedade, de forma que:

*Todas as questões, portanto, da política urbana no Brasil devem ser associadas às considerações da função social, porquanto se mostra o nascedouro do Plano Diretor, e do próprio Estatuto da Cidade. Assim, cada um desses elementos - função social da propriedade, política urbana e plano diretor - ligam-se como elos a formar uma corrente de raciocínio que possa conduzir à compreensão da definição pela Constituição Federal de 1988 do plano diretor como "instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana" alicerçado sobre a função social da propriedade e da cidade. (BELTRÃO, 2012).*

A regulamentação dos artigos. 182 e 183 da Constituição da República de 1988 e o estabelecimento de diretrizes gerais da política urbana, com o surgimento da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, contribuíram para o fortalecimento da exigência de se conferir uma função social a propriedade urbana.

De acordo com Celso Bastos:

*A Constituição, no referido art. 182, oferece pistas muitas seguras para determinar-se a função social da propriedade urbana. O seu §2º dispõe que 'a propriedade urbana cumpre sua função social quanto atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor'. O que se vê é que o caminho encontrado na Constituição para proteger e fazer efetiva a função social da propriedade foi a de tornar exigível determinado aproveitamento da área urbana na forma estatuída em lei. (Bastos, 1993, p. 223).*

Entretanto não se pode esquecer que o legislador, diferentemente do que fez ao tratar da função social da propriedade rural não estabeleceu para a propriedade urbana o que seja o exercício na função social, deixando a cargo do legislador infraconstitucional e regional a função de estabelecer como a propriedade atende a sua função social em cada município.

Dessa forma, é impossível dissociar a função social e ambiental da propriedade urbana, dos direitos fundamentais e garantias relativas à dignidade da pessoa humana, à vida, à saúde, a um ambiente sadio e sustentável. Desta forma a constitucionalização dos aspectos sócio-ambientais, possibilitou a estruturação de uma política urbana com visando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, condicionando o uso da propriedade urbana ao atendimento do bem coletivo.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A estrutura do direito de propriedade sofreu e vem sofrendo diversas mutações conforme se alteram os paradigmas estatais.

A tônica atual da propriedade desvincula a mesma do caráter individualista-liberal defendido por Locke tratando-a como bem particular atrelado ao interesse público.

Fenômenos como a constitucionalização do direito privado importaram na migração de conceitos públicos para o direito privado. A própria hermenêutica constitucional passou a influir na exegese dos operadores do direito privado, mais especificamente limitando a propriedade às concepções de caráter genérico, tal como a função social.



A preocupação mundial com a questão ambiental trouxe no fim do século XX novos institutos limitativos ao direito de propriedade. A intervenção estatal recrudescceu, agora lastreada no Direito Ambiental determinando aos proprietários a observação de certas exigências sob pena de fazer incidir sobre os faltosos penalidades das mais variadas, inclusive capazes de lhe tomar a propriedade.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso. *Estudos e Pareceres – Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BELTRÃO, Irapuã. *Função Social da Propriedade: Evolução Histórica constitucional e política urbana*. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/funcao\\_social\\_da\\_propriedade\\_evolucao\\_historica\\_constitucional\\_e\\_politica\\_urbana.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/funcao_social_da_propriedade_evolucao_historica_constitucional_e_politica_urbana.pdf)> acesso em: 25/02/2012.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2.ed. Brasília: Ed. da UnB, 1998.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Diário Oficial da União. 5 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26/02/2012.

BRASIL, *Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001*, Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União. 11 jul 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)> acesso em: 25/02/2012.

CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro*

comum. 2a ed. Tradução de Our common future. 1a ed. 1988. Rio de Janeiro : Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de propriedade, in: *Revista CEJ, número 03, dezembro/1997*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>> acesso em: 21/02/2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil - nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FALCÃO, Alcino Pinto et al. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: 1990, 1º vol.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros: 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o di-*

reito e a política na transição paradigmática, volume 1 : a crítica da razão indolente : contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª. ed., Rio de Janeiro: renovar, 2008.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

## NOTAS DE FIM

1Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado membro da Comissão de Inscrição e seleção da OAB/MG.

2Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Público pelo IEC/PUC MG. Advogado da Torres, Oliveira & Freitas Advogados. Professor de Teoria da Constituição, Direito Constitucional I, Teoria Geral do Estado e Lógica Jurídica do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/MG. Conselheiro do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor- COMDECON/BH

# A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL COMO INSTRUMENTE DE REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Juliano Junqueira de Faria<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo trata-se do problema da irregular ocupação do solo urbano e das ocupações nos aglomerados subnormais. Esse tipo de ocupação acarreta o problema da ausência de título para o possuidor que legitime sua situação jurídica. Nessa esteira, ganha relevância o instituto da regularização fundiária de áreas urbanas, posto que voltado a regularizar e conceder títulos àquelas pessoas que ocupam terras urbanas irregularmente, na forma dita pelo legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Direito Constitucional; Propriedade; Dignidade da Pessoa Humana.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil-Constitucional.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O constante e contínuo aumento da população urbana traz, inegavelmente, um problema para as cidades: a irregular ocupação do solo urbano.

Nesse contexto, há aquela ocupação realizada por população de baixa renda, muitas das vezes em aglomerados urbanos.

A título de ilustração, tem-se que os resultados do último Censo<sup>2</sup> Demográfico (2010) divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, demonstram que o Brasil possui uma população residente de 190.755.799 (cento e noventa milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e setecentos e noventa e nove) habitantes, dos quais 160.925.804 (cento e sessenta milhões, novecentos e vinte e cinco mil e oitocentos e quatro) habitantes vivem em áreas urbanas<sup>3</sup>.

O mesmo IBGE identificou que, no Brasil, existem 6.329 (seis mil, trezentos e vinte e nove) aglomerados subnormais, assim entendidos aqueles representados por favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, mocambos, palafitas, entre outros assentamentos irregulares<sup>4</sup>, dos quais 3.954 (três mil, novecentos e cinquenta e quatro) encontram-se situados no Sudeste do país.

Nesses aglomerados subnormais, residem 11.425.644 (onze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil e seiscentos e quarenta e quatro) habitantes.

Os números se apresentam com extraordinária relevância para aqueles que lidam com o Direito, pois sabido que as ocupações nos aglomerados subnormais normalmente se mostra irregular, não conferindo ao possuidor qualquer título que legitime sua situação jurídica.

Nessa esteira, ganha relevância o instituto da regularização fundiária de áreas urbanas, posto que voltado a regularizar e conceder títulos àquelas pessoas que ocupam terras urbanas irregu-

larmente, na forma dita pelo legislador.

A Lei Ordinária Federal nº 11.977/09, dentre outras questões, dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, figura pensada num momento em que é flagrante a expansão das cidades, mesmo que de maneira desordenada.

Ademais, necessário cotejar o direito de propriedade com o direito à moradia, que pode ser garantido pelo instituto em comento.

Portanto, de todo significativo o conhecimento do instituto referido, para que se conclua pela sua pertinência e afeição ao Estado brasileiro.

## 2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A Regularização Fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas encontra-se prevista entre os artigos 46 e 60 da Lei 11.977/09 e assim foi definida pelo legislador no artigo 46 de referida lei:

*A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

Admite a legislação 2 (duas) modalidades de Regularização Fundiária: 1) Regularização Fundiária de Interesse Social e 2) Regularização Fundiária de Interesse Específico.

A Regularização Fundiária de Interesse Social é destinada a assentamentos irregulares ocupados por população de baixa

renda, nos casos em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há pelo menos 5 (cinco) anos, naqueles em que os imóveis a serem regularizados estejam situados em Zona Especial de Interesse Social - ZEIS<sup>5</sup> ou nos em que a área seja da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e declarada de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Por sua vez, a Regularização Fundiária de Interesse Específico é aquela existente quando não caracterizado o interesse social necessário à Regularização Fundiária de Interesse Social.

O procedimento de Regularização Fundiária pode ser pretendido por seus beneficiários, individual ou coletivamente e por cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária, atribuindo-se aos legitimados o poder de promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive os atos de registro. Por óbvio, não se exclui a possibilidade de o poder público atuar de ofício.

Exige-se, entretanto, que haja um conhecimento prévio de informações sobre a demarcação do imóvel de domínio público ou privado, seus limites, área, localização e confrontantes, bem como sobre seus ocupantes e suas posses.

Para tanto, poderá valer-se a Administração Pública do procedimento da Demarcação Urbanística, definida pela Lei 11/977/09 como o procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

## **2.1 Regularização Fundiária de Interesse Social**

A Regularização Fundiária de Interesse Social depende da análise e da aprovação<sup>6</sup>, pelo Município ou pelo Distrito Federal, do Projeto de Regularização Fundiária, que deverá definir, ao menos, a) as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas; b) as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público; c) as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei; d) as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979<sup>7</sup>; e e) as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica, considerando, também, as características da ocupação

e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público.

Ocorre que o Projeto deve ser precedido da Demarcação Urbanística que, uma vez elaborada deverá ser levada pelo Município ao Registro de Imóveis. Antecipadamente, entretanto, o Município deverá notificar os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados, para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias quanto: I - à anuência ou oposição ao procedimento, na hipótese de a área a ser demarcada abranger imóvel público; II - aos limites definidos no auto de demarcação urbanística, na hipótese de a área a ser demarcada confrontar com imóvel público; e III - à eventual titularidade pública da área, na hipótese de inexistência de registro anterior ou de impossibilidade de identificação dos proprietários em razão de imprecisão dos registros existentes.

Na hipótese de ser dado prosseguimento ao procedimento de Regularização Fundiária, o Município enviará o Auto de Demarcação Urbanística ao Cartório de Registro de Imóveis, que deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

Na sequência, o Oficial do Registro de Imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias.

Também o poder público responsável pela regularização deverá notificar, por edital, eventuais interessados, bem como o proprietário e os confrontantes da área demarcada, se estes não forem localizados nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles fornecidos pelo poder público para notificação.

Decorrido o prazo da notificação, sem impugnação, a demarcação urbanística será averbada nas matrículas dos imóveis atingidos pela demarcação urbanística. Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o poder público para que se manifeste no prazo de 60 (sessenta) dias, quando poderá propor a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada. Caso haja impugnação apenas em relação à parcela da área objeto do auto de demarcação urbanística, o procedimento seguirá em relação à parcela não impugnada. Não havendo acordo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada.

A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o Projeto de Regularização Urbanís-

tica e submeter o parcelamento dele decorrente a registro. Com o registro do parcelamento, o poder público concederá título de Legitimação de Posse aos ocupantes cadastrados.

A Legitimação de Posse, entendida como ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse, será concedida preferencialmente em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel, como determina o §2º do artigo 58 da Lei 11.97/09 embora, a nosso visto, soe inconstitucional a regra por violação o princípio da igualdade.

Devidamente registrada, a Legitimação de Posse constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia, razão pela qual também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo poder público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.

Entretanto, a Legitimação de Posse somente poderá ser concedida aos moradores cadastrados pelo poder público, desde que a) não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural e b) não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

Também, não será concedido Legitimação de Posse aos ocupantes a serem realocados em razão da implementação do projeto de regularização fundiária de interesse social, devendo o poder público assegurar-lhes o direito à moradia.

Como visto, a legitimação de posse constitui ato de reconhecimento pelo poder público da posse do ocupante do imóvel objeto da demarcação urbanística. Por essa razão, a Lei 11.977/09 prevê a possibilidade que a posse assim reconhecida seja convertida em propriedade, através do procedimento de usucapião administrativa, contemplado pela lei na forma seguinte:

*Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.*

*§ 1º Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar:*

*I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel;*

*II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural;*

*III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e*

*IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.*

*§ 2º As certidões previstas no inciso I do § 1º serão relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público.*

*§ 3º No caso de área urbana de mais de 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião.*

De toda sorte, como o usucapião, em qualquer das suas formas, exige posse contínua, poderá o título de Legitimação de Posse ser extinto pelo poder público emitente quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de direitos.

Portanto, verifica-se tratar de instrumento que garante a titulação do possuidor, inclusive com formalização da propriedade (direito real por excelência), em favor do ocupante de baixa renda.

E, exatamente porque o instituto objetiva preservar os interesses de pessoas de baixa renda, é que a Lei 11.977/09 atribui ao poder público, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos, a implantação do sistema viário e da infraestrutura básica (vias de circulação; escoamento das águas pluviais; rede para o abastecimento de água potável; e soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar) ainda que o poder público tenha sido provocado à sua realização, bem como estabelece que não serão cobradas custas e emolumentos para o registro do auto de demarcação urbanística, do título de legitimação e de sua conversão em título de propriedade e dos parcelamentos oriundos da regularização fundiária de interesse social

Como se vê, a regularização fundiária aqui apresentada, que pode culminar com a titulação da propriedade, busca vincular o homem ao solo urbano já ocupado, garantindo o direito social à moradia. Ao mesmo tempo, busca a regularização fundiária assegurar e implementar a função social da propriedade.

Em última palavra, afirmamos que efetivação de moradia e função social da propriedade querem significar efetivação da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, passamos ao estudo da do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para em seguida compreender a sua relação com o Princípio da Função Social da Propriedade.

## **2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:**

Fala-se na existência de um princípio da dignidade da pessoa

humana, como fundante da República Federativa do Brasil.

Tal princípio, dotado da qualidade de norma constitucional, não deve ser entendido apenas como verdade fundamental a orientar a interpretação do sistema do direito. Deve, sim, ser entendido como norma jurídica em geral, produzindo determinados efeitos que deverão de ser garantidos, mesmo que coativamente, pela ordem jurídica.

Já se afirmou que *"dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica"* (BARROSO, 1998, p.296). Tal entendimento, entretanto, não deve prevalecer. Necessário é que se determine o significado da dignidade da pessoa humana, a fim de que se possa determinar os efeitos pretendidos pela norma.

Segundo informa Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.3), a utilização da expressão 'dignidade da pessoa humana' no mundo do direito é fato histórico recente. O autor anota que a expressão em causa surgiu pela primeira vez<sup>8</sup>, no contexto em que hoje está sendo usada, em 1945, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas<sup>9</sup>.

Não obstante, é consenso teórico no mundo atual o valor essencial do ser humano, que deve ser reconhecido como centro e fim do direito. Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos,

*ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente. (BARCELLOS, 2002, p.103-104)*

E é em Kant que se deve buscar as bases para a concepção da dignidade. Para Kant (2002, p. 68), o ser humano é dotado de dignidade enquanto tal, ou seja, enquanto ser humano.

Thomas Hill, citado por Gláucia Correa Retamozo Barcelos Alves (2002, p. 221), afirma que *"a doutrina kantiana da dignidade da pessoa humana se inscreve na tradição cristã que atribui a cada ser humano um valor primordial, independentemente de seu mérito individual e de sua posição social"*.

Kant, na busca de justificação e demonstração do imperativo categórico, assevera que o homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, e não como meio arbitrário desta ou daquela vontade. Dessa forma, em todas as ações, tanto nas que se dirigem ao homem mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele sempre há de ser considerado como fim (KANT, 2002, p.68).

Segundo Kant,

*os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). Estes não são portanto meros fins subjectivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito de nossa acção, mas sim fins objectivos, quer dizer coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que se não pode pôr nenhum outro em seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto; mas se todo o valor fosse condicional, e por conseguinte contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão. (KANT, 2002, p.68-69)*

Para Kant, os seres racionais se mantêm relacionados por meio de leis comuns o que caracteriza o que convencionou chamar de reino. Nesse reino ou, conforme quer Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 81), mundo social, existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade.

São de Kant as seguintes palavras:

*no reino dos fins, tudo tem ou um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 2002, p.77)*

Além disso, considera Kant: *"aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade"* (KANT, 2002, p.77).

Isso nos leva a concluir que a dignidade caracteriza o homem como ser racional, dotado de vontade e que deva ser considerado como fim em si mesmo, jamais podendo ser considerado como meio para a consecução de fins outros.

Comungamos das lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 81), para quem o preço manifesta um valor exterior, ou seja, de mercado, representando interesses particulares, enquanto que a dignidade representa um valor interior e de interesse geral.

Lembrando Kant (2002, p. 77), tem-se que somente as coisas que possuam preço podem ser substituídas por outras equivalentes. O homem, ao contrário, por ser dotado de dignidade, não admite substituição. Não pode ser considerado mercadoria ou mero instrumento para a realização de fins outros.

A concepção da dignidade como um valor absoluto faz com que o ser humano seja considerado o fim último a ser alcançado, exatamente por ser humano. Nada mais do que isso. Tanto particulares, quanto o próprio Estado, devem pautar as suas ações pelo respeito a essa condição.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos,

*o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. (BARCELLOS, 2002, p.107)*

E a dignidade, como tal, não admite qualificações. O homem, como ser humano, deve ter a sua dignidade promovida. O Homem, por ser homem, deve ser respeitado como tal. Isso faz com que a dignidade de uma pessoa independa de seu *status* social, do cargo que ocupa, da sua popularidade, de sua utilidade para outros<sup>10</sup>. Torna-se impossível a afirmativa de que um ser humano possua mais dignidade do que outro. Aquele que tem dignidade não tem preço e, por não possuir preço, não pode ser mensurado (ALVES, 2002, p. 221-222).

No século XX, a Segunda Guerra Mundial é apontada como momento especialmente marcante no que tange à concepção da dignidade da pessoa humana. A barbárie do nazismo revela os horrores a que eram levados seres humanos. Determinada política de governo assumia e defendia o extermínio de milhares de pessoas como se essas não possuíssem nenhum valor em si. Como vítimas, deve-se lembrar dos judeus.

Hanna Arendt (1999, p.34) observa o tratamento dispensado aos judeus, donde se verifica um certo desprezo pela compreensão do valor inerente ao ser humano. Ao apresentar o julgamento de Adolf Eichman, acusado de cometer crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante o período do regime nazista e principalmente durante o período da 2ª Guerra Mundial, Hanna Arendt lembra de episódio ocorrido no outono de 1941, seis meses depois de a Alemanha ter ocupado a parte sérvia da Iugoslávia. Segundo afirma,

*o Exército vinha sendo infernizado pela guerra de guerrilha desde então, e as autoridades militares decidiram resolver dois problemas de um só golpe, fuzilando cem judeus e ciganos para cada solda-*

*do alemão morto. Sem dúvida nem os judeus nem os ciganos eram guerrilheiros, mas, nas palavras do funcionário civil do governo militar, um certo Staatsrat Harald Turner, "os judeus já estavam ali no campo [mesmo]; afinal, eles também são sérvios, e, além disso, têm de desaparecer". (ARENDR, 1999, p.34)*

É no contexto do pós-guerra que se consagra a dignidade da pessoa humana nos vários ordenamentos jurídicos. Diversos países introduziram em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (BARCELLOS, 2002, p.109).

Tomemos de exemplo as Constituições<sup>11</sup> Italiana, Alemã e Portuguesa, como lembrado por Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.4).

A Constituição italiana de 1947 expressa em seu artigo 3º, 1ª parte: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais." A Constituição alemã de 1949 estabelece em seu artigo 1.1: "A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público."

Por fim, a Constituição portuguesa de 1976, que prevê em seus artigos 1º e 13, 1ª alínea:

*Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

*Art. 13. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

Ademais de todo o exposto, necessária é a referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que faz referência à dignidade do homem em várias oportunidades:

*Preâmbulo*

*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, (...)*

*Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em*

*uma liberdade mais ampla,*

*(...)*

*Artigo I*

*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*

*Artigo XXII*

*Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.*

*Artigo XXIII*

*1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.*

*2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.*

*3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.*

*4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.*

Possível, portanto, é a conclusão, sem se esquecer das disposições constantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a favor da consagração do princípio da dignidade humana, tanto no plano interno quanto no plano internacional: o homem deve ser considerado fim em si mesmo.

O princípio da dignidade humana impõe a realização de um estado de coisas. E esse estado de coisas nada mais é do que a realização do homem enquanto homem, enquanto ser humano, posto ser ele o fim almejado. Daí porque a impossibilidade de se pretender que seja o homem um instrumento a serviço do Estado. Ao homem devem ser asseguradas condições de uma vida digna. Faz-se necessária a preservação dos direitos inerentes à dignidade humana, seja por particulares, seja pelo próprio Estado. Todos os comportamentos necessários à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana devem ser levados a efeito, mesmo que expressamente não previstos em outra norma. A busca da realização desse estado de coisas, ou seja, da realização da dig-

nidade, deve ser alçada à prioridade, seja do próprio Estado, seja de particulares.

### **2.3 A Função Social da Propriedade**

Tradicionalmente, a propriedade tem sido estudada sob seu aspecto estrutural e sob o seu aspecto funcional.

Símbolo maior do individualismo burguês, a propriedade é apresentada pelo ordenamento jurídico infraconstitucional de forma analítica. A lei não define o direito de propriedade. Entretanto, afirma que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua. Ensina Gustavo Tepedino (2001) que as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa são expressão do elemento interno ou econômico<sup>12</sup> do domínio, enquanto que o poder de reaver, ou seja, o poder de afastar as ingerências alheias ao direito de propriedade, integra o seu elemento externo ou jurídico. O conjunto dos elementos interno e externo compõe o aspecto estrutural do direito de propriedade.

O Código Civil brasileiro em vigor, assim como o revogado Código Civil de 1916, não fez qualquer referência expressa à função social da propriedade, estando a sua previsão primeira inserta no texto da Constituição da República de 1988 (artigo 5º, incisos XXII e XXIII).

O aspecto funcional, que não integra a estrutura<sup>13</sup> do direito de propriedade, representa a sua ideologia. Trata do aspecto dinâmico do direito de propriedade, o papel que o direito de propriedade desempenha nas relações sociais. A propriedade sempre exerceu uma função na sociedade, seja como expansão da inteligência humana, seja como objeto da supremacia do capital sobre o trabalho, seja como instrumento para construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A função da propriedade, entretanto, torna-se social, a partir do momento em que o ordenamento reconheceu que o exercício da propriedade deveria ser protegido não no interesse do seu titular, mas no interesse coletivo da sociedade<sup>14</sup>. A propriedade é assegurada como direito fundamental, desde que atendida a sua função social. Uma nova hermenêutica impõe-se, posto que não se pode vislumbrar a proteção ao direito de propriedade se os demais princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição não estão sendo assegurados.

Referindo-se à Constituição da República de 1988, Gustavo Tepedino (2001, p. 272) afirma que "o texto inovou de forma provavelmente sem precedentes, no sentido de funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais". Assim, tem-se que a situação proprietária-patrimonial deve conviver ao lado de situações jurídicas existenciais. Somente o convívio harmônico é que outorga ao titular do direito real a proteção jurídica que se fizer necessária.

O constituinte de 1988 procedeu clara opção pelos valores existenciais que exprimem a ideia de dignidade da pessoa humana, em superação ao individualismo marcante no ordenamento anterior a ela. Passa-se, assim, a exigir que os valores patrimoniais adequem-se à nova realidade, pois a pessoa prevalece sobre qualquer coisa.

A nova concepção de propriedade que a ordem constitucional impõe traduz um poder-dever. O proprietário não pode mais exercer seu direito de forma absoluta, violentando o interesse social, porque deverá compatibilizá-lo com a função social. Portanto, a propriedade vincula-se a um direito de uso, gozo e disposição que deve ser exercido, atendendo sua destinação sócio-econômica, ou seja, sua função social.

Assim entende Teodoro Adriano Zanardi, para quem

*A concepção oitocentista do direito de propriedade, que estava insculpida no Código Civil de 1916, não encontra guarida no sistema jurídico pátrio, pois, como já visto nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios que incidem diretamente sobre o direito de propriedade. Trouxe, ainda, dispositivos que prevêm essa incidência. Tais princípios também foram incorporados pelo Código Civil de 2002, bem como pelo Estatuto da Cidade de 2001 e já estavam previstos no Estatuto da Terra de 1964. (ZANARDI, 2003, p. 100)*

A função social da propriedade tem um conteúdo preestabelecido no Título I da Constituição. Jamais devem ser relegados a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (TEPEDINO, 2001, p. 273).

Nesse sentido, conclui-se que “o conteúdo da função social da propriedade é informado pela própria Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana regra basilar” (GONDINHO, 2000, p. 413).

A propriedade, portanto, não mais é absoluta em todos os seus termos. Não mais é

*aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria*

*sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extrapatrimoniais, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (TEPEDINO, 2001, p. 280)*

Com a Constituição de 1988, os interesses patrimoniais do proprietário restaram submetidos aos princípios fundamentais do ordenamento (artigos 1º, 3º e 5º).

*A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não proprietárias. De tal compatibilidade deriva o preciso conteúdo da propriedade, inserta na relação concreta. (TEPEDINO, 2001, p. 286)*

Não se trata de limitação ao direito de propriedade ou de esvaziamento de seu conteúdo. O direito de propriedade, embora concebido e tutelado sob a égide da função social, continua outorgando a seu titular as prerrogativas de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como revê-la de quem injustamente a possui. Entretanto, esse seu direito deve compatibilizar-se com situações jurídicas existenciais<sup>15</sup>, não proprietárias, para que seja objeto de proteção jurídica.

*Para o titular do direito de propriedade, a função social assume uma valência de princípio geral. A sua autonomia para exercer as faculdades inerentes ao domínio não corresponde a um livre arbítrio. O proprietário, através de seus atos e atividades, não pode perseguir fins anti-sociais ou não sociais, como também, para ter garantida a tutela jurídica ao seu direito, deve proceder conforme à razão pela qual o direito de propriedade lhe é tutelado. Em outras palavras, deve proceder de forma a promover os valores fundamentais da República esculpidos no texto constitucional. (GONDINHO, 2001, p. 148)*

A situação jurídica real (patrimonial por excelência), portanto, mesmo modelada pela autonomia da vontade, deve estar compatibilizada com a tutela constitucional dos valores da função social da propriedade e, via de consequência, com os valores de uma situação jurídica existencial.

Dessa forma, a função social da propriedade<sup>16</sup> deve estar harmonizada com a autonomia da vontade, a fim de que a modelação da situação jurídica real ocorra no direito de forma legítima.

O projeto constitucional exige que se conceba a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional de forma que a



primeira apresente-se como fundamento interpretativo da segunda, o que obriga a uma leitura dos institutos do direito civil à luz da Constituição, e não inversamente<sup>17</sup> (TEPEDINO, 2001, p. 276).

Dá porque concluímos seguindo o entendimento de André da Rocha Osorio Gondinho (2001) para quem a modelação dos tipos reais pela autonomia da vontade

*deve abranger a tutela constitucional da iniciativa privada e da propriedade, de modo que a intervenção da autonomia da vontade no âmbito da modelação de situações jurídicas reais se submeta aos princípios constitucionais, fazendo incidir, nas relações privadas de direito real, os valores existenciais e sociais situados no vértice do ordenamento. (GONDINHO, 2001, p. 138)*

Assim, temos que a intervenção da autonomia da vontade da modelação dos tipos de natureza real deve compatibilizar-se não somente com os limites modulares do próprio tipo, traçados pelo legislador que o descreveu mas, também, com as normas de ordem pública que permeiam o nosso ordenamento e, principalmente, com o princípio constitucional da função social da propriedade que exige que a situação real conviva em harmonia com valores existenciais, não patrimoniais, e que são expressão da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil.

## 2.4 – O Direito Social à Moradia

Anote-se que, uma vez signatário do Pacto Internacional de Direitos Políticos Sociais e Econômicos, que já consagrava a moradia como um direito fundamental à realização da dignidade da pessoa humana, terminou o Brasil por erigi-la ao *status* de direito constitucional.

A alteração na Lei Maior brasileira deu-se por meio da Emenda Constitucional de nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação de seu art. 6º.

Tem-se, portanto, a moradia como um direito fundamental de cunho social, juntamente com a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, etc.

Muito mais que um direito de todo e qualquer cidadão, passa a moradia a ser uma importante diretriz a orientar o Poder Público para implementação de políticas aptas a assegurarem esse direito.

Na verdade, não era a moradia alheia à Constituição da República brasileira anteriormente à publicação da Emenda Constitucional 26.

A carta magna com ela já se preocupava. Veja-se, a título de exemplo, os textos de seu artigo 7º, inciso IV e artigo 23, IX:

*"Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.*

...

*IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*

..."

*"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

...

*IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico".*

Deve o poder público, por isso mesmo, pautar-se nos mandamentos constitucionais. É dever do Estado possibilitar condições mínimas de moradia a toda população, possibilitando a ela um teto, um porto seguro, onde possa estabelecer e manter condições, mesmo que mínimas, de uma vida digna.

## 3 CONCLUSÃO

Como visto, o inchaço populacional das cidades, verificado ao longo dos tempos, se fez em boa medida com a informalidade na ocupação do solo, em boas medidas.

Ocorre que o Estado Brasileiro, definido como Estado Democrático de Direito, fez-se sob o princípio da dignidade da pessoa humana, que determina que o ser humano há de ser percebido e tratado como um fim em si mesmo, razão pela qual exige-se que sejam pensados mecanismos capazes de proteger essa dignidade, mas, também, promovê-la.

A Lei Ordinária Federal nº 11.977/09, ao prever os procedimentos de Regularização Fundiária, contemplou mecanismo de legitimar a situação jurídica do cidadão que ocupa o solo urbano.

E ao assim fazer, a Lei Federal nº 11.977/09 acaba por contemplar um mecanismo capaz de realizar a dignidade da pessoa humana pois, garante a regularização de ocupações urbanas irregulares, titularizando os ocupantes.

Sem sombra de dúvidas, ao assim permitir, a Lei Federal 11.977/09 favorece a dignidade da pessoa humana, pois permite uma legítima vinculação do ocupante ao solo urbano, que poderá dar a ele uma legítima finalidade, inclusive para fins de moradia, o que também acaba por significar o respeito à função social da propriedade.

Em última e não técnica palavra, trata-se de instrumento capaz de possibilitar uma efetiva melhora de condições de vida da

população, embora tenhamos o entendimento de que a imediata realização do procedimento de regularização fundiária exija melhores considerações, que fogem ao âmbito do presente trabalho, dadas a impossibilidade da Administração Pública de atender, em tese, a todas as demandas e exigências que lhe são impostas.

#### 4 REFERÊNCIAS

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *Sobre a dignidade da pessoa*. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 213-229.

ARENDRT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999. 344p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.9, p.3-24, jan/mar. 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327p.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 355p.

BRASIL. *Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm) > Acesso em 5 mai. 2013.

BRASIL. *Lei 11.977, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm) > Acesso em 5 mai. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 5 mai. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838p.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. *Função social da propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. *Direitos Reais e Autonomia da Vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010 – Resultado do Universo*. Tabela - População residente, por situação do domicílio e sexo, segundo os grupos de idade - Brasil - 2010. Disponível em < [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_da\\_populacao/caracteristicas\\_da\\_populacao\\_tab\\_pdf.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/caracteristicas_da_populacao_tab_pdf.shtm) >. Acesso em 5 mai. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010 – Resultado do Universo*. Tabela - Domicílios particulares ocupados e população residente em domicílios particulares ocupados, total e em aglomerados subnormais, e número de aglomerados subnormais, segundo as Grandes Regiões, as Unidades da Federação e os municípios - 2010. Disponível em < [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados\\_subnormais/aglomerados\\_subnormais\\_tab\\_pdf.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/aglomerados_subnormais_tab_pdf.shtm) >. Acesso em 5 mai. 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002. 117p.

MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356p.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.219, p.237-251, jan-mar. 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, assinada em 26 de junho de 1945. Disponível em < [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php) > Acesso em 10 dez. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267-291

ZANARDI, Teodoro Adriano. *Propriedade e posse sob a perspectiva da função social*. 2003. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

#### NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito pela PUC Minas; Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas; Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado. Professor do Centro Universitário Newton Paiva

2 Censo, conforme definição de Aurélio Buarque de Holanda, é “o conjunto dos dados estatísticos dos habitantes de uma cidade, província, estado, nação, etc., com todas as suas características”. Segundo informação pres-

tada pelo IBGE em seu endereço eletrônico ([www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)), "os censos populacionais constituem a única fonte de informação sobre a situação de vida da população nos municípios e localidades. As realidades locais, rurais ou urbanas, dependem dos censos para serem conhecidas e atualizadas".

3 Informação disponível no endereço eletrônico <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/>  
[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_da\\_populacao/caracteristicas\\_da\\_populacao\\_tab\\_pdf.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/caracteristicas_da_populacao_tab_pdf.shtm)> Acesso em 05 mai. 2013.

4 Informação disponível no endereço eletrônico <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados\\_subnormais/default\\_aglomerados\\_subnormais.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/default_aglomerados_subnormais.shtm)> Acesso em 05 mai. 2013.

5 Parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo.

6 Segundo a Lei 11.977/09, a aprovação exigida corresponde ao licenciamento urbanístico do projeto de regularização fundiária de interesse social, bem como ao licenciamento ambiental, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado. E, caso o projeto abranja área de Unidade de Preservação de Uso Sustentável (assim entendida aquela cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais), será exigida também a anuência do órgão gestor da unidade.

7 Art. 3o Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Parágrafo único - Não será permitido o parcelamento do solo:

- I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;
- II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;
- III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;
- IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;
- V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

8 A respeito das várias previsões legislativas acerca da dignidade da pessoa humana, ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.219, p.237-251, jan-mar. 2000.

9 A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. Assim consta do preâmbulo de referida carta: "Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra,

que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos, resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas".

10 Gláucia Retamozo Alves (2002, p. 215-218) fala da concepção hobbesiana de pessoa, para quem esta última seria definida em razão de seu papel social, o que atualmente poderia ser denominado de "identidade estatutária". Segundo Alves, essa forma de se conceber a pessoa apresenta forte resquício medieval, já que a pessoa é vista como um ator social. Além do mais, "atenta contra a dignidade humana, à medida em que impede o homem de se desenvolver na sua plenitude, como que amputando sua dimensão íntima, sua identidade pessoal, que é substituída pela identidade estatutária".

11 Os textos originais das constituições de diversos países, dentre os quais os aqui mencionados, podem ser acessados através do endereço eletrônico <<https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>>.

12 "É através dessas faculdades que o titular da propriedade pode obter as vantagens econômicas decorrentes da situação proprietária". (GONDINHO, 2001, p. 140)

13 Contra essa orientação tem-se André Pinto da Rocha Osorio Gondinho (2000) e José Afonso da Silva (1997), para quem a função social integra a própria estrutura do direito de propriedade.

14 Comungamos do entendimento de César Fiuza (2004), para quem a propriedade constitui uma relação jurídica dinâmica, na qual se vislumbra direitos e deveres, tanto do titular quanto dos não titulares. Dessa forma, a função social da propriedade apresenta-se como fundamento dos direitos dos não titulares e dos deveres do titular do direito real. Retira-se, assim, a atenção da figura do proprietário, para se afirmar que também os não titulares possuem direitos. Nunca é demais lembrar que, a todo momento, conforme enunciado legal (artigo 1.228 do Código Civil em vigor e artigo 524 da lei revogada), chama-se a atenção somente para os poderes do proprietário.

15 O Código Civil em vigor (Lei 10.406/2002), muito embora não tenha se

referido expressamente à função social da propriedade, inovou na legislação infraconstitucional, determinando que a propriedade deve ser exercida em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados, conforme determinado por lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Esse o texto do §1º do artigo 1.228. Ao nosso ver, o legislador apresentou-se tímido ao enunciar o interesse social no trato da propriedade. Poderia ter sido mais ousado, fazendo expressa referência à função social da propriedade e à necessidade de sua compatibilização com situação jurídicas existenciais, respeitada a dignidade da pessoa humana.

16 E aqui se pode falar em função social da situação real, posto que a propriedade é o direito real por excelência, dela derivando os demais direitos reais possíveis.

17 Não é possível, portanto, que se promova, no que concerne à propriedade, uma leitura da Constituição à luz do Código Civil. Exige-se, sim, que o Código Civil seja lido à luz da Constituição, para que se consiga compreender os caracteres, conteúdos e extensão do tipo proprietário.

# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO JUIZ NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, DIANTE DA MANIFESTAÇÃO DE VOTO DOS CREDORES

Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade<sup>1</sup>

André Pablo dos Santos Crescêncio<sup>2</sup>

Brenda Lima Costa<sup>3</sup>

Rodrigo Vaz Mendes Sampaio<sup>4</sup>

RESUMO: A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei nº 11.101/2005) criou um novo instituto - recuperação judicial e extrajudicial - para combater a falência do empresário, estabelecendo como regra a necessidade de adesão volitiva dos credores ao projeto apresentado pelo devedor. O presente ensaio buscará analisar o papel do juiz na concessão do benefício da recuperação judicial ordinária, diante da declaração de vontade externada pelos credores, mostrando a importância de o intérprete da lei identificar casuisticamente eventual abuso na manifestação de direito de voto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Empresarial; recuperação judicial ordinária; papel do juiz; manifestação de voto pelos credores.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Empresarial

---

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho em tela apresenta como tema de estudo o sistema legal de concessão do benefício da recuperação judicial ordinária, abordando a função reservada ao juiz e a declaração de voto manifestada pelos credores.

Entre a concordata e a recuperação houve uma profunda alteração no mecanismo de prevenção da falência do empresário, tendo o legislador modificado consideravelmente a maneira de atuação do devedor, dos credores e do juiz, no que diz respeito ao enfrentamento desse problema.

O sistema do Decreto-Lei nº 7.661/1945 adotava um critério potestativo, permitindo ao comerciante a faculdade de usar o benefício independentemente da convergência de vontade dos credores. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, aboliu-se a concordata e criou-se o instituto da recuperação, exigindo o legislador que esta medida fosse deferida mediante a obrigatória adesão (tácita ou expressa) dos credores ao projeto apresentado pelo devedor, com exceção do plano especial de recuperação, que continua tendo natureza potestativa.

Apesar de o critério da Lei nº 11.101/2005 ser definido com clareza, embora a interpretação inicial da questão, por parte da doutrina e dos tribunais, tenha sido feita no sentido proposto na legislação, a compreensão do problema parece ganhar novos rumos, diante da recente posição que estão adotando o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça, bem assim

em decorrência dos enunciados 44, 45, 46 e 57, criados pelo Conselho da Justiça Federal, na 1ª Jornada de Direito Comercial, realizada em final de 2012.

Tentar-se-á, então, sugerir critério(s) para interpretação da questão objeto de análise, visando à busca da segurança jurídica que deve existir na concessão da recuperação judicial ordinária.

## 2 O PAPEL DO JUIZ NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ORDINÁRIA VERSUS A MANIFESTAÇÃO DE VOTO DOS CREDORES

Desde a entrada em vigor do Código Comercial de 1850, por meio do qual se instituiu a concordata suspensiva, passando pelo Decreto nº 917/1890, que introduziu a concordata preventiva, com as posteriores modificações legislativas que vieram, notadamente pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, o instrumento legal que o devedor comerciante<sup>5</sup> possuía para evitar a falência ou contornar os efeitos da quebra decretada não era eficiente. Careciam os atores que gravitavam entorno da atividade empresarial de medida protetiva adequada à salvaguarda de seus interesses.

A concordata (denominada como "favor legal" por muitos), em ambas as modalidades, apresentava o problema da ausência de concordância prévia dos credores, a limitação de extensão aos quirografários e a restrição a poucos meios de enfrentamento da crise: moratória, desconto e parcelamento. Fora isso, havia o rigor formal e processual que dificultava ou obstava o acesso ao instituto.

Durante anos e anos seguidos a literatura jurídica brasileira clamava por mudança no direito concursal pátrio, como sintetiza BEZERRA FILHO<sup>6</sup> na introdução de seus comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Para satisfação de todos nós brasileiros, em 1993, foi iniciada a tramitação do Projeto de Lei nº 4.376, que originou posteriormente a Lei nº 11.101/2005, cujo principal objetivo foi proteger a atividade empresarial da crise econômico-financeira, modernizando a falência e criando o novel instituto da recuperação.

O “favor legal” da concordata deu lugar ao “contrato” de recuperação judicial<sup>7</sup>, benefício agora outorgado ao empresário mediante negociação prévia e aquiescência obrigatória dos credores.

A respeito dessa natureza contratual da recuperação, veja-se a lição de CAMPINHO<sup>8</sup>:

*Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para a sua implementação.*

Não é outro o entendimento de MARZAGÃO<sup>9</sup>, para quem:

*a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado no século passado, e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que, a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembléia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor.*

A inserção do caráter contratual na recuperação judicial ordinária estabelece a necessidade de negociação entre as partes, fato que acaba multiplicando a possibilidade de superação do estado de crise econômico-financeira do devedor, princípio orientador do instituto, como definido pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, que assim dispõe:

*Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

A solidariedade e a contratualidade existentes no novel insti-

tuto difere-se da potestatividade e da restrição de extensão previstas na concordata<sup>10</sup>, característica que provoca a seguinte indagação: qual deverá ser o papel do juiz na presidência do feito da ação de recuperação judicial ordinária, diante desse caráter contratual do instituto? A resposta não é simples, advirta-se, desde logo.

Veja-se, inicialmente, o que prevê a legislação concursal em vigor, para depois, passar-se pela literatura jurídica e jurisprudência sobre o ponto de reflexão.

Na ação de recuperação judicial, o legislador concursal exigiu (artigo 48) que o empresário, somente ele, seja o autor do pedido, que tome a iniciativa de salvar, da falência, a empresa explorada, mediante a propositura de um plano de reestruturação perante os seus credores. O empresário deve apresentar o plano de recuperação judicial ordinário dentro do prazo assinalado pela lei (artigo 53), para que os credores o analisem e o aprovem (artigo 55).

Havendo alguma objeção (artigo 56) quanto ao plano de recuperação judicial ordinário apresentado pelo empresário, deverá ser convocada a assembléia geral de credores (artigos 35 e seguintes), para as partes envolvidas no processo de recuperação judicial – devedor e credores – dialogarem e construir o projeto de reestruturação da empresa.

Visando a potencializar a solidariedade que deve prevalecer entre as partes, o legislador estabeleceu, no artigo 45, um quórum qualificado para aprovação do plano de recuperação judicial ordinário, exigindo que todas as classes de credores aprovem concomitantemente o projeto em debate, determinando, ainda, que, na classe dos credores trabalhistas, essa deliberação seja tomada por maioria *per capita* e, nas outras duas classes, a maioria seja por cabeça e também econômica.

Embora seja necessária a existência de solidariedade entre os atores que gravitam entorno da empresa em crise, por causa da importância da proteção dos interesses coletivos que ali co-orbitam, não se pode olvidar o caráter contratual do plano de recuperação judicial e a autonomia da vontade privada do credor sobre seu o direito patrimonial disponível. Noutras palavras, mesmo que se tenha criado um instituto baseado na distribuição racional e equitativa do prejuízo entre os envolvidos na ação de recuperação judicial, a liberdade associativa prevista no art. 5º, inciso XX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impede seja a parte (qualquer uma delas) obrigada a aceitar a contratação do plano ou a sua rejeição. Na prática, os interesses individuais das partes – devedor e credores – não se convergem, necessariamente, quando se debate um plano de recuperação.

Sobre este ponto, importantíssima a opinião de SATIRO<sup>11</sup>:

*O simples fato de os credores submetidos constituírem uma comunhão não significa que eles tenham, de fato, interesses alinhados. A comunhão é*

*criada pela LRF em abstrato. Concretamente, cada credor deliberará na exata medida de seu interesse individual, desde que legítimo. É nesse ponto que o exercício de voto de cada credor na AGC se afasta do caso aparentemente similar dos sócios das S/As nas AGO/Es.*

Os credores analisarão o plano de recuperação judicial ordinário apresentado pelo empresário, levando em conta o seu legítimo interesse individual de receber o crédito que lhes é devido e, se for possível do ponto de vista econômico e financeiro, pensando também na manutenção da empresa em funcionamento. Não é preciso muito esforço de raciocínio para constatar-se que o credor não estará mais preocupado com a preservação do empresário e da atividade por este exercida, do que em receber o próprio crédito, já que ali o credor está exercendo a autonomia da vontade privada sobre seu direito patrimonial disponível, repita-se. Esses interesses, muitas vezes antagônicos e distantes entre si no caso concreto, deverão ser confrontados na construção e debate sobre o projeto.

Seguindo o princípio constitucional da liberdade associativa, a novel lei de recuperação de empresas estabeleceu que a deliberação dos credores sobre o plano de recuperação será soberana, não cabendo ao juiz o papel de examinar o conteúdo econômico-financeiro do projeto, conforme previsto no artigo 58, adiante transcrito:

*Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.*

A única possibilidade legal de interferência do juiz sobre a decisão dos credores na recuperação judicial ordinária é prevista pelo próprio artigo 58 da Lei nº 11.101/2005, acerca da qual assim se manifesta NEGRÃO<sup>12</sup>:

*Esta terceira via é denominada por Alberto Camiña Moreira cram down brasileiro, por assemelhar-se ao instrumento norte-americano previsto no § 1129 Bankruptcy Code. A opção foi cunhada pela doutrina do país do norte para regular o ato de "o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria".*

Sobre esse permissivo legal do cram down, valioso acrescentar as palavras de PERIN JÚNIOR<sup>13</sup>:

*Esse mecanismo, criado pelo direito norte-americano, como salienta Fábio Ulhoa Coelho, tem reve-*

*lado que tanto devedor como credores procuram evitar a imposição judicial da revisão da obrigação (cram down), empenhando-se realmente em encontrar uma saída negociada para a crise que afeta os interesses de ambos.*

*Neste modelo tenta-se criar as condições de uma barganha estruturada entre devedores e credores, com o objetivo de maximizar o valor da empresa por meio da adoção pela gerência (administração) da empresa, que tem de ser aprovado por maioria de cada uma das classes de credores.*

Como visto acima, a Lei nº 11.101/2005 estabeleceu um critério contratual de aprovação de plano de recuperação, guiado pela pedra angular do artigo 47, mas pautado na liberdade de manifestação de voto por parte do credor, fundada na autonomia da vontade privada. Em função disso, percebe-se tocar ao juiz a verificação da legalidade do processo e do plano de recuperação, sendo-lhe vedado o exame do mérito econômico e financeiro do projeto e proibida a análise quanto à qualidade do voto proferido pelo credor.

Quando foi iniciada a interpretação e aplicação dessa regra, parecia haver, tanto na doutrina como nos tribunais pátrios, uma posição consensual, embora não unânime, de que o juiz seria apenas o "guardião da legalidade" na ação de recuperação judicial ordinária.

A título exemplificativo desse posicionamento, cite-se o julgamento promovido na ação de recuperação da Bombril Holding S/A<sup>14</sup>, nos autos do agravo de instrumento nº 460.339.4/7, originário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Relator Desembargador Lino Machado e o Desembargador Romeu Ricúpero assim se manifestaram:

*Voto do Relator:*

*O plano de recuperação aprovado pelos credores, na falta de comprovação de nulidade, deve ser homologado pelo juiz, ao qual não cabe interferir no seu conteúdo (art. 58, caput, da NLF).*

*Declaração de voto Des. Romeu Ricupero.*

*Quis o legislador, com isso, em clara disposição contrária ao que dispunha o Decreto-Lei n.º 7.661/45, diminuir o campo de atuação, na recuperação judicial, tanto do juiz, quanto do promotor de justiça. [...] ainda que não se queira concordar com a posição que defende uma atuação minimalista do Ministério Público, [...] há de se concordar que a fiscalização não pode ir além, no plano de ordem material, ou do exame da violação dos requisitos legais para a recuperação [...], ou do exame*

*de fraude à lei ou abuso de direito, quer por parte do devedor, quer dos credores, ou de acordos contrários à lei, à moral, aos bons costumes, à boa-fé objetiva, ao interesse público etc.*<sup>15</sup>

Essa posição é convergente com o entendimento de MUNHOZ<sup>16</sup>, para quem:

*Não cabe ao juiz, portanto, nenhuma margem de discricionariedade a respeito da matéria ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a este aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmem ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos Juízos de legalidade. Assim, uma vez preenchidos os requisitos da Lei, que nesse aspecto não adota nenhuma cláusula aberta ou conceito indeterminado, cumpre ao juiz conceder a recuperação se, por outro lado, não se configurar em tal hipótese, cabe ao juiz decretar a falência.*

Tudo parecia caminhar para a consolidação do entendimento de que a assembléia geral de credores poderia tomar, de forma soberana, a decisão sobre o plano de recuperação de judicial ordinário, sem caber ao judiciário entrar no exame do conteúdo do projeto e/ou sobre a qualidade do voto dos credores.

Todavia, em 28 de fevereiro de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do agravo instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, envolvendo a Cerâmica Gytoku Ltda.<sup>17</sup>, houve por bem alterar essa posição, para manifestar-se da seguinte maneira:

*Plano aprovado pela assembleia de credores prevendo pagamento do passivo em 18 anos. Pagamento antecipado de menores credores, instituindo conflitos de interesses entre credores da mesma classe. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores após os pagamentos do 18º ano. Violação de princípios gerais do direito – princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, e em especial do princípio da pars conditio creditorum e normas de ordem pública. Determinação de apresentação de outro plano a ser submetido à assembleia de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência. Voto do Relator:*

*Cumprer ressaltar que incide-se em grave equívoco quando se afirma, de forma singela e como se fosse um valor absoluto, a soberania da Assembleia-*

*-Geral de Credores, pois, como ensinaram Sócrates e Platão, as leis é que são soberanas, não os homens. Aristóteles, na Ética a Nicômano, fortaleceu a concepção de soberania da lei, harmonizando a idéia de justiça e equidade.*<sup>18</sup>

Aumentando a expectativa de que esse posicionamento será adotado largamente em muitos casos daqui para frente, no final de 2012, o Conselho da Justiça Federal, na 1ª Jornada de Direito Comercial, sob a coordenação científica do Professor Paulo Penalva Santos, que ficou responsável pelo Capítulo intitulado Crise da Empresa: Falência e Recuperação (Enunciados de n. 42 a 57), aprovou quatro enunciados sobre a questão objeto deste artigo, que seguem abaixo citados:

44. *A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.*

45. *O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.*

46. *Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.*

57. *O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.*

Segundo se percebe das recentes lições doutrinárias e precedentes trazidos à baila, a soberania da assembléia de credores está longe de ser um dogma absoluto, devendo o magistrado estar atendo a abusos manifestados no exercício de direito de voto pelos credores.

Mas, então, como interpretar essa questão? Existe diretriz que possa nortear o trabalho do juiz, neste aspecto? Por exemplo, a fixação de um prazo de carência muito longo, o refinanciamento da dívida a perder de vista, a inclusão de encargos baixos ou inexistentes, o recebimento do crédito estar condicionado ao desempenho da empresa pós-plano de recuperação, são motivos que provocariam a anulabilidade da decisão dos credores aprovadora do plano? Como e quando deve o judiciário interferir na decisão autônoma e livre do credor de querer, ou não, aceitar a oferta de contratar um plano de recuperação ordinário apresentado pelo



empresário? Isso não representaria ofensa do direito à liberdade de associação, violação à autonomia da vontade privada? Infelizmente, não há como solucionar esses problemas abstratamente, devendo as respostas serem apresentadas somente diante do exame cuidadoso dos casos concretos, a partir da confrontação do fato com o disposto na lei concursal e demais normas legais e constitucionais.

Sobre o papel do juiz na solução desse problema hermenêutico, veja-se a opinião de LOBO<sup>19</sup>:

*No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembléia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o 'sacrifício' de determinado fim se indispensável ao saneamento da empresa ou o 'sacrifício' parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são 'procedimentos de sacrifício' que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores.*

*Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na 'ponderação de princípios' – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, através do 'teorema de colisão' de Alexy, para o qual diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois 'possuem uma dimensão de peso', verificável caso a caso.*

*Por isso, aos que sustentam ser a função do magistrado na ação de recuperação judicial de empresa simplesmente formal, o que o transformaria em mero homologador das deliberações da assembléia geral de credores, respondo que o juiz, no processo de reorganização da empresa, exerce, em toda a sua plenitude, poderes de caráter jurisdicional ou 'poderes-fim', 'poderes-meio' ou 'instrumentais' e 'poderes administrativos' [...]."*

*Destarte, se o plano de recuperação ofende o ordenamento jurídico deve ser combatido pelo Poder Judiciário, não podendo subsistir a aprovação do mesmo. Sendo a matéria relacionada a normas de conte-*

*údo econômico é necessária que haja uma mudança de mentalidade no exercício da atividade jurisdicional, menos formalista e abstrata. Como não há uma posição jurisprudencial, tampouco legal, definida a esse respeito, o ideal é dar ampla margem de discricionariedade ao magistrado haja vista que a economia e o mercado continuam em funcionamento e clamam por respostas.*

Segundo demonstra o citado Autor, a interpretação do tema-problema apresentado neste ensaio – papel do juiz na concessão do benefício da recuperação, diante da manifestação de voto dos credores – deve ser material e não formal, impondo-se ao magistrado exercer o controle de legalidade sobre o processo de recuperação judicial, acerca do projeto de reestruturação e da declaração de vontade dos credores.

#### 4 CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, é possível afirmar que o critério para diferenciar as hipóteses em que o juiz pode (ou não) analisar o conteúdo do plano de recuperação aprovado (tacitamente ou em assembléia) pelos credores e a manifestação de voto destes não está claramente descrito em lei, na medida em que a redação do texto normativo (art. 58 da Lei 11.101/2005) indica que a decisão dos credores sobre o projeto do devedor é soberana.

Essa falta de parâmetro para conduzir a atuação do juiz cria uma elevada dose de discricionariedade para o magistrado e retira a segurança jurídica (previsibilidade de decisões) que deve existir em situações como essa.

Consequentemente, resta ao intérprete identificar casuisticamente se está comprovado na hipótese em análise a presença de eventual abuso na manifestação de direito de voto dos credores, perquirindo se foi extrapolado o mero exercício da autonomia da vontade privada sobre o destino de direitos patrimoniais disponíveis, com o objetivo deliberado de desprestigiar a preservação da atividade economicamente viável exercida pelo empresário. At *last, but not least*, convém acrescentar que esta atividade interpretativa jamais poderá presumir a ocorrência de abuso por parte do credor, impondo-se a prova da violação dos princípios acima delineados.

#### 5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*: comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Brasília: Presidência da República, 2005.

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

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 4ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

ENUNCIADOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Cod/Enunciados%20a%20providos%20na%20Jornada%20de%20Direito%20Comercial.pdf>. Acesso em: 09.05.2013.

LOBO, Jorge Joaquim. *Comentários aos artigos 35 a 69 da lei de recuperação de empresas e falência*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Org.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa*. Rio de Janeiro, Revista Forense. v. 379, p. 119/131, mai-jun 2005.

MARZAGÃO, Lúcia Valério. *A recuperação judicial*. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.) *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários aos artigos 55 a 69*. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, páginas 284.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial & de empresa - recuperação de empresa e falência*. v.3. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

PERIN JÚNIOR, Ecio. *Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2011, 4ª edição.

ZANINI, Carlos Klein. *In Interface entre judiciário e assembleia de credores: revisibilidade das decisões dos credores pelo judiciário*. Direito Brasileiro e Legislação Comparada. Palestra proferida no IV Congresso TMA Brasil de *Reestruturação e Recuperação de Empresas Perspectivas atuais e mudanças*, ocorrido em São Paulo, em outubro de 2012.

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Empresarial. Professor de Direito Empresarial do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Societário e LLM em Direito Corporativo do IBMEC. Coordenador da Comissão de Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP-MG). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GPEM) do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado, sócio do escritório Monteiro de Andrade e Diniz Advogados Associados.

2 Aluno do 7º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GPEM) do Centro Universitário Newton Paiva.

3 Aluna do 7º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Monitora da Disciplina Direito Empresarial e do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GPEM) do Centro Universitário Newton Paiva.

4 Aluno do 7º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial (GPEM) do Centro Universitário Newton Paiva.

5 Ainda não havia sido inserida no ordenamento jurídico brasileiro a "Teoria da Empresa" dos italianos, norma positivada pelo artigo 966 do Código Civil de 2002.

6 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, páginas 34/41.

7 Para efeito de desenvolvimento de raciocínio, será considerada neste artigo apenas a recuperação judicial ordinária, excluindo-se do objeto destes comentários o exame da recuperação judicial especial, prevista nos artigos 70 e seguintes da nova lei, dada sua potestividade, que a difere do modelo ordinário e a assemelha à concordata. Também não será abordada aqui a recuperação extrajudicial, uma vez que o objetivo do trabalho em epígrafe é examinar o papel do juiz na concessão do benefício.

8 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, páginas 12/13.

9 MARZAGÃO, Lúcia Valério. *A recuperação judicial*. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.) *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, página 93.

10 E na recuperação judicial especial, como dito alhures.

11 SATIRO, Francisco. *Autonomia dos credores na aprovação do plano de Recuperação Judicial*. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). *Direito Empresarial e Outros estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, página. 108.

12 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa - recu-*

peração de empresas e falência. Volume 3. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, página 211.

13 PERIN JÚNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2011, 4ª edição, página 381.

14 Citado por CARLOS KLEIN ZANINI, in Interface entre judiciário e assembleia de credores: revisibilidade das decisões dos credores pelo judiciário. Direito Brasileiro e Legislação Comparada. Palestra proferida no IV Congresso TMA Brasil de Reestruturação e Recuperação de Empresas Perspectivas atuais e mudanças, ocorrido em São Paulo, em outubro de 2012.

15 No mesmo sentido, veja-se o seguinte julgado: RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. "PLANO" DE RECUPERAÇÃO APROVADO PELA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES. OBJEÇÃO DE UM CREDOR, QUE ENTENDE TER SIDO PREJUDICADO. Nos precisos termos do caput artigo 58 da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, é à assembleia geral de credores que cabe o exame da conveniência e oportunidade da aprovação do "Plano", em decisão soberana, incumbindo ao magistrado tão somente o exame do cumprimento das formalidades previstas no artigo 45 da mesma lei. Não competia ao juiz, portanto na decisão que homologou o "Plano", examinar as objeções apresentadas, por ser isso matéria de exclusiva competência da assembleia geral. Inexiste, pois, qualquer nulidade do julgado. Recurso desprovido. (TJ/RJ - Agravo de Instrumento n. 2009.002.45839. Relator: Desembargador Sérgio Lucio de Oliveira e Cruz. Julgado em 26/01/2010).

16MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, página 284.

17 Idem nota 12.

18 No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp. nº 1.314.209, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgamento ocorrido em 22.05.2012).

19 LOBO, Jorge Joaquim. Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação de empresa. Rio de Janeiro, Revista Forense. v. 379, p. 119/131, mai-jun 2005.

# BIOPOLÍTICA E FORMAÇÃO DO ESTADO SOBERANO: REFLEXÃO A PARTIR DO EXEMPLO DO ESTADO PORTUGUÊS

Igor de Matos Monteiro<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo busca a descrição, de maneira crítica e analítica, das características da formação do Estado Monárquico português, com base em fatos históricos ocorridos entre meados e o final do século XIV, sob os contornos do reinado de Afonso IV e da revolução de Avis, passando pela disposição das características do sistema administrativo do “principado patrimonialista”, pela afirmação da aristocracia comercial, pela comparação entre elementos que se identificam com a biopolítica Foucaultiana e os reflexos sociais, econômicos e políticos provocados pela pandemia provocada pela peste bubônica.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimonialismo, Communitas, Biopolítica, Soberania.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

---

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão biopolítica, tema que motivou a escrita de diversas obras por Michel Foucault, a partir do final da década de 1970, foi objeto de estudo sequenciado por diversas referências acadêmicas, com destaque para Roberto Esposito, Giorgio Agambem, dentre outros, que se preocuparam com a produção de críticas, notadamente pragmáticas e descritivas, dos elementos propostos, não de maneira originária, por Foucault em 1979 com a publicação do livro o “Nascimento da Biopolítica”<sup>2</sup>. Não raro os autores retromencionados partem de exemplos concretos para tecer considerações de ordem prática sobre a influência do “bios”, na conformação histórica das sociedades políticas.

O presente artigo não se aparta do relato anterior, valendo-se do arrimo ofertado pela valiosa obra de Raymundo Faoro (2000), denominada “Os donos do poder”, da qual se destaca a passagem que descreve os meandros da formação da Dinastia de Avis, entre os sécs. XIV e XVI. Faoro desembaraça o modo como as classes sociais burguesa, aristocrata rural e aristocrata urbana contribuíram para a consumação dos desígnios da Monarquia patrimonial portuguesa, enfatizando principalmente os aspectos da estrutura administrativa do Poder e da apropriação da coisa pública pelo particular.

A reflexão ora proposta, busca a análise da biopolítica em uma pequena parte do latifúndio extremamente fértil que é a obra de Faoro, tomando como referência os significativos reflexos que a peste bubônica exerceu sobre a formação do poder soberano e a composição das classes sociais apontadas, tendo promovido, a título de exemplificação, uma catarse nas relações de propriedade das terras e no tratamento da mão de obra, elementos de ponta que influenciaram diretamente a revolução que provocou a mudança da Dinastia em Portugal.

## 2 ESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Portugal, a partir de 1348. A incipiente administração pública monárquica identificou na relação mutualística com os servidores reais, originários da classe aristocrata comercial, a direção a ser seguida para criar uma alternativa em face do crescimento da aristocracia rural. No período havia duas espécies de principado, o feudal e o patrimonial. O primeiro se caracterizava pela necessária delimitação dos direitos, obrigações e privilégios, enquanto que o segundo se caracterizava pela constante apropriação das coisas públicas e privadas pelo monarca, que se elevava sobre os súditos como senhor da riqueza territorial e comercial.

O segundo modelo inclinou em melhor sorte, em princípio, por conta da limitada extensão territorial, que determinava a divisão da propriedade das terras entre os monarcas, os aristocratas rurais e a Igreja, ao mesmo tempo em que a posição geográfica privilegiada do país estimulava a vocação comercial marítima e as grandes navegações. Naturalmente ocorreu a aproximação entre a monarquia e a aristocracia comercial (burguesia), atraída pela concessão de cargos reais e convites para participação no corpo administrativo do reinado.

Nas palavras de Faoro (2000, p. 38), os servidores estimularam o surgimento de uma categoria dos auxiliares do príncipe, numa rede patriarcal na qual eles representam a extensão da autoridade do soberano frente aos súditos, compondo uma nobreza própria, muitas das vezes mais importante do que a nobreza territorial feudal.

O inevitável recrudescimento da burguesia comercial durante as décadas seguintes estimularia o aumento da centralização do poder nas mãos do monarca, estimulando e permitindo com que o Estado se responsabilizasse por dirigir, autorizar, estimu-

lar e realizar diversas funções, sobretudo as de controle sobre as atividades econômicas e o financiamento do projeto de expansão marítima sob as vestes do capitalismo político<sup>3</sup>.

A relação de interdependência se desenvolve a partir da oferta do ingresso dos particulares na estrutura real, por meio da concessão de títulos de nobreza, ponto de destaque e distinção social que caracterizou o Estado Português.

Em meio ao cenário descrito, o comércio da zona costeira começou a se firmar e a se fortalecer como a principal prática econômica do país, sobretudo por ser uma atividade sistematicamente dependente da força da mão de obra daquelas pessoas alijadas das propriedades agrícolas, que enxergaram novas oportunidades nas zonas urbanas. O fenômeno acelerou o crescimento e a concentração populacional nessa faixa do território e, junto dele, incrementou a exploração das diferentes relações entre o poder soberano e as classes econômicas de orientação feudal e patrimonial.

O crescimento dos aglomerados urbanos desencadeou uma série de ocorrências, fenômenos às vezes não planejados, sequer imaginados, pela ausência de experimentação ou característica cultural. Além das questões políticas, sociais e econômicas, se destacaram questões de ordem ligadas à saúde pública. Especialistas apontam o crescimento populacional, facilitado pelo aumento do fluxo de estrangeiros, como uma das principais causas para o surgimento da peste bubônica na Europa, que tinha como principal vetor o rato preto indiano<sup>4</sup>. A peste negra dizimou aproximadamente um terço da população portuguesa, destroçou famílias, eliminou estirpes, deixou terras sem proprietários durante anos, inutilizadas pelo medo que pairava no meio ambiente, inclusive no ar que se respirava.

Faoro aponta as consequências da peste provocadas sobre a estrutura social e também do regime monárquico patrimonialista do país, relatando alterações nas relações de trabalho e de propriedade. Segundo o autor (FAORO, 2000, p. 47), "ao mesmo tempo em que diminuíra a oferta de mão de obra, as pessoas que se apossaram das terras agora sem herdeiros enriqueceram precariamente"<sup>5</sup>.

Referida situação de precariedade consolidou a situação em que os emergentes nobres, despreocupados com a continuidade da circulação da riqueza no sistema construído pelos seus antecessores, bem como com os danos que poderiam ser provocados pela escassez da mão de obra e que eles não poderiam calcular, se envaideceram ao ponto de terem feito a opção pelo gozo da ociosidade que lhes oferecia o novo posto social que alcançado, se recusando ao trabalho.

A revirada no status social foi de tal monta que estimulou a edição de normas circulares para refrear o ímpeto paradoxal dos novos abastados. Em 03 de julho de 1349 o rei Afonso IV, consi-

derando a indesejada mudança de comportamento daqueles que antes eram jornaleiros, trabalhadores rurais e sem propriedade, que fossem nomeados dois árbitros para repescar os homens que se beneficiaram pela nova condição, determinando-lhes que voltassem a praticar as atividades que antes exerciam, sujeitando-se aos preços que lhes seriam impostos sob pena de julgamento pelos juízes municipais e submissão ao pagamento de multas, açoitadas ao físico e taxaço de degredados em moral e fé.

### **3 A BIOPOLÍTICA NO PATRIMONIALISMO. O DESENVOLVIMENTO HETEROGÊNIO DA COMUNIDADE PORTUGUESA**

Roberto Esposito (2000, p. 9) esclarece e interpreta os estudos de Michel Foucault, na obra intitulada "Bios, Biopolítica e Filosofia" a respeito das diferentes formas de considerar a importância da Biopolítica para a compreensão da vida em comunidade. O autor associa a expressão com o desenvolvimento da sociedade, sob o ponto de vista da biologia, como a "forma de vida qualificada". Trata-se, segundo o autor mencionado:

*Do termo comumente usado para descrever a abordagem daqueles cientistas políticos que usam conceitos biológicos (em especial a teoria evolucionista darwiniana) e as técnicas de investigação biológica para estudar, explicar, prever e às vezes também prescrever o comportamento político (2000, p. 43).<sup>6</sup>*

Dois tipos de comunidades de consolidaram no período medieval retratado anteriormente. A primeira delas vinculava-se à aristocracia rural, detentora de terras, que se baseava no sistema político e econômico feudal, por sua vez orientado pela adoção de regras, fixação de garantias e de obrigações entre os senhores e seus súditos. A segunda vinculava-se à aristocracia comercial, cujo trato se iniciara no meio urbano, nas comunas, atraindo maior simpatia do monarca dada sua baixa dependência para com as terras locais, maior identificação com o projeto de expansão colonial e fácil associação de interesses, característica histórica de projeção do poderio e dominação reais.

A propriedade assumira uma configuração dupla. A primeira, de caráter ordinário, representava-se pela porção do solo que se encontra em mãos limitadas, que dificilmente sairiam do seio das pessoas que delas se apropriaram, geralmente transmitindo-se por laços de consanguinidade ou em razão de negociação financeira. A segunda, fruto da característica que impunha restrições à propriedade simultânea, afastou-se da porção de terra e recaiu sobre os cargos públicos, maneira cunhada para arregimentar apoiadores do Monarca, ampliando sobremaneira o número de apaniguados que poderiam ser favorecidos pela coisa pública, através da distribuição de cargos mediante uma relação de duplo favorecimento.

No contexto apresentado é possível observar a existência de duas comunidades com diferentes formatações (rural e comercial), mas com interesses comuns, de se valer das relações com o poder, que se identificava ou não com a própria aproximação do Estado, esse, por sua vez, visto como coordenador de facilidades.

A rural se desorganizou e se enfraqueceu por influência natural da pandemia. A comercial encorpou por conta do ambiente favorável anteriormente relatado e também por conta das melhores oportunidades de sobrevivência que se encontrava nas regiões urbanizadas. Apesar disso, uma preocupação lhes era comum, qual seja, não havia espaço para todos os se associarem a cada um desses grupos. Rompe-se o significado da comunidade.

Em nota prefacial à obra de Esposito, Alexandre Franco de Sá<sup>7</sup> (2000, p. IX) destaca que o autor analisa etimologicamente o sentido de *communitas* e *immunitas*. Extrai-se de ambas as palavras o termo *munus*, que pode ser traduzido: “tanto por cargo ou ofício como por dom, graça ou dádiva. Logo depois, associando os significados lexicais de cada palavra, Esposito atribui:

*à communitas o sentido de uma associação humana baseada na idéia de uma mútua pertença, através da partilha, pelos homens que a compõem, de uma dádiva recíproca a partir da qual se cimentasse a sua concórdia e relação. É como negação ou privação desta relação, ou do cum da communitas, que o conceito de immunitas emerge. E sua emergência marca, segundo Esposito, o próprio desenvolvimento da política moderna. Nela poder-se-á encontrar o aparecimento de uma associação humana não comunitária, cuja fonte se encontra não na gratuidade de uma dádiva recíproca, mas precisamente na impossibilitação de qualquer relação de gratuidade, isto é, no estabelecimento de uma relação contratual a partir da qual, não havendo nada de gratuito, cada um aceita sacrificar a sua liberdade individual originária em função da segurança ou, o que é o mesmo, da imunização da sua pessoa e da sua propriedade.*

A figura do Estado surgiu em meio a cenário de diferenciação entre os interesses comuns, em que soava clara a impossibilidade da oferta de espaço para a participação de todos os cidadãos numa comunidade de propósitos. Ainda assim o Estado se constituiu como ente responsável por obrigar os “não participantes”, aqueles desprovidos de elementos que lhes conferissem poder, a se associar, por meio da obediência a regras e normas direcionadas para o atendimento das necessidades dos “donos do poder”,

e, dessa maneira, propiciar a manutenção e a propagação da própria estrutura do poder constituído.

#### 4 AS BASES DA REVOLUÇÃO

Portugal, a partir de 1383. Por inesperada questão de sucessão hereditária<sup>8</sup>, o trono português foi ocupado pelo Mestre de Avis, mais tarde identificado como Dom João I, filho bastardo de Dom Fernando, que por sua vez fora sucessor de Afonso IV.

As comunidades rural e urbana estavam se delineando. Nas comunas litorâneas, a divisão de classes tomava corpo, diferenciando a realeza, a nobreza comercial (pouco numerosa), o clero e os súditos, em maior número e recebendo tratamento exploratório. Por outro lado, nos campos os grupos de interesses (donde não era tão evidente a divisão em classes) se homogeneizavam em razão da insatisfação contra as normas que prejudicavam a todos da mesma forma. Estavam criadas as bases da revolução.

O mestre Avis era membro de uma família prejudicada pela circular 3 expedida por Afonso IV, conforme relato anterior, que submeteu a penas das mais variadas aquelas pessoas que fossem “enquadradas” como populares que se beneficiaram pela desgraça provocada pela peste e que assumiram a propriedade das terras cujas famílias foram assoladas. Eis o estopim.

O sentimento de rejeição provocado pelas medidas reais na época da “peste” embeveceu a aristocracia rural, que enxergou a oportunidade de retomar espaço no poder, por meio da alçada de uma nova dinastia, conduzida por um correligionário.

*O povo, atirado por Álvaro Pais, que o fomentou com a falsa notícia de que o séquito da odiada rainha procurava matar o Mestre, acode de toda parte aclamando o novo líder. Estava deflagrada a rebelião, o tumulto, o saque – o campo sente os reflexos e acompanha Lisboa: os homens forçados ao trabalho com os salários tabelados acompanham a revolução, juntando a ela as achadas do seu ressentimento. (FAORO, 2000, p. 55)*

Ao arripio do que se esperava ser uma postura natural do novo monarca<sup>9</sup>, uma vez assumido o trono, a dinastia de Avis não se preocupou em melhorar a condições de vida do campesinato que o apoiou.

Agindo com argúcia, Dom João I e Álvaro Pais consideravam a aristocracia rural importante, porém desorganizada demais, ao ponto de apresentar sérios riscos à consolidação da nova dinastia no poder. Foram em busca da amálgama de interesses e ao encontro da aristocracia comercial. Somente a união de ambas as comunidades seria capaz de manter o novo reinado.

A estratégia adotada casou-se muito bem com a necessi-

dade de se procriar uma nova roupagem, a do aparelhamento do Estado, que fosse capaz de blindar o poder e impedir novas revoltas. Além dos que já existiam nas mãos dos aristocratas comerciais, novos cargos foram criados e ocupados estrategicamente pelos membros das famílias que possuíam grandes extensões de terra<sup>10</sup>. O patrimonialismo se encorpou agora estimulado pela união de forças entre os "donos do poder".

Para que fosse possível a realização da empreitada, surge uma nova figura comunitária, a do estamento, espécie de camada social sem a mesma amplitude que caracteriza as classes sociais, formada por interesses que não levam em conta medidas de referência necessariamente econômicas como os que caracterizam as classes, mas que constituem uma comunidade onde, conforme esclarece Faoro (2000, p. 61) "*os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo*"<sup>11</sup>.

Os estamentos foram de curial importância no aperfeiçoamento da administração patrimonialista, na medida em que dentro desses grupos se infundiam membros da aristocracia comercial e rural, que, numa relação de mutualismo, passaram a sustentar os interesses da monarquia, produzindo e recolhendo impostos, mas também se aproveitando das informações oficiais para direcionar a produção da própria riqueza, prestando serviços de interesse público com fins particulares.

Percebe-se que a origem embrionária da estratificação social portuguesa se iniciou a partir do século XIV, quando da opção, mesmo que destituída de naturalidade, do principado patrimonial, que foi alimentado, num curto espaço de tempo, por investidas de diferentes grupos de interesses, que se associaram após a alavanca, inesperada, de origem biológica, ocorrida pela disseminação da peste bubônica.

Diferentes comunidades se desenvolveram dentro do território português, dividindo a população em dois grandes grupos, sendo aquele formado pelos partícipes da corte e o outro formado pelos excluídos. O rei Afonso IV tentou imunizar a população que havia ingressado no primeiro grupo de uma forma taxada abrupta, oportuna e injusta, impondo regras que contrariaram o regozijo das terras apossadas, mesmo contrariando qualquer consideração histórica que pudesse promover a oportunidade da camada dos excluídos de também participar da divisão das propriedades.

A revolução de Avis novamente oportunizou aos excluídos usufruir das terras e propriedades. No entanto, os revoltosos mais interessantes foram seduzidos, estrategicamente, pela oferta do cargo público que lhes permitiria acessar o poder, de maneira estável, diferentemente do fracasso histórico que incorreram quando da primeira oportunidade.

A conjugação dos fatos representa a abordagem realizada

pela teoria dos sistemas, dos relatos conduzidos por Ludwig von Bertalanffy e mais propriamente, no campo da ciência social aplicada, por Niklas Luhmann, cujos estudos: apregoam que o direito, em seu viés autopoiético, se (re)cria com base nos seus próprios elementos. Sua autorreferência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito).

Esposito orienta que a imunização surge para remediar as situações em que a sociedade é privada da *communitas*, que caminha em sentido oposto ao caráter patrimonial da gestão conduzida pela monarquia portuguesa. O primeiro gesto imunitário retratado no texto possui características informais, abruptas. O segundo gesto imunitário (a circular 3) surge como resposta à primeira tentativa de imunização. O terceiro gesto, que ocorreu juntamente com a revolução de Avis, relata o oportunismo de um grupo, atraído pela distribuição de benesses no serviço público.

Dessa forma se consolidou a soberania do Estado português, ao longo do século XIV, a partir do choque entre diversas condutas imunitárias, que evidenciam o isolamento em meio à comunidade, fazendo com que, de fato, os seus membros busquem se imunizar, incessantemente, uns contra os outros, alimentando e consolidando o poder do Estado, legitimando-o como responsável pela concretização da *communitas*.

## 5 CONCLUSÃO

A medida da eficácia da gestão pública se apresenta no momento em que descortina diversas atividades administrativas, geralmente aleatórias e não pontuais, que cuidam de estratificar a população, desorganizá-la, oferecer a cada grupo uma sorte de opções, vantagens, benefícios, que acabam por selecionar os seus interesses, e estimular a busca incessante pelo atendimento das vontades particulares, subjetivas, em detrimento da vontade associativa, da qual não é possível se apartar por força de uma legislação desenvolvida não para estimular o acerto, mas para organizar o desacerto das posturas individuais<sup>12</sup>.

Como tratar comunidade e imunidade se, conforme o processo histórico relatado, os sujeitos que buscam se associar com propósitos comuns acabam se transformando nos responsáveis pela imunização dos próprios interesses, desfazendo o intuito associativo.

O Estado falseia a garantia do bem comum. O cidadão ingressa no convívio comunitário a reboque da vontade exterior contra a qual não pode se voltar, sendo convidado a aceitar essa natural relação. Exercitando direitos políticos, ou não, o cidadão buscar se auto-imunizar, numa conduta que favorece a manutenção das relações de poder do Estado Patrimonial.

## 6 REFERÊNCIAS

ESPOSITO, Roberto. *Bios: Biopolítica e Filosofia*. Lisboa: Edições 70. 2010. 273 p.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3ª edição, 9ª reimpressão. São Paulo: Globo. 2000. 913 p.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 28ª reimpressão. São Paulo: Edições Graal. 2010. 295 p.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

## NOTAS DE FIM

1 Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Centro Universitário Newton Paiva, Mestre e Advogado.

2 FOUCAULT, Michel. O nascimento da biopolítica. Lisboa: Edições 70, 1979.

3 (FAORO, 2000, P. 38). Quando o capitalismo brotar, quebrando com violência a casca exterior do feudalismo, que o prepara no artesanato, não encontrará, no patrimonialismo, as condições propícias de desenvolvimento. (...) A atividade industrial, quando emerge, decorre de estímulos, favores, privilégios, sem que a empresa individual, baseada racionalmente no cálculo, incólume às intervenções governamentais, ganhe incremento autônomo. (...) Daí se geram consequências econômicas e efeitos políticos, que se prolongam no século XX nos nossos dias. Os países revolvidos pelo feudalismo, só eles, na Europa e na Ásia, expandiram uma economia capitalista, de molde industrial. A Inglaterra, com seus prolongamentos dos Estados Unidos, Canadá e Austrália, a França, a Alemanha e o Japão lograram, por caminhos diferentes, mas sob o mesmo fundamento, desenvolver e adotar o sistema capitalista, integrando nele a sociedade e o Estado. A Península Ibérica, com suas florações coloniais, os demais países desprovidos de raízes feudais, inclusive os do mundo antigo, não conheceram as relações capitalistas, nas sua expressão industrial, íntegra.

4 Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Peste\\_negra](http://pt.wikipedia.org/wiki/Peste_negra). Acesso em 04/05/2013.

5 Precário por que súbito, inesperado, sem motivo hereditário ou econômico, estranho à lógica do mercado.

6 ESPOSITO, Roberto. Bios, Biopolítica e Filosofia, *apud* A. Somit e S.A. Peterson, Biopolitics in the Year 2000, in research in Biopolitics, cit. vol. VIII, p. 181.

7 Esposito, Bios, p. IX

8 Dona Beatriz, filha única de Dom Fernando, sucessor de Afonso IV, seria coroada rainha. Ocorre que ela não tinha filho do sexo masculino. Porém, em virtude do tratado de Salvaterra de Magos, o trono seria ocupado pela mãe de Beatriz, dona Leonor Teles, até que Beatriz tivesse um filho varão. Iniciou-se uma revolta após a morte de Dom Fernando, tendo em vista

que Beatriz era casada com o rei de Castela, região hoje pertencente à Espanha. Por meio de uma revolução, o filho bastardo de Dom Fernando, o Mestre de Avis, foi alçado ao poder, muito por conta do incentivo de Álvaro Pais, ex-chanceler de Dom Fernando.

9 Tão lamentável quanto a postura da comunidade substituída.

10 A ordem seria a de fortalecer a esquadra naval e os organismos fiscais e tributários, para patrocinar a expansão marítima em busca de novos mercados.

11 Faoro, p. 61. Segundo o autor, as classes sociais são por demais amplas, seus interesses não são homogêneos, apesar de poderem ser identificados, sobretudo no âmbito econômico. Seus membros transitam livremente e não possuem vínculo duradouro.

12 As comunidades carecem de conhecimento da sua própria genealogia, aquilo que Foucault menciona como a construção de um saber histórico, que engloba as culturas pessoais, populares e dos eruditos, admitidas como descontínuas, desqualificadas, não necessariamente legitimadas, contra a instância teórica unitária que pretende depurá-lo e hierarquizá-lo em nome do conhecimento verdadeiro. (FOUCAULT, 2010, p. 171).



# DIREITO DIGITAL: UMA ANÁLISE PREPODERANTE SOBRE O MAIS NOVO RAMO DO DIREITO E SUAS TRANSFORMAÇÕES SÓCIO-JURÍDICAS

Elisa Mariano da Silva<sup>1</sup>

Nathália Guariento<sup>2</sup>

Rafaele Oliveira Queiroz<sup>3</sup>

Thamires Resende<sup>4</sup>

Cristian Kiefer da Silva<sup>5</sup>

**RESUMO:** O presente artigo apresenta um estudo sobre o novíssimo ramo do Direito, surgido a partir da necessidade de se regular e disciplinar as relações jurídicas ocorridas no ambiente virtual, relações estas cada vez mais presentes na vida de todos; o Direito de Informática. No que diz respeito às infrações ocorridas por meio da internet, a legislação brasileira jurídico-penal ainda é incipiente, não tutelando todos os bens jurídicos ameaçados com a utilização da TI, (Tecnologia da Informação). Contudo, esse fato não impede o desenvolvimento do trabalho dos órgãos competentes em articular ações no enfrentamento dessa nova modalidade delitiva. Nesse sentido, o presente estudo aborda como deve ser a procedência das vítimas frente aos cibercrimes e apresenta propostas de uma utilização adequada da rede. Outrossim, é elencada a questão midiática que envolve o acesso a internet e sua conseqüente repercussão social. Lado outro, preocupa-se em abordar as conseqüências da participação de um número cada vez maior de pessoas sem a devida informação nas conhecidas redes sociais, meio atualmente utilizado na coleta de dados para fazer vítimas, devido ao fácil acesso às informações publicadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DE INFORMÁTICA. REDES SOCIAIS. CIBERCRIMES.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Penal

---

## 1 INTRODUÇÃO

A internet, desde a sua existência, tem contribuído para o desenvolvimento da sociedade através, sobretudo, do rompimento de barreiras - da informação, da distância, do conhecimento, de pré-conceitos, das relações afetivas, inclusive - a passos largos. Concomitantemente a essa mudança, a internet é utilizada para a prática de atos ilícitos. É nesse contexto que o presente trabalho procura abordar alguns pontos do novíssimo ramo do Direito - o Direito de Informática - surgido a partir da necessidade de regulamentar as relações virtuais.

Sob o foco do Direito Penal Informático, será abordado logo mais as características dos chamados *cibercrimes* ou crimes de informática: as condutas classificadas como crimes próprios e impróprios de informática, o criminoso digital como o sujeito ativo, a atuação dos órgãos competentes na resolução desses casos.

Ademais, é abordado um tema que está em voga, qual seja, o cometimento de crimes por meio das redes sociais. As espécies de redes sociais, suas peculiaridades, as conseqüências do mau uso na transmissão de informações por meio dessa rede de pessoas e o uso adequado dessa nova forma de comunicação.

Sob a perspectiva da Constituição Federal Brasileira, são elencados direitos inerentes e invioláveis ao indivíduo, quais sejam o direito à intimidade e o direito à privacidade, garantias

estas que estão sendo limitadas com a utilização exacerbada da liberdade de expressão *online*.

## 2 A INTERNET

### 2.1 Conceito

A Internet, segundo lição de Fabrizio Rosa, "consiste num conjunto de tecnologias para acesso, distribuição e disseminação de informação em redes de computadores" (ROSA, 2002). Acrescenta-se que não só a informação é disseminada por esta rede, mas também entretenimento, comunicação, relações jurídicas, comerciais, afetivas e tantas outras que o ser humano é capaz de desenvolver.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro, "a Internet é mais um meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de indivíduos" (PINHEIRO, 2008).

A internet representa, sem dúvida, um incrível avanço tecnológico. Mas muito mais que isso, ela representa também um rompimento de fronteiras, um encurtamento de distâncias, uma democratização de conhecimento, tudo isso sem que se perca a autonomia das identidades. Com efeito, se de um lado a globalização se manifesta tão favoravelmente através da internet, lado outro a rede se torna um moderno e eficaz meio de se cometer atos ilegais.

## 2.2 Breve histórico

A Internet, conforme elenca o mencionado autor, é comumente designada World Wide Web - www e está completando cerca de duas décadas de existência (ROSA, 2002). "Ela foi criada nos Estados Unidos da América, no final dos anos 60, como um projeto militar que buscava estabelecer um sistema de informações descentralizado e independente de Washington, para que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque à capital americana durante a Guerra Fria" (ALMEIDA, 1988).

Conforme mencionado, a internet foi concebida no contexto da Guerra Fria, época em que a criação de inovadoras estratégias de combate se faziam extremamente necessárias. Conforme leciona Fabrizio Rosa, em 1957, quatro meses após a União Soviética por em órbita o primeiro satélite espacial, (o Sputnik), os Estados Unidos da América anunciavam a criação de uma agência federal norte-americana cujo objetivo era pesquisar e desenvolver alta tecnologia para as forças armadas (ROSA, 2002).

"Essa agência era conhecida como ARPA - *Advance Research Projects Agency*, que durante os anos 60, foi aperfeiçoada no intuito de sobreviver a um possível bombardeio, de modo a permanecer ativa e a possibilitar o tráfego de informações aos seus destinatários. Era a ARPANET, (rede de agência de projetos avançados de pesquisa)" (ROSA, 2002).

Nos anos 70, "a internet passou a ser utilizada para fins acadêmicos e científicos. O correio eletrônico, até hoje a aplicação mais utilizada da rede, foi criada em 1972 por Ray Tomlinson. Em 1973, Inglaterra e Noruega são ligadas à rede, tornando-se, com isso, um fenômeno mundial. Em meados da década de 80, o governo estadunidense abriu a rede às empresas e continuou financiando a ARPANET até o ano de 1989, quando também foi lançado o primeiro browser (*Windows*), tendo sido apresentado em Genebra a *World Wide Web* (ROSA, 2002).

Com efeito, "foi a www ou W3 (malha mundial ou teia de alcance mundial) a responsável pela popularização da internet, o que permitiu à rede crescer em taxas vertiginosas. Outrossim, em 1990, entra no ar o primeiro provedor de acesso comercial do mundo, o *World*, permitindo que usuários comuns acessassem a grande rede a partir de um micro e de um *modem*" (ROSA, 2002).

## 2.3 Regulamentação da Internet no Brasil e no mundo

As primeiras normas que visavam regular o serviço de internet foram traçadas em 1995, em nota conjunta do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia. Estabeleceu-se, por exemplo, que os serviços comerciais da rede seriam fornecidos por empresas privadas.

Sabe-se que não há uma legislação penal especial e autônoma para regulamentar os crimes cometidos na rede. O que ocorre, então, é uma adaptação da atual parte especial do Código Penal. Mas é importante salientar, conforme lembra Fabrizio Rosa, que "não se deve confundir um crime comum praticado pelo uso ou contra o computador de um "crime de informática" propriamente dito". Daí a necessidade de uma legislação específica para esses delitos: "ao formular uma nova categorização, o legislador atrai a atenção da indústria, do mundo acadêmico e do governo para o fato em si que, então, se torna objeto de aprofundada reflexão jurídica e técnica" (ROSA, 2002).

Nesse sentido é que defende-se uma legislação específica para estes novos comportamentos não previstos pelo legislador de 1940, haja visto terem surgido com o advento da internet.

Com efeito, há algumas leis no ordenamento jurídico brasileiro que disciplinam o uso da internet. À exemplo, a Lei 7.232, de 29 de outubro de 1984, que "estabelece princípios, objetivos e diretrizes da Política Nacional de Informática, seus fins e mecanismos de formulação, cria o Conselho Nacional de Informática e Automação - CONIN, dispõe sobre a Secretaria Especial de Informática - SEI, cria os Distritos de Exportação de Informática, autoriza a criação da Fundação Centro Tecnológico para Informática - CTI, institui o Plano Nacional de Informática e Automação e o Fundo Especial de Informática e Automação."

Outra Lei importante é a 96.036, de 12 de maio de 1988, que "regulamenta a Lei n° 7.646, de 18 de dezembro de 1987 que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no País." Sem falar na Lei 9.983, de 14 de julho de 2000, que altera o Código Penal Brasileiro em alguns artigos. Há ainda outras leis sobre informática no Brasil. Mas não uma que prevê condutas específicas caracterizadoras de crimes de informática.

Com relação ao tratamento dos crimes de informática em outros países do mundo, ressalta Fabrizio Rosa que "são poucos os países que possuem uma legislação adequada sobre a criminalidade informática". O Conselho Europeu ocorrido em 03 de setembro de 1989 estabeleceu tipos penais nos quais se basearam as legislações de países como Austrália, Alemanha, Portugal, França e Grécia, por exemplo (ROSA, 2002).

## 3 O DIREITO DE INFORMÁTICA E O CRIMINOSO DIGITAL

Inicialmente é importante fazer uma pequena abordagem a respeito do chamado Direito de Informática. Ele se constitui como sendo o conjunto de aspectos jurídicos que envolvem a internet. Esse novíssimo ramo do Direito se faz presente a partir da necessidade de regular as diversas relações que envolvem a aplicação da informática. Nesse sentido, a Informática Jurídica se divide em

dois ramos diferentes, conforme elenca Fabrício Rosa: o Direito Civil da Informática e o Direito Penal da Informática (ROSA, 2002).

Regulando as ações privadas na web estaria o Direito Civil da Informática, normatizando, por exemplo, a questão do direito autoral. Enquanto que a respeito da prevenção e punição do mau uso da rede, estaria a cargo do Direito Penal Informático, responsável, por exemplo, por conter condutas criminosas, tais como lavagem de dinheiro, calúnia, difamação, furto de informações, dentre outras.

À medida que a internet provém uma enorme gama de recursos de comunicação, entretenimento e informação, tudo de forma muito célere, também torna-se meio de induzimento e prática de infrações penais. A utilização de computadores e da maior rede de comunicação do mundo, a internet, expõe uma nova modalidade criminosa: os crimes de informática.

Nesse sentido, importante se faz mencionar a figura do "Criminoso Digital". São os *crackers*, expressão usada para designar os sujeitos que roubam arquivos, invadem redes, furtam informações e violam sistemas cibernéticos. Há também os *hackers*. Fabrício Rosa faz essa importante distinção, definindo quem são essas pessoas que atuam ilícitamente na rede.

*Hackers são aqueles que [...] tem conhecimentos profundos de sistemas operacionais e linguagens de programação. Conhecem as falhas de segurança dos sistemas e estão sempre à procura de novas falhas. Invadem sistemas pelo prazer de provar a si mesmos que são pessoas capazes; sem alterar nada (ROSA, 2002).*

Os *crackers* se diferem dos *hackers* por utilizarem seu conhecimento para o "mal". Conforme expende o professor Fabrício, destruir e roubar são as palavras de ordem destas pessoas. Dessa forma, o *cracker* usa seus conhecimentos para obter alguma vantagem; roubando informações sigilosas para fins próprios e destruindo sistemas para si exibir.

Outros criminosos do ambiente informático são o *preaker* e o *lammer*. O primeiro corresponde àquele que "atua na obtenção de ligações telefônicas gratuitas e instalação de escutas. São os especializados em telefonia. Utilizam-na como meio para facilitar o ataque a sistemas a partir de acesso exterior, de forma a ficarem invisíveis ao rastreamento ou a colocar a responsabilidade em terceiros" (ROSA, 2002).

Já o *lammer* é aquela pessoa que, segundo Fabrício, está tentando ser *hacker*. É o iniciante. Indaga à todos sobre o que fazer para tornar-se um. Nesse sentido, possui um pouco de conhecimento sobre invasão de sistemas. Ainda há o guru ou o "mestre dos *hackers*" que é quem possui conhecimentos superiores e grande domínio sobre todos os tipos de sistemas (ROSA, 2002).

Mister se faz ressaltar que não há um perfil determinado para o criminoso digital. Ao contrário do que muitos pensam, não é necessário ser um especialista para cometer infrações penais na internet. Com a popularização cada vez maior do acesso à rede, alguém com um conhecimento ainda que incipiente sobre informática é potencialmente capaz de cometer crimes no ambiente virtual.

Com relação ao sujeito passivo desses crimes, tem-se que pode ser qualquer pessoa, natural ou jurídica, de natureza pública ou privada. Com tudo, sabe-se também que a maioria dos crimes não chegam ao conhecimento da autoridade competente, fato este que impede, consideravelmente, a apuração desses delitos e a conseqüente punição dos responsáveis.

#### **4 ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES COMPETENTES: PROMOTORIAS E DELEGACIAS**

Criada em 16 de junho de 2008, por meio da Resolução nº 56, a Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos "tem o objetivo de capacitar e prestar apoio técnico, além de articular ações conjuntas com os órgãos de execução ministeriais de todo o Estado no enfrentamento dessa nova modalidade delitiva."

Segundo estatísticas, a Promotoria de Combate aos Crimes Cibernéticos informa que as principais vítimas das infrações penais cometidas por meio da rede são as crianças e os adolescentes; tendo como principal motivo o não acompanhamento dos pais com relação ao acesso dos filhos à internet.

Para informar e orientar a cerca dos perigos da *web*, a Promotoria se engaja também na distribuição de cartilhas informativas e realização de palestras e demais eventos direcionados à prevenção desses crimes. Atualmente, a maior iniciativa do Ministério Público é com relação ao combate à pornografia infantil, crime grave que mais acomete os jovens internautas.

A Promotoria de Combate aos Crimes Cibernéticos de Minas Gerais localiza-se em Belo Horizonte e possui uma página na rede ([www.mp.mg.gov.br](http://www.mp.mg.gov.br)) na qual disponibiliza importantes informações de prevenção aos crimes cibernéticos e de como atuar nos casos de ser vítima destas infrações.

Como se sabe, a Promotoria de Combate aos Crimes Cibernéticos é o órgão competente para propor Ação Penal Pública Incondicionada e Pública Condicionada a Representação e Ação Penal de iniciativa Privada, todas relacionadas a crimes informáticos.

Exemplos de crimes cuja ação não exige nenhuma condição para que o Ministério Público possa iniciá-la ou requisitar a instauração de inquérito policial são: Apologia/incitação ao crime (arts. 286 e 287 do CP), Constrangimento ilegal (art. 146 do CP), Dano (art. 163 do CP, exceto se for por motivo egoístico ou com prejuízo considerável), Estelionato (art. 171 do CP), Estorsão (art. 158 do CP), Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do

CP), Favorecimento à prostituição (art. 228 do CP), Pedofilia (art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente), Propaganda eleitoral fora de época (art. 36 da Lei 9504/97), Racismo (art. 20 da Lei 7716/89), Rufianismo (art. 230 do CP), Tráfico (art. 33 da Lei 11343/06), Tráfico de pessoas (art. 231 do CP) e Violação do Direito Autoral (art. 184 do CP).

Nos casos em que é exigida manifestação de vontade da parte ofendida para o Ministério Público iniciar a ação penal ou para que as investigações policiais sejam iniciadas, são exemplos os seguintes crimes: Ameaça (art. 147 do CP, Corrupção de menores (art. 218 do CP), Crime contra a honra de funcionário público em razão de suas funções (art. 141, I, c/c art. 145, parágrafo único do CPP) e Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151 do CP).

Por fim, como exemplos de crimes de ação penal privada, isto é, aquela em que o direito de promover a ação pertence ao ofendido ou a quem de direito possa representá-lo, listam-se os seguintes crimes: Injúria (art. 140 do CP), Difamação (art. 139 do CP), Calúnia (art. 138 do CP) e Dano por motivo egoístico ou com prejuízo considerável à vítima, (art. 163, IV do CP). Importante ressaltar que os delitos de ação penal privada é necessário que o ofendido (ou seu representante legal) mova a ação, com o auxílio de um advogado.

A Delegacia Especializada em Crimes Cibernéticos em Minas Gerais é DEICC (Delegacia Especializada em Investigações de Crimes Cibernéticos) também localizada em Belo Horizonte. Com efeito, não há uma legislação específica para regulamentar os cibercrimes, mas isso não impede o desenvolvimento do trabalho da polícia.

## 5 CASOS CONCRETOS E ABORDAGENS JURISPRUDENCIAIS

Tem se tornado comum no cotidiano de todos, ouvir falar sobre casos de crimes cometidos por meio da internet. Ocorrências de pedofilia, racismo, maus tratos com pessoas e animais, calúnias, ameaças, enfim, todo tipo de delitos. Nesse sentido, importante é mencionar alguns casos concretos e julgados que envolvem a aplicação da atual legislação criminal.

Conforme a página na internet do Ministério Público Estadual, "denúncias de pornografia infantil na web ultrapassaram 25 mil no Brasil em agosto de 2009. No primeiro semestre daquele ano, a ONG Safernet recebeu 25.212 denúncias referentes à pornografia infantil na internet. Desse conteúdo, cerca de 40% das páginas foram removidas pelos provedores responsáveis pelos serviços por conterem indícios suficientes de crime por violação a termo de uso. As informações foram divulgadas por meio de um comunicado do Ministério Público Federal de São Paulo, no dia três de agosto de 2009".

"Foram encaminhadas cerca de 1.926 notícias e imagens com indícios de pornografia infantil veiculadas na rede social

Orkut. Desse número, 1.287 resultaram em pedidos de quebra de sigilo pelo Ministério Público e outros ainda continuam sob investigação. Ainda de acordo com a Procuradoria, foram ainda instaurados 263 inquéritos policiais, 174 na capital e 89 no interior do Estado de São Paulo. A Procuradoria instaura um procedimento e, se for o caso, envia ao Ministério Público Federal de outras localidades somente depois de descobrir a cidade aonde foi cometido o possível crime".

No Rio Grande do Sul, "o Ministério Público denunciou quatro jovens acusados de matar um cachorro a pauladas em Balneário de Quintão. O caso se tornou público porque o grupo filmou a ação e divulgou o vídeo na internet pelo portal «Youtube». Eles foram denunciados por maus-tratos e, se condenados, poderão ficar presos por até um ano, segundo informações da Promotoria".

Em outro caso, "quadrilha é denunciada por fraude em vendas pela internet. Conforme informações do Ministério Público, quatro homens foram denunciados por estelionato nesta segunda-feira. Segundo o Ministério Público Estadual, o grupo representava uma empresa que aplicava golpes na venda de equipamentos eletrônicos pela internet. Após receberem o dinheiro, os produtos não eram entregues".

## 6 A QUESTÃO MIDIÁTICA E A REPERCUSSÃO SOCIAL

O ser humano, durante a sua evolução histórica, passou por diversas mudanças. A forma de se comunicar foi uma dentre as várias mudanças que ocorreram com ele. O homem sente a necessidade de se comunicar depois que começou a viver em sociedade, fosse para alertar sobre alguma coisa ou expressar sua cultura ou sentimento. A partir do momento em que ele deixa de ser sedentário e passa a ser nômade, a comunicação adquire um papel significativo para a sua sobrevivência.

Por ser um processo dinâmico e evolutivo a comunicação inventa mecanismos que facilitam o entendimento da mensagem enviada pelo emissor ao receptor. O primeiro mecanismo criado que permitiu a troca de informações de maneira mais inteligível foi a escrita. Essa forma codificada promoveu a possibilidade de tornar a informação acessível a um número cada vez mais crescente de pessoas, alterando assim o modo de viver e de pensar de uma sociedade. Com o ensejo de informar o público sobre os mais importantes acontecimentos sociais e políticos surge o jornal, um método primitivo, mas que continua sendo utilizado pela sociedade contemporânea diante da era informatizada.

Através da necessidade de expandir o novo modelo econômico e divulgá-lo de maneira mais rápida para uma maior quantidade de pessoas foi criado mais um mecanismo de comunicação: o rádio. O rádio propagou as diretrizes do capitalismo impulsionado pela Revolução Industrial, pois suas ondas tinham um alcance e

velocidade muito superiores atingindo o objetivo desse novo modelo de produção: a cultura de massa. Essa revolução fez com que o homem abandonasse a sua vida no campo e passasse a compor o cenário liberal. A partir de agora, o homem começa a manipular uma máquina e estar por detrás dela.

Com este modelo capitalista, a humanidade, em constante evolução, passa por uma grande mudança: deixar de ser uma civilização agrícola para ser uma civilização industrial. Através da ideologia da "nova" civilização, que se estrutura na cultura em massa, juntamente com os dois mecanismos de comunicação anteriormente criados, a escrita e o rádio, ocorre a junção dos componentes gráficos com os componentes de áudio sendo assim possível ver imagens em movimento juntamente com o som. Surge assim a televisão, um novo meio de comunicação, que permite um tráfego crescente de informações e que propiciará o surgimento da Era da Informação.

As transformações que aconteceram com o surgimento da televisão e sua disseminação da informação permitiram com que o homem criasse e vivenciasse uma nova era, a Era da Informação. "É com o surgimento da tecnologia digital, culminando na criação da Internet," que permite a consolidação dessa era, "pela inclusão de dois novos elementos: a velocidade, cada vez maior na transmissão de informações, e a origem descentralizada desta" (PINHEIRO, 2008).

De acordo com Patrícia Peck, na obra *Direito Digital*:

*A sociedade humana vive em constante mudança: mudamos da pedra talhada ao papel, da pena com tinta ao tipógrafo, do código Morse à localização por Global Positioning System (GPS), da carta ao e-mail, do telegrama à videoconferência. Se a velocidade com que as informações circulam hoje cresce cada vez mais, a velocidade com que os meios pelos quais essa informação circula e evolui também é espantosa (PINHEIRO, 2008).*

É diante da velocidade proporcionada pela Internet que ela acabou conquistando o seu devido espaço na sociedade. Todos os fatores que estruturam a sociedade (social, econômico e político) permitiram a sua expansão e ela tornou um meio essencial de comunicação da sociedade, tudo agora está vinculado à Internet. A internet passa a ser um veículo de informação de repercussão mundial. "A Internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre esses indivíduos" (PINHEIRO, 2008).

Em um mundo globalizado, o acesso as informações se tornou uma questão primordial, a presença da diversidade está em destaque e com isso, os sistemas que regulam essa pluralidade

devem ser modificados. E como integrante desses sistemas, o Direito, não poderia ignorar tal realidade e, por isso, os seus operadores vêm utilizando a Internet de maneira cada vez mais habitual. A distância que existia entre os profissionais da área jurídica e os serviços disponíveis na Internet está cada vez menor, pois em um curto espaço de tempo é possível se obter informações que, sem ela se levava horas, ou até mesmo dias.

Através da facilidade e rapidez com que a Internet proporcionou a essa sociedade acessar diversos conteúdos, ao mesmo tempo, ela também permitiu a integração dessa sociedade através da criação das redes sociais. Essas redes sociais concedem ao indivíduo a possibilidade de se expressar. Mas ao exprimir um sentimento estando conectado pode resultar em uma repercussão na sociedade, às vezes, sem limites. Essa é a grande diferença da era industrial da era da informação a responsabilidade civil diante da informação veiculada.

*A Sociedade Digital já não é uma sociedade de bens. É uma sociedade de serviços em que a posse da informação prevalece sobre a posse de bens de produção. Essa característica faz com que a proteção do Direito à Informação seja um dos princípios basilares do Direito Digital, assim como a proteção de seu contradireito, ou seja, do Direito à não informação (PINHEIRO, 2008).*

Portanto, para se obter uma responsabilidade civil consciente é necessário que os usuários da rede a utilizem não só de forma quantitativa, mas também de forma qualitativa, ou seja, "informação autêntica com responsabilidade editorial pelo conteúdo" (PINHEIRO, 2008). É por isso que o Direito, sistema regulador e normeador da sociedade, atinge a esfera social virtual e através da sua força normativa estabelece alguns freios, mas ainda insuficientes diante da facilidade e velocidade que se propaga a informação.

## **7 O COMETIMENTO DE CIBERCRIMES POR MEIO DE REDES SOCIAIS**

### **7.1 REDES SOCIAIS: CONCEITO**

As redes sociais são um meio de se conectar a outras pessoas na internet criando laços cibernéticos. São páginas da web que facilitam a interação entre seus membros, independentemente de onde eles estejam. Os sites das redes sociais geralmente funcionam tendo como base os perfis de usuário - uma coleção de fatos sobre o que um usuário gosta, não gosta, seus interesses, *hobbies*, escolaridade, profissão ou outro dado que ele queira compartilhar.

O objetivo do participante de uma rede social é se conectar com pessoas e, dessa forma, estabelecer comunicação; é se juntar a um grupo de pessoas com quem compartilhe um *hobby* ou um interesse, a fim de fazer amizades e adquirir contatos.

## 7.2 Espécies

No Brasil, há três espécies de redes sociais mais acessadas: o *Orkut*, o *Facebook* e o *Twitter*. O *Orkut* é o conjunto de perfis de pessoas e suas comunidades, ou seja, grupos que compartilham algum interesse em comum. Nele, é possível cadastrar-se e postar fotos e preferências pessoais, além de listar amigos e participar das mencionadas comunidades. Criado por Orkut Buyukkokten, ex-aluno da Universidade de Stanford, esta rede social foi lançada pela *Google*, em janeiro de 2004.

O *Facebook* se assemelha bastante ao *Orkut*. Fundado por Mark Zuckerberg, Eduardo Saverin e Chris Hughes, ex-estudantes da Universidade de Harvard, o *Facebook* inicialmente era uma rede social usada somente por alunos daquela Universidade. Atualmente, a rede tem cerca de 750 milhões de usuários, vindo, inclusive, a se tornar tema de filme, neste ano de 2011: "A rede social", filme este cujo enredo narra a sua criação e o suposto plágio de Mark Zuckerberg.

O *Twitter*, por sua vez, é um microblog de informação em tempo real que conecta seus participantes às últimas informações postadas. Assim como nas demais redes sociais, no *twitter* também há perfis em que as pessoas "seguem", caso se identifiquem ou gostem das idéias postadas. O *Twitter* é composto por pequenas mensagens de informação chamadas *tweets*. Cada *tweet* tem até 140 caracteres. O *Twitter* está sediado em São Francisco, EUA, mas é utilizado por pessoas de quase todos os países. Ele está disponível em inglês, francês, alemão, italiano, japonês e espanhol. O microblog *Twitter* conseguiu adentrar a Praça de São Pedro no Vaticano e até o papa Bento XVI é um ilustre usuário da rede social.

## 7.3 A era da informação e o acesso às redes sociais

Quando se cria uma rede social, elas tendem a funcionar como redes de relacionamentos no mundo real, porém podem ser utilizadas para forjar laços sociais. Com uma observação mais detalhada, percebe-se que a maioria das "distâncias" entre os membros do sistema é reduzida pela presença de alguns indivíduos, que são "amigos de todo mundo".

É fácil percebê-los; são as pessoas conectadas com um imenso número de amigos. Enquanto a maioria dos perfis no *Orkut* tem, no máximo, 400 amigos, algumas pessoas, como o brasileiro Roger Jones ou o americano Adam Rifkin, alcançaram algo em torno de mil amigos. Isto constata que a maioria dessas conexões é falsa, no sentido de que não apresenta nenhum tipo de interação

social. Trata-se simplesmente de uma "coleção" de perfis.

O acesso às redes sociais atualmente é regra para jovens e esta nova geração de executivos declara que prefere as redes sociais na hora de procurar um novo emprego. É o que revela a pesquisa que mostra que 65% dos profissionais com idade entre 26 e 30 anos preferem as redes sociais e os sites para procurar informações sobre oportunidades de carreira. Dos participantes da pesquisa com mais de 40 anos, 48% afirmaram que usam as ferramentas *online* para encontrar novas opções de emprego. As redes sociais deverão se consolidar também como um importante canal de atendimento ao consumidor.

A coleta de informações por meio de *sites* de relacionamento tem se tornado comum. Isso porque órgãos privados e públicos têm se beneficiado de informações publicadas em sites, blogs e redes sociais, por serem de fácil acesso. Toda informação pública disponível pode ser utilizada, o que torna os internautas alvo fácil dos criminosos digitais.

## 7.4 O que fazer diante um cibercrime

Rotineiramente, ocorrem fatos desagradáveis na internet como a perda ou furto de perfis em redes sociais. O Ministério Público do Estado disponibiliza em seu portal dicas de como agir quando alguém for vítima dos crimes cometidos por meio de redes sociais. No caso, por exemplo, de roubo de senhas dos perfis, cópia de fotos para serem utilizadas em *sites* pornográficos e clonagem de perfis é necessário comunicar a central de ajuda da rede social e relatar o ocorrido.

As informações serão checadas e, caso verdadeiras, a conta na rede social será excluída. Se o furto ou perda não forem resolvidos por este meio é necessário acionar o Poder Judiciário. É preciso verificar quem é o responsável pela rede social no Brasil e depois consultar um advogado ou um defensor público para iniciar na tomada de providências.

Deve-se ter em mãos todas as páginas impressas de forma a comprovar que a rede social foi perdida ou furtada. O advogado que propor o procedimento pode pedir uma antecipação de tutela para "retirar do ar" o perfil da rede social.

É necessária cautela também na hora de abrir *e-mails* que se dizem ser de instituições públicas e bancos. A recomendação, nesses casos, é a de não abrir o mencionado *e-mail* e não clicar em qualquer outro *link* antes de entrar em contato com a instituição que supostamente o enviou confirmar o envio.

Ante o exposto, é preciso cuidado ao acessar e participar das redes sociais de forma a ter discernimento com relação a informação a ser exteriorizada através da postagem, haja vista as consequências poderem ser insanáveis.

## 8 CRIMES INFORMÁTICOS: CARACTERÍSTICAS

Atualmente, foi noticiado em diversos meios de comunicação que *hackers* publicaram em perfis do *Twitter links* que supostamente conteriam dados pessoais como CPF, PIS, data de nascimento e telefones da atual Presidenta da República, Dilma Rousseff e do então prefeito de São Paulo Gilberto Kassab. A partir desse fato, surge então a dúvida sobre crimes cometidos na rede. Quais as leis que os disciplinam, sua classificação, os elementos da conduta típica, o tempo e o local do delito?

Segundo o professor Doutor Túlio Vianna, há dois conceitos de crime, considerando o conceito formal de delito, no qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", (art. 1º do Código Penal Brasileiro). O acesso não autorizado a computadores seria considerado atípico. Porém, partindo do pressuposto de que há lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, no caso deste ilícito o bem jurídico tutelado seria o direito a privacidade (VIANNA, 2003).

Importante ressaltar que o bem jurídico tutelado pelas normas que disciplinarem os crimes cometidos na internet não seria a inviolabilidade dos programas, mas sim o acesso não autorizado a informações e dados pessoais. Não se pode classificar como crimes informáticos todos aqueles em que o computador for utilizado como meio para prática do delito (VIANNA, 2003).

Expende o professor que "A simples utilização por parte do agente de um computador para a execução de um delito, por si só não configuraria um crime informático" (VIANNA, 2003). Ele classifica os crimes informáticos em impróprios (aqueles nos quais o computador é empregado como instrumento, mas não há ofensa ao bem jurídico tutelado) e os próprios (aqueles crimes nos quais há lesão ao bem jurídico tutelado).

Os crimes informáticos impróprios geram bastante repercussão, pois não necessitam por parte do autor de conhecimentos técnicos, específicos. À exemplo, uma relação afetiva entre um casal; ao se separar, um dos cônjuges, insatisfeito com o fim do romance resolve publicar em redes sociais declarações ofensivas a respeito do outro cônjuge. Ou seja, utilizando-se do meio digital, tal pessoa pratica crimes como calúnia e difamação muito bem classificados no atual Código Penal Brasileiro. No mencionado caso, não há inviolabilidade ao bem jurídico tutelado, portanto seria classificado como crime informático impróprio.

E os crimes informáticos próprios? Um exemplo seria a Lei nº 9.983/2000 que acrescentou ao Código Penal Brasileiro as hipóteses de acesso a dados por funcionário público no exercício de suas funções.

Noutro giro, é importante determinar o momento da ocorrência do crime informático. O atual Código Penal Brasileiro, em

seu artigo 4º, estabelece que "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado" (art. 4º do Código Penal Brasileiro). Nesse sentido, observa-se que nos crimes informáticos o período entre a ação e o resultado podem ser duradouros. Um exemplo que o professor Túlio Vianna analisa, é o caso de transferência de arquivo que pode levar horas ou talvez dias. Nesse caso, o delito é praticado no momento em que for dado o comando de transferência.

No que tange ao local do crime o Código Penal transpõe: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado"(art. 6º do Código Penal Brasileiro). Nesse aspecto, há uma questão polêmica a respeito do local em que se pratica o crime. Suponha-se que o crime seja cometido em países diferentes; em qual desses países seja considerado atípico? "Havendo duas interpretações possíveis perfeitamente lógicas para uma mesma situação jurídica, deve o intérprete optar por aquela que menos restringir a liberdade do cidadão".

## 9 INTIMIDADE, PRIVACIDADE X INTERNET: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe:

*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

É a partir da Carta Maior que os demais ramos do Direito se constituem. Estruturados e delimitados pelos princípios da Constituição Federal esses ramos tutelam tanto os direitos coletivos como também os direitos privados. Sendo mais uma dessas ramificações, o Direito Digital está vinculado aos pressupostos constitucionais por possuir ainda uma legislação incipiente.

De acordo com Dicionário Houass, intimidade é a "relação de caráter que é íntimo, é a familiaridade, privacidade". E a definição de privacidade é "a intimidade, é a particularidade, pessoalidade, privatividade". Esses verbetes possuem essas definições, mas diante da linguagem jurídica eles adquirem outra roupagem. Esses dois conceitos compõem os Direitos da Personalidade que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pes-

soa em si e em suas projeções sociais. São inerentes às pessoas e, portanto a elas ligados de maneira perpétua e permanente.

A Internet e esses conceitos supracitados irão possuir pontos convergentes no momento em que ela for tratar do indivíduo como aquele que está por detrás do computador manipulando a rede, expondo e utilizando, às vezes de maneira exacerbada, a sua liberdade de expressão. A partir do momento que o indivíduo utiliza-se dessa liberdade e propaga determinada opinião ele passa a se vincular com todos os demais indivíduos que compõe essa rede interligada de maneira interminável. Ao mesmo tempo em que ele se encontra sozinho, vivendo uma relação de intimidade, ao se conectar o mesmo fica interligado com dezenas de pessoas, em suas redes sociais, perdendo assim o caráter desta relação de privacidade, intimidade ao exteriorizar um pensamento.

A velocidade com que ocorre a transmissão das informações pela Internet conquistou todo o mundo. Devido a esta característica, a Internet passou a ser considerada um meio de comunicação de cultura em massa. Associando essas características, velocidade e cultura em massa, com os conceitos de privacidade e intimidade ocorrerre uma colisão provocando distanciamentos, ou seja; o mau uso na transmissão de informações agregado ao excesso da exteriorização da privacidade e intimidade podem acarretar diversas consequências que serão tuteladas pelo Direito Digital.

As consequências do comportamento dos usuários da Internet, ao divulgar qualquer tipo de informação na rede, devem ser sempre rodeadas de discernimento. Um simples "enter" pode destruir carreiras, relacionamentos, pois ao propagar a informação e vincular diversas pessoas na rede sem que elas tenham conhecimento disso fazem com que o coletivo sobreponha ao individual. Portanto, ao divulgar qualquer tipo de conteúdo é necessário seguir o velho conselho e "pensar duas vezes".

## 10 PROPOSTAS PARA UMA UTILIZAÇÃO ADEQUADA DAS REDES SOCIAIS

O hoje, em se tratando de tecnologia, já virou passado. O computador usado ano passado já não é tão bom quanto o utilizado nos dias atuais e assim será sucessivamente. A informação chega em questão de segundos. Uma página com vírus aberta, um comentário postado em redes sociais pode tornar-se fatal na vida de qualquer um. Não é exagero: a velocidade com que se tem acesso a informações pessoais é assustador, principalmente após o advento das já mencionadas redes sociais.

Por isso é importante atenção e certas precauções diante a tela do computador, na qual está representado um mundo tão dinâmico. Iniciativas simples como o fato de não revelar a senha a ninguém, ou não usar caracteres conhecidos como senha, (data de aniversário, números de telefone, enfim), não fornecer dados pes-

soais a estranhos, não abrir *emails* de remetentes desconhecidos ou não marcar encontros com pessoas conhecidas na rede são iniciativas importantes para se evitar tornar-se vítima dos *cibercrimes*. Além disso, não publicar fotos que permitem identificar onde se mora ou não postar comentários inadequados que expressem sentimentos que podem ser interpretados como preconceitos são essenciais em se tratando de utilização segura da internet.

Tudo o que é postado na internet, pode ser acessado a qualquer momento, ainda que se tenha retirado ou "apagado" este conteúdo da rede. Os poucos minutos em que a informação postada esteve "no ar" já foi suficiente para que inúmeras pessoas de todo o mundo tivessem acesso e, portanto, para que reproduzissem o que foi inadequadamente "postado". Desta forma, criando constrangimentos para o sujeito remetente da informação ou até mesmo proporcionando chances para que o "criminoso digital entre em ação".

É importante ressaltar ainda que quando se acessa a internet, esse mundo virtual, se está sujeito à normas semelhantes àquelas em que respeitamos no mundo real. Na internet, os internautas deixam de ser anônimos quando desrespeitam o direito de uma outra pessoa. Nesse sentido, é preciso saber que, mesmo não havendo uma legislação específica para crimes cometidos na rede, a internet não é uma terra sem lei. Ela representa uma quebra de fronteiras, uma verdadeira revolução tecnológica na sociedade, logo, não pode ser usada como uma ferramenta para a prática de atos ilegais. E isso será determinado através da sua apropriada utilização por todos os que a acessam.

## 11 CONCLUSÃO

Revela-se com o trabalho a existência de um novo ramo do Direito, qual seja, o Direito de Informática, surgido no contexto em que a internet passa a ser utilizada não só como uma ferramenta para o desenvolvimento da sociedade, mas também no cometimento de atos ilícitos; os chamados crimes cibernéticos.

Nesse sentido, adviram problemas jurídicos tais como a ausência de uma legislação penal autônoma e específica para regulamentar os delitos da internet. Contudo, isso não significa que a internet é uma "terra sem lei". Ademais, também não impede o trabalho dos órgãos competentes em articular ações no enfrentamento dessa nova modalidade delitiva.

Outrossim, é necessário estabelecer diretrizes para o uso seguro da internet, principalmente no que tange a participação em redes sociais.

Há importantes precauções a serem tomadas; a apropriada utilização da rede por todos os que a acessam é meio eficaz no combate ao criminoso digital.

Ante o exposto, verifica-se que a falta de uma previsão legal das condutas cibernéticas ilegais pode levar a inconfortável idéia



de impunidade, mas toda a sua dificuldade em legislar está associada a rapidez com que as informações se propagam fruto de mundo intocável.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; CASTRO, Aldemário Araújo. *Manual de informática jurídica e direito da informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL, *Código Penal Brasileiro (Código Penal)*. Brasília: Senado: 1940.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª. ed. São Paulo: Rideel.

BRASIL. *Decreto nº 96.036, de 12 de maio de 1988*. Regulamenta a Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987 que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no País, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 9.983, de 14 de julho 2000*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 7234, de 29 de outubro de 1984*. Esta Lei estabelece princípios, objetivos e diretrizes da Política Nacional de Informática, seus fins e mecanismos de formulação, cria o Conselho Nacional de Informática e Automação - CONIN, dispõe sobre a Secretaria Especial de Informática - SEI, cria os Distritos de Exportação de Informática, autoriza a criação da Fundação Centro Tecnológico para Informática - CTI, institui o Plano Nacional de Informática e Automação e o Fundo Especial de Informática e Automação.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, c2003. 243p.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.

Disponível em <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/index/id/10>> Acesso em 09 de ago. 2011.

Disponível em <<http://facebook.com>> Acesso em 30 de jul. 2011.

Disponível em <<http://h30458.www3.hp.com/br/ptb/smb/941786.html>> Acesso em 06 de jul. 2011.

Disponível em <<http://info.abril.com.br/noticias/carreira/rede-social-e-1-opcao-na-busca-por-emprego-27042011-24.shl>> Acesso em 06 de jul. 2011.

Disponível em <<http://orkut.com.br>> Acesso em 30 de jul. 2011.

Disponível em <<http://twitter.com>> Acesso em 30 de jul. 2011.

Disponível em <<http://www.blogdacomunicacao.com.br/rede-social-na-internet-o-que-e-isso/veja.abril.com.br/080709/nos-lacos-fracos-internet>

-p-94.shtml> Acesso em 06 de jul. 2011.

Disponível em <[http://www6.ufrgs.br/limc/PDFs/redes\\_sociais.pdf](http://www6.ufrgs.br/limc/PDFs/redes_sociais.pdf)> Acesso em 06 de jul. 2011.

FERREIRA, Lôren Formiga de Pinto. *Os crimes de informática no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6064](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6064)> Acesso em 05 de jul. 2011.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, 1098.

PINHEIRO, Patrícia. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSA, Fabrício. *Crimes de Informática*. 1. ed. Campinas, São Paulo: Book-seller, 2002.

ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

ROVER, Aires José. *Direito e informática*. Barueri, SP: Manole, 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). *Internet: o direito na Era Virtual*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informáticos: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

## NOTAS DE FIM

1 Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

2 Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

3 Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

4 Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas.

5 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Processo Civil Aplicado pelo CEAJUFE/IEJA. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Professor e Pesquisador da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro colaborador do ICP (Instituto de Ciências Penais), do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do IBDP (Instituto Brasileiro de

Direito Público), do IBDC (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), do IDC (Instituto de Direito Civil), do IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) e do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo "José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior" e Direito, Sociedade e Modernidade "Rita de Cássia Fazzi". E-mail para contato: cristiankiefer@yahoo.com.br

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA CRÍTICA À VINCULAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Cândice Lisbôa Alves<sup>1</sup>

Christiane Costa Assis<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar o consequencialismo na teoria do mínimo existencial, argumentação decorrente da análise econômica do Direito e recorrente nas decisões acerca dos requerimentos atinentes aos direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais. Utiliza-se como referenciais teóricos Robert Alexy, Peter Häberle, Gomes Canotilho, José Adércio Leite Sampaio, Ricardo Lobo Torres e Ingo Sarlet, entre outros. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando-se as obras mais relevantes sobre o tema. Inicialmente discutem-se os contornos do conceito de mínimo existencial, contrastando-se o posicionamento dos autores mais relevantes sobre o tema. Em seguida, discorre-se sobre a subjetividade do âmbito de proteção do mínimo existencial, assim como acerca de sua diferenciação em relação ao mínimo vital, sendo esta falta de objetividade uma de suas deficiências pragmáticas. Defende-se a impossibilidade de o mínimo existencial ser utilizado como argumentação *prima facie* para o indeferimento das ações que visem à efetividade dos direitos fundamentais. Concluiu-se no presente trabalho que a análise econômica do Direito, e, em especial a teoria dos custos dos Direitos, quando pautam-se no mínimo existencial, apresentam-se como consequencialistas, uma vez que visam à não vinculação financeira do Estado por suas obrigações prestacionais decorrentes dos direitos fundamentais. Assim, as decisões que fundamentam-se exclusivamente na premissa do mínimo existencial configuram-se como pré-determinações que relativizam a fundamentalidade dos direitos fundamentais e também a rigidez constitucional, o que não coaduna com o código binário do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Custos do direito.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são considerados o cerne do Ordenamento Jurídico, sendo a busca pela sua efetividade o grande desafio do Estado Democrático de Direito, bem como seu desiderato. Pode-se afirmar que, hodiernamente, a legitimidade do Estado encontra-se na confluência entre as regulamentações acerca dos direitos fundamentais e sua concretização.

Inobstante, toda a importância atribuída a tais direitos, seus contornos bem como a garantia de sua efetividade constituem-se como desafio sério ao orçamento público. Este embate apenas exemplifica a dicotomia que por vezes distancia a deontologia da ontologia. Em relação aos direitos fundamentais, esta discrepância evidencia-se rotineiramente.

Enquanto discute-se a essencialidade dos direitos fundamentais, reconhece-se sua relatividade provocando-se questionamentos acerca das restrições à tais direitos. Dentre os diversos posicionamentos acerca do adequado tratamento para os direitos fundamentais destaca-se a análise econômica do direito que, através da teoria dos custos, admite a relativização da fundamentalidade daqueles direitos que não integrem a noção de mínimo existencial. A teoria econômica do direito

sobreleva o conceito de eficiência e escassez em relação à essencialidade do direito, uma vez que parte de um critério econômico e não jurídico.

Nesta seara, o conceito de mínimo existencial coaduna-se com a perspectiva consequencialista a serviço da teoria dos custos dos direitos. Ao fim e a cabo, o consequencialismo apontado parece sobrepujar a essencialidade dos direitos classificados como fundamentais e sobrelevar a salvaguarda financeira do Estado. Tal postura fere com veemência o código binário do direito, colocando em cheque as noções de certo e errado, lícito e ilícito. Os fins sobrepõem-se aos meios e o Estado deixa de ser agente responsável pelo bem comum, com responsabilidades sociais e financeiras para garanti-las, adotando a preocupação com sua estabilidade financeira.

Para analisar as implicações que a noção de mínimo existencial exerce frente aos direitos fundamentais este artigo parte de um estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais. Posterior a ela, faz-se uma análise sobre a teoria dos custos dos direitos e do mínimo existencial. Em seguida, apontam-se críticas ao viés econômico representado pela teoria do mínimo existencial.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal em seu Título II trata dos direitos e garantias fundamentais, dividindo-os nos seguintes capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. José Afonso da Silva ressalta que embora a Constituição não inclua direitos fundados nas relações econômicas entre os direitos fundamentais eles assim podem ser considerados<sup>3</sup>.

O Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência pacificou o entendimento de que o rol de direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal não é taxativo, sendo que outros Direitos Fundamentais podem existir na legislação esparsa de forma expressa ou implícita. Esta postura apenas reconheceu o que a doutrina europeia entende como textura aberta dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, destaque-se trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF:

*A nova Carta enumerou os direitos e garantias individuais em seu art. 5º. Fê-lo de maneira minuciosa, mas não exaustiva, já que, no § 2º, deixou ressalvado que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".*

*Repare-se que o texto não se refere direitos e garantias expressos no art. 5º, mas na Constituição, querendo significar, portanto, que o mencionado dispositivo não é exaustivo em relação aos direitos expressos na Carta.<sup>4</sup>*

Na doutrina Paulo Bonavides classifica os Direitos Fundamentais em gerações - termo que foi substituído por dimensões em função da falsa perspectiva que o termo gerações cria, uma vez que remete a uma sucessão e exclusão que não coaduna com o espírito de progressividade necessário em termos de proteção aos direitos fundamentais.

Retomando-se a classificação pelas dimensões, conforme sua origem histórica, entende-se que o ideário revolucionário de "liberdade, igualdade e fraternidade" da França no século XVIII profetizaram os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, respectivamente<sup>5</sup>. Sobre os direitos de primeira dimensão explica Bonavides:

*Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem,*

*por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucional do Ocidente<sup>6</sup>.*

O autor explica que os direitos de primeira dimensão ou direitos da liberdade "são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado<sup>7</sup>".

Os direitos de segunda dimensão dominaram o século XX e consistem em:

*[...] direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>8</sup>.*

Sobre os direitos de terceira dimensão explica o autor:

*Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta<sup>9</sup>.*

Os direitos de quarta dimensão, por sua vez, envolvem a globalização política:

*São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência<sup>10</sup>.*

Ao tratar dos caracteres dos Direitos Fundamentais José Afonso da Silva apresenta uma reformulação da concepção clássica que os define como direitos inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis<sup>11</sup>, embora afirme que "expurgando-se a conotação jusnaturalista que informara a matéria, ainda é possível reconhecer certos caracteres desses direitos<sup>12</sup>". Segundo o autor, são caracteres dos Direitos Fundamentais:

*Historicidade. São histórias como qualquer outro direito. Nascem, modificam-se e desaparecem.*

*Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;*

*Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer;*

*Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade de direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;*

*Irrenunciabilidade. Não se renunciavam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados<sup>13</sup>.*

José Adércio Leite Sampaio divide os conceitos de Direitos Fundamentais em materiais e formais<sup>14</sup>. Explica o autor que "as concepções materiais procuram formular um sentido para a expressão 'direitos humanos' que se vincule ao conteúdo desses direitos"<sup>15</sup>. As concepções materiais podem ser divididas em perspectiva positivista (1), perspectiva não-positivista (2) e perspectiva eclética (3):

*1 – Perspectiva positivista: os direitos humanos, de acordo com essa perspectiva, incluem em seu núcleo de significado o reconhecimento pelo direito. São apenas aqueles "interesses" ou "bens" reconhecidos como "básicos" ou "fundamentais" e tutelados pela ordem jurídica, segundo o seu sistema instrumental<sup>16</sup>.*

*2 – Perspectiva não-positivista: podemos encontrar certas concepções que identificam os direitos humanos com as aspirações morais ou as necessidades humanas "maiores", referidas tanto à dignidade do homem, expressa nos direitos de liberdade, igualdade, segurança e prosperidade, quanto, para uns não para outros, aos seus interesses sociais e econômicos<sup>17</sup>.*

*3 – Perspectiva eclética: procura-se reunir uma dimensão jusnaturalista transcendental ou histórica com a política [...] Estão designados aí os conteúdos dos direitos como "exigências" de determinados valores (dignidade, liberdade, igualdade) definidos pela sua historicidade, mas que se determinam como um dever ser do dever ser positivo, pois que "hão de ser" reconhecidos pela ordem jurídica interna e internacional<sup>18</sup>.*

Já uma concepção formal, segundo José Adércio Leite Sampaio, [...] no âmbito da teoria dos direitos humanos, procura definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos, sem a preocupação em identificar quais seriam o conteúdo desses direitos em um ordenamento concreto ou quais deveriam ser, em qualquer ordenamento, suas dimensões, renunciando à formulação de uma teoria dogmática e filosófica dos direitos humanos respectivamente<sup>19</sup>.

As concepções formais dividem-se em teóricas (1) e dogmáticas (2):

*1 – Perspectivas teóricas: as orientações formais teóricas procuram identificar nos direitos atributos que dêem a ele a qualidade de "direitos humanos" ou "fundamentais". São características que se podem verificar na ocorrência de todos os direitos da espécie<sup>20</sup>.*

Acrescenta o autor que "é o caráter universal a grande forma dos direitos para a maioria dos pensadores, notadamente ocidentais. Universalidade subjetiva e objetiva que, enquanto tal, desconhece fronteiras, etnias, cor, raça, sexo e religiões<sup>21</sup>".

*2 – Perspectiva dogmática: quando usamos o termo "dogmático" em direito queremos nos referir a uma ordem jurídica em espécie. Uma teoria dogmática dos direitos humanos, portanto, versa sobre os aspectos definidores de tais direitos como referência um sistema de direito determinado, seja de âmbito interno, seja de âmbito internacional<sup>22</sup>.*

A compreensão dos Direitos Fundamentais – direitos humanos, em se tratando do âmbito internacional – consiste em tema controverso na jurisprudência e na doutrina sendo alvos de críticas das mais diversas naturezas. José Adércio Leite Sampaio enumera as mais comuns:

As críticas aos direitos humanos advêm de muitas frentes, desde as chamadas progressistas e revolucionárias aos conservadores, tanto semânticas quanto historicistas, da esquerda e da direita, do centro do sistema globalizado à sua periferia, além de muitos pensadores pós-modernos. Essas críticas se referem à base racional, à origem contratualista, ao caráter abstrato e subversivo dos direitos, bem como denunciam a força alienante de seu discurso, a engendrar valores próprios do sistema econômico capitalista e do etnocentrismo ocidental, produzindo uma falsa consciência dos problemas, homogeneizando diferenças e reduzindo as potencialidades de transformação da realidade. Há ainda uma crítica que se direciona contra a proteção de guetos de delinquência fornecida por tais direitos<sup>23</sup>.

Não obstante à discussão acerca dos Direitos Fundamentais e considerando-se a previsão constitucional dos mesmos, é necessário analisar as possibilidades de restrição. Robert Alexy trata de duas teorias de restrições a direitos fundamentais: a teoria externa e a teoria interna<sup>24</sup>.

A teoria externa dos direitos fundamentais admite uma diferenciação entre o direito em si, ou seja, o direito não restringido, e o que resta do direito após a restrição, ou seja, o direito restringido. A relação entre o direito não restringido e o direito restringido não deve necessariamente existir, como explica Alexy:

*Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a parti da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos<sup>25</sup>.*

A teoria interna dos direitos fundamentais se diferencia da teoria externa por não aceitar a divisão entre direito e sua restrição, pois na mesma há apenas o direito com um determinado conteúdo que poderá ser limitado, mas não restrito<sup>26</sup>. Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria externa necessita de argumentação no caso concreto de colisão de direitos fundamentais, enquanto a teoria interna trata de mera subsunção, uma vez que a colisão entre direitos fundamentais teria uma solução a priori.

Segundo Alexy a opção por uma das duas teorias está relacionada com a "concepção das posições de direitos fundamentais"<sup>27</sup>, pois "se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser"<sup>28</sup>. Convém ressaltar que Alexy adota a teoria externa ao afirmar que "restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental"<sup>29</sup>.

Exposta em linhas gerais a caracterização doutrinária dos direitos fundamentais, passa-se aos pressupostos teóricos da análise econômica do direito para, em seguida, criticar tal posicionamento.

### 3 TEORIA DOS CUSTOS DO DIREITO E MÍNIMO EXISTENCIAL

Antes de se adentrar à teoria dos custos dos direitos e do mínimo existencial é importante tecer algumas considerações para localizar historicamente o contexto em que tais discussões se tornaram relevantes, ou seja, na segunda metade do século XX, período em que a segunda dimensão dos direitos fundamentais se fez sentir de forma expressa na legislação constitucional do mundo, primando pela efetividade dos direitos referentes que tinham como carro chefe o conceito de igualdade material.

Dentro da perspectiva da igualdade material, uma vez que já se reconhecia as desigualdades fáticas, tornou-se imprescindível que o Estado passasse a agir ativamente pela promoção de direitos para a classe social desfavorecida econômica, social e culturalmente, sob pena de que tais pessoas quedassem-se inevitavelmente afastadas da possibilidade das condições mínimas de sobrevivência que deve ser aliada a um conceito de dignidade, por mais subjetivo que este possa ser<sup>30</sup>.

Para se falar, então, em um direito de igualdade é necessário, antes de mais nada, que se prime pela liberdade real, esta concebida como a condição humana de ter presentes todas as condições materiais aptas à garantia da existência humana<sup>31</sup>. Ou seja, só é realmente livre quem já possui condições mínimas atendidas, citando-se, a título de exemplo, a questão da alimentação, trabalho, educação, lazer, entre outras. Bem, após o ser humano ser livre pode-se cogitar a proteção da sua igualdade material ou substancial.

A igualdade material, enquanto direito de segunda dimensão, encontra no Estado sua maior promotora. Para tanto, o Estado passa a desempenhar uma atuação positiva, como garantidor e mesmo prestador de serviços públicos, o que lhe exige, de forma direta, um incremento financeiro.

Estes direitos de segunda dimensão foram denominados direitos sociais e usualmente são classificados como direitos positivos, no sentido de exigirem do Estado um adimplemento dependente de rubrica. Assim, são associados aos custos Estatais.

Deve-se advertir que é falacioso manter a distinção entre di-

reitos positivos como aqueles que exigem investimentos financeiros por parte do Estado e direitos negativos como aqueles que não exigem do Estado tal incremento. Ora, todos os direitos exigem investimento financeiro, seja para o seu exercício específico, seja porque o Estado precisa manter toda uma infraestrutura para o desenvolvimento de sua atividade<sup>32</sup>.

Há ainda que se ressaltar que no exercício de direitos fundamentais há uma dialética que une direitos positivos e negativos ou direitos de liberdade com direitos prestacionais, uma vez que tais direitos se complementam e, juntos, tornam possível o exercício dos demais. Nas palavras de Schäfer:

*Com efeito, no atual estágio da evolução dos direitos fundamentais, no qual qual a inserção dos novos direitos, com marcadas noções difusas, é nota essencial, todos os direitos apresentam, simultaneamente, características negativas e positivas, no momento em que exigem, para concretização, de um complexo conjunto de ações/omissões por parte do Poder Público e dos particulares, exteriorizando uma interligação dialética constante entre os diversos núcleos protegidos, ficando aberto o caminho para a reconstrução da teoria dos direitos fundamentais.* <sup>33</sup>

Deve-se ressaltar que quando se classificam direitos em positivos e negativos, toma-se por referência o agir estatal, mas que, acima de tudo, se refere a direitos fundamentais. Com tal colocação pretende-se reafirmar que todos permanecem *fundamentais*, portanto, indispensáveis à manutenção da vida digna dos cidadãos.

Há ainda a crítica de que determinados direitos são, ao mesmo tempo, positivos e negativos. Neste sentido Sarlet e Figueiredo afirmam que os direitos fundamentais sociais desempenham determinadas características positivas (as prestações propriamente ditas) e ao mesmo tempo negativas (necessidade de abstenção do legislador no sentido de não poder limitar ou restringir o direito fundamental apregoado). Utilizam como exemplo o direito à moradia e também saúde<sup>34</sup>.

É exatamente em decorrência da necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado e da suposta falta de recursos por parte dele que surge uma teoria que almeja diminuir a responsabilidade do Estado pelo adimplemento/efetividade dos direitos fundamentais de forma geral e dos direitos sociais de forma específica. Ao tratar de direitos sociais trata-se, de forma mais próxima, daqueles direitos que exigem uma prestação estatal. Grosso modo o embate entre a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível como limites à fruição dos direitos fundamentais sociais significa que o Estado não quer "pagar a conta" pelas atividades às quais está vinculado pela Carta Constitucional. Nas

palavras de Sarmento<sup>35</sup>, o Ente Estatal tem ciência do "cobertor curto" das finanças públicas ante as demandas sociais. Diante da argumentação da restrição da capacidade financeira do Estado, destaca-se a teoria dos custos dos direitos.

A teoria dos custos dos direitos tem origem americana e encontra em Holmes e Sunstein<sup>36</sup> seus principais expoentes. Os autores trazem a perspectiva de que não basta a ideologia de realização de direitos pelo Estado de forma abstrata, como se todos os direitos fossem plenamente possíveis e de fácil concretização. Todos os direitos representam custos<sup>37</sup> e deve haver rubrica para tanto. Sem recursos não se pode falar em efetividade de direitos, sejam eles de quaisquer natureza.

Para Holmes e Sunstein<sup>38</sup> a forma de o Estado adquirir capital para o adimplemento dos direitos é através da arrecadação tributária, sendo esta tarefa indispensável para a consecução do bem comum. Trazem também a perspectiva da limitação financeira do Estado ou, em outras palavras, da escassez de recursos frente às demandas sociais que necessitam e anseiam pela atuação estatal.

Desemboca da limitação de recursos do Estado o termo "escolhas trágicas" que encontrou na doutrina pátria sua voz em Flávio Galdino<sup>39</sup> e Gustavo Amaral<sup>40</sup>, especialmente este último, já que sua obra remete a este tema de forma expressa, ou seja: "Direito, Escassez & escolha". Pelo título do livro é possível perceber a disjunção estabelecida entre a escassez e o direito ou a decorrência da escassez em uma escolha no Direito.

A "escolha" em termos de direitos fundamentais - e de forma especial em relação aos direitos sociais - costuma ser trágica porque pode privar uma das partes de bens jurídicos extremamente relevantes como, por exemplo, a própria vida, como ocorre nos requerimentos de saúde. Ou pode alijar a população da participação ou acesso a serviços de socialização indispensáveis a sua formação plena enquanto cidadã, como no caso das vagas na rede de ensino fundamental ou nas creches previstas às crianças até cinco anos.

Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 45 também utilizou o termo "escolhas trágicas" em seu voto para referir-se à questão da saúde pública. E o Ministro Celso de Mello novamente aplicou a disjunção trágica em julgado que tratou das vagas às crianças em sistema de ensino público como se observa na ementa abaixo:

*E M E N T A: criança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino Infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das "astreintes" contra o poder público*

- doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, IV, na redação dada pela ec nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211, § 2º) - legitimidade constitucional da intervenção do poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inoportunidade de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das "escolhas trágicas" - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio "jura novit curia" - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido.<sup>41</sup>

O julgado acima é elucidativo para exemplificar que a mais alta Corte brasileira já apreendeu o significado da teoria das escolhas trágicas ou dos custos dos direitos. Inobstante, a posição por hora dominante no Supremo Tribunal Federal é no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sem vinculá-los ao orçamento público e mesmo às políticas públicas que muitas vezes não são elaboradas ou não atendem a toda a demanda da população. Ainda assim, discordando da posição do Supremo Tribunal Federal, seguimentos importantes da doutrina têm se posicionado no sentido de buscar a vinculação entre Direito e Economia.

Timm<sup>42</sup> assevera que a melhor maneira de promover o atendimento dos direitos fundamentais é através da aplicação da racionalidade da economia, no sentido de eficiência nas demandas judiciais que almejam prestações do Estado.

O critério de eficiência determina que se busque alcançar o máximo resultado com o mínimo dispêndio financeiro possível de forma a se permitir o maior número de atendimento a requerimentos pleiteados pela população. Neste sentido, afirma que a economia se presta a uma democratização do Direito, porque promove um maior deferimento de demandas com um mesmo orçamento. A diferença é a racionalidade do critério da eficiência, típico da ciência econômica. Ou seja:

*Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação*

*são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso*<sup>43</sup>.

Dentro da economia um dos métodos de permitir a melhor aplicação dos recursos públicos é através do planejamento e isto remete no Direito, às políticas públicas que são a forma pertinente de a Administração Pública escolher, segundo o critério de discricionariedade, como aplicar as verbas públicas para, ao fim, atingir o objetivo esperado.

O planejamento deve ser entendido como necessidade para o Direito como mecanismo de "racionalização no uso dos recursos"<sup>44</sup>, tendo em vista que os mesmos são limitados. Planejamento também remete ao orçamento público, cuja previsão também se encontra na norma constitucional.

Torres<sup>45</sup>, anteriormente à Timm talvez pela sua origem tributarista, almeja à racionalidade dos gastos públicos e a vinculação entre estes e o orçamento. Afirma o autor ser através do orçamento público que o Estado auferirá receitas que serão empregadas no adimplemento dos direitos fundamentais.

Torres é de extrema relevância no cenário nacional por ter sido quem suscitou a teoria do mínimo existencial no Brasil. Segundo a doutrina do mínimo existencial o Estado apenas estaria vinculado ao adimplemento das condições mínimas de existência digna do ser humano e não à totalidade de suas necessidades. Este mínimo, além de não poder sofrer intervenção do Estado, exige dele uma atuação positiva para garanti-lo aos necessitados<sup>46</sup>.

A grande controvérsia quanto ao mínimo existencial diz respeito aos direitos sociais, ou seja, se todas as prestações devidas pelo Estado através da previsão enquanto direitos sociais seriam ou não acobertadas pelo mínimo existencial. Mais uma vez ressalte-se que esta preocupação surge em função das demandas financeiras significativas que assolam o Estado, ou seja, à perspectiva dos custos dos direitos.

Fato é que na realidade social se fez presente uma "tensão entre a decrescente capacidade prestacional do Estado e da sociedade e o aumento da demanda por prestações sociais"<sup>47</sup>. Assim, expandiu-se a doutrina que visa preservar o Estado do pagamento relativo a todos os supostos direitos fundamentais ou em relação aos direitos sociais que, de outro giro, não são considerados fundamentais ou abarcados pelo que se denomina "mínimo existencial".

Torres<sup>48</sup> tem como ponto nevrálgico de sua tese exatamente a diferenciação que determina que nem todos os direitos sociais são fundamentais e que apenas os que se adequam ao conceito de mínimo existencial é que adquirem o *status* de direitos fundamentais.



Questão bastante controversa é a delimitação do mínimo existencial. Para Torres<sup>49</sup> a teoria do mínimo existencial é um sub-sistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, que considera como pertencentes ao mínimo existencial os direitos essenciais, inalienáveis e existenciais, ainda que não propriamente fundamentais, uma vez que tais direitos podem não estar alocados na cártula constitucional e sim dispersos no Ordenamento Jurídico como, por exemplo, no direito civil, penal, entre outros. O que prepondera são as características do direito em si. Estas se apresentam como elementos<sup>50</sup> normativos, dogmáticos, interpretativos e ligados à moral. Como elemento normativo, tal teoria preocupa-se com a concretização do direito em si. Já no aspecto dogmático, eleva-se a concretização tendo como pressuposto as fontes dogmáticas e jurisprudenciais. Como caráter interpretativo há uma vinculação entre as consequências que o direito irá projetar a seu redor. Por fim, como elemento ligado à moral, encontra-se a vinculação do mínimo existencial a caracteres morais do direito assim como ocorre com os direitos fundamentais. Tal situação pode ser percebida quando no conceito de mínimo existencial se abordam questões como auxílio aos necessitados, combate à pobreza, educação, desenvolvimento humano, saúde, redistribuição de renda e qualidade de vida, sendo todos estes elementos marcados por aspectos intimamente relacionados à moral.

Ingo Sarlet<sup>51</sup> assinala assim como Torres que “nem todas as normas da ordem social compartilham a fundamentalidade material”, mas assevera a importância do tratamento de todos os direitos trazidos pelo Art. 6º da Constituição Federal como fundamentais. Afirma que o mínimo existencial pode ser considerado direito subjetivo, mas, assim como todos os direitos fundamentais, não pode ser compreendido com caráter absoluto e sim relativo.

Sarlet<sup>52</sup> assevera que a noção de mínimo existencial não engloba apenas a de *mínimo vital*, que seria aquele a abranger tão somente as condições necessárias de sobrevivência do ser humano. Na noção de mínimo existencial estão presentes conceitos atinentes ao *mínimo fisiológico* bem como a um *mínimo sociocultural*, ainda que esta definição seja subjetiva. Afirma Sarlet<sup>53</sup> que, por tal motivo, o conceito de mínimo existencial “assume o significado de cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais explícitos”.

A título de exemplo, cita os seguintes direitos como pertencentes ao mínimo existencial:

*[...] direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e sanea-*

*mento básico, transporte, energia elétrica, (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência*<sup>54</sup>.

Sarmento complementa:

*O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto.* <sup>55</sup>

O autor manifesta-se no sentido de que o conceito de mínimo existencial não é absoluto e deve guardar relação com as condições peculiares daqueles que requerem a prestação do Estado - mesma posição expressa por Sarlet. Também Sarlet<sup>56</sup> subdivide o conceito de mínimo existencial em um caráter positivo e outro negativo. Sob o viés negativo, apresenta-se como cláusula de barreira que impede o descumprimento dos direitos fundamentais, ainda que apenas em seu conteúdo mínimo, tanto pelo Estado quanto pelos particulares. Sob o enfoque positivo, obriga o Estado a dar cumprimento às prestações necessárias à manutenção da vida digna, o que corresponde ao conceito de mínimo existencial.

Retomando-se o posicionamento de Sarmento, o mesmo relativiza o mínimo existencial atrelando-o, intimamente, às condições subjetivas de quem o pleiteia em juízo, de forma que, por exemplo, o rendimento do requerente deva ser levado em consideração quando da análise judicial. Afirma assim que o mínimo existencial deve ser densificado diante do caso concreto e não em uma relação abstrata. O autor esclarece:

*O fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua vida digna. trata-*

-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada.<sup>57</sup>

Como já se explicou, não há consenso entre a delimitação do mínimo existencial, tampouco sobre a obrigatoriedade de o Poder Judiciário estar ou ser vinculado a mesma para analisar as demandas sob sua apreciação. Diante do que se considera uma abertura extremada, passa-se a tecer algumas críticas ao conceito e função do mínimo existencial para os direitos fundamentais.

#### **4 APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL: CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL?**

Os direitos fundamentais são hoje o epicentro do Ordenamento Jurídico, sendo temerário vincular quaisquer elementos extrínsecos ao seu núcleo essencial. O atendimento pleno aos direitos fundamentais é uma consequência da Supremacia da Constituição considerada não como princípio passível de relativização, mas sim como condição de procedimentalidade da mesma.

Por núcleo essencial, núcleo duro ou limite dos limites dos direitos fundamentais considera-se a essência de proteção do direito fundamental, o bem jurídico ao qual o Poder Estatal conferiu proteção por considerá-lo merecedor da tutela devido à sua imprescindibilidade (irrenunciabilidade e inalienabilidade) para o cidadão. Este núcleo vincula o legislador que não poderá modificar ou diminuir o âmbito da proteção já conferida ao direito fundamental, devendo proteger a progressividade do bem tutelado<sup>58</sup>.

É de suma relevância perceber que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia plena e imediata, conforme estabelecido pelo art. 5, §1º da Constituição da República. Ou seja, não se pode admitir uma eficácia parcial ou subordinada a determinadas condições como, por exemplo, a existência de orçamento.

A abordagem econômica do direito firma-se em critérios financeiros não considerando argumentos jurídicos. A análise da mesma tem objetos diversos e a economia, quando aplicada ao direito, tende a propiciar um consequencialismo temerário, onde o dispêndio econômico mede o nível de proteção do direito questionado.

Ora, mesmo que se considere como verdade que todos os direitos impliquem em custos, alguns custos não são de fácil mensuração, vez que além do valor efetivamente gasto, há um caráter subjetivo implícito ao direito que é a representação provocada pelo mesmo nas individualidades, na personalidade, na plenitude da pessoa. Quanto poderia custar a saúde de uma pessoa? Quanto poderia custar a morte de outra? Em tais perguntas há algo além do custo referente aos procedimentos médicos: há um valor subjetivo que entrelaça a vida dos familiares e os respectivos sen-

timento que decorrem da dor, do amor, da aflição, do medo. Assim, tal mensuração parece praticamente impossível.

Ademais, decisões judiciais devem ser o resultado lógico do procedimento, com efetiva participação das partes. Ou seja, as decisões judiciais devem estar conectadas às razões processuais e não a ideologias ou questões políticas, exceto quando estas estejam previamente consignadas nas normas jurídicas que tutelam a questão. Álvaro Ricardo de Souza Cruz faz importante ressalva com relação à moralidade e a política que, por vezes, vêm inseridas nas sentenças judiciais:

*A partir daí, o "princípio da moralidade e do discurso" cede espaço a argumentos políticos, tais como os de "lacunas perigosas", "prejuízo financeiro", "dano econômico irreversível" e a "reserva do possível". Em vez de examinar se os argumentos pragmáticos violam os direitos fundamentais, o raciocínio se inverte e a prioridade se torna a viabilização da política econômico-financeira do Estado. O Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com sua decisão, mesmo que "alguns" direitos fundamentais sejam violados<sup>59</sup>.*

Continua o autor:

*A "supremacia da Constituição" é elemento essencial à constituição do código de funcionamento do Direito. Um código binário que separa o lícito/constitucional do ilícito/inconstitucional. Se ele deixa de ser considerado, quem se afasta é o próprio Direito. A Corte assume uma decisão de caráter estritamente político!<sup>60</sup>*

O autor demonstra em seu texto que o direito deve estar adstrito às discussões atinentes ao que ele denomina "código binário de direito", ou seja, às noções de certo ou errado, lícito ou ilícito de forma primordial. Assim, não se pode condicionar o deferimento ou a efetividade de um direito fundamental a um argumento meramente econômico, sob pena de haver um desnaturamento do núcleo essencial do direito fundamental discutido em juízo.

É por não suportar uma relatividade exterior a possíveis conflitos entre direitos fundamentais que se rechaça a aplicação simples e irrestrita da teoria dos custos dos direitos, com seu viés economicista, às discussões acerca dos direitos fundamentais. Lado outro, ao se tratar das discussões acerca do conteúdo de mínimo existencial, é necessário, da mesma forma, questionar as limitações que dele decorrem.

Inicialmente há que se destacar que a teoria do mínimo exis-

tencial busca justificar o atendimento a alguns - e não à todos - os direitos fundamentais através de uma hierarquização. Neste sentido, alguns direitos elencados como pertencentes ao mínimo existencial devem ser promovidos pelo Estado ainda que sem a necessidade de políticas públicas para tanto enquanto outros, por não serem aceitos como integrantes do mínimo existencial, não são obrigatórios. E quando adimplidos, devem ser efetivados através de políticas públicas elaboradas pelo Poder Legislativo. Ora, falta coerência lógica em tais situações, uma vez que não existem elementos fortes o suficiente para diferenciar os direitos supostamente pertencem ao mínimo existencial daqueles que não se adequam ao mesmo.

Outra questão essencial a ser abordada é o consequencialismo da análise econômica do direito. Consequencialismo é aqui utilizado com o significado de sobrelevar os desdobramentos da decisão antes mesmo de esta ser prolatada, admitindo-se que as consequências da decisão possam condicioná-la. Na verdade opta-se antecipadamente pelo "o que" julgar, ou, pelo "como" julgar. Ou seja, as consequências do julgamento se sobrepõem às demais questões tais como o conteúdo normativo ou o procedimento em si. Um exemplo seria o seguinte pensamento: "se não há rubrica para se garantir a moradia diante da ação proposta, deve-se alegar o princípio do mínimo existencial ou a reserva do possível". Observe-se que não se questionou a constitucionalidade do direito à moradia, ou seja, a dicção normativa foi desqualificada sob o argumento econômico.

Amaral e Mello dissertam sobre o consequencialismo diante das ações que pleiteiam direitos relacionados à saúde ponderando que "é preciso, pois, examinar não apenas o valor intrínseco da norma e o estado de coisas por ela direcionado, mas também as diversas consequências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que possam decorrer das atividades afetadas pela norma"<sup>61</sup>. Assim, os autores ressaltam a importância a qual atribuem ao orçamento público, como mecanismo de refrear a interferência do Judiciário em áreas que são da competência funcional do Legislativo (políticas públicas) ou do Executivo (aplicação das verbas públicas para dar cumprimento às políticas públicas).

Amaral e Mello<sup>62</sup> relatam que quando a demanda tem como pano de fundo a saúde o Poder Judiciário, quase de forma unânime, proclama a necessidade de se deferirem os requerimentos pleiteados, uma vez que leem tais ações como se representassem o embate entre vida versus orçamento público. Resta então aos autores clamarem por uma oportunidade de modificação do pensamento dos magistrados, de forma que eles possam analisar o caso concreto diante do procedimento, evitando-se um pré-julgamento que considere apenas uma moralidade dos membros do Judiciário.

Toda atividade consequencialista é temerária, pois a mesma busca apenas uma justificativa legal para uma decisão de cunho

intrínseco/moral do magistrado. Dessa forma, macula-se qualquer procedimento judicial, retirando-se a neutralidade do julgamento e ainda a racionalidade que deveria ser sua fonte de legitimidade.

A teoria do mínimo existencial é, pela sua natureza, consequencialista, assim como a argumentação pela reserva do possível. Ambas almejam diminuir o âmbito de responsabilidade social que o Estado têm para com seus cidadãos e, assim sendo, desconsideram toda a construção sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais. Dessa forma, o que importa não é o direito pleiteado, suas dimensões e seus contornos, mas as consequências jurídicas do julgamento - em especial, a condenação do Estado.

Sampaio<sup>63</sup>, ao tratar da razoabilidade como critério argumentativo para justificar o posicionamento dos juízes, retoma o pensamento de Scaccia exatamente no ponto que se aplica à discussão que aqui se coloca. Sampaio discute o critério de razoabilidade que é utilizado com frequência para justificar a posição dos juízes nas decisões que prolatam:

*A "Constituição do caso" e "do juiz" acaba por desnortear a própria teoria constitucional, pois em que bases se permite falar consistentemente em um poder constituinte originário, se a sua obra for uma simples referencia vaga entre os espectros de razoabilidade sem fim à disposição de poderes em tese constituinte? Como se pode falar de superioridade (de higher law) e rigidez constitucional, se a cada instante há um parâmetro de constitucionalidade que abraça conteúdos imprevisíveis, suscitando mudanças informais e a própria desformalização mutante da Constituição?*<sup>64</sup>

De acordo com a citação acima, pode-se concluir que a relatividade dada ao conteúdo dos direitos fundamentais, ao se aderir à teoria do mínimo existencial e à possibilidade de mitigação da obrigatoriedade do Estado em garantir tais direitos, enfraquece a própria norma constitucional. Em outras palavras, coloca em risco a força normativa da Constituição e ainda sua Supremacia. Ao remeter ao poder constituinte originário, Sampaio demonstra a obrigatoriedade e importância que deveria ser dada ao mesmo no sentido de que a rigidez constitucional adotada pelo Ordenamento pátrio não admite a relativização constante da Constituição, tampouco a mutação do conteúdo das cláusulas pétreas - entre elas a proteção aos direitos fundamentais.

Não se vive em um país ideal com recursos públicos suficientes para se atender plenamente a todos os direitos fundamentais e a todos os cidadãos. Entrementes, esta restrição ou limitação apenas poderá ser legítima quando partir da análise do caso concreto e não sob a alegação da teoria do mínimo existencial.

É imprescindível um conjunto probatório robusto que demonstre a desobrigação do Estado em adimplir um direito fundamental, garantindo-se todas as oportunidades processuais ao requerente para contra-arrazoar as alegações do Ente Público. Assim, através da argumentação jurídica e da ponderação poder-se-á, com justa causa, mitigar determinada prestação estatal, mas como uma exceção e não por regra geral.

## 5 CONCLUSÃO

O tema aqui analisado não é singelo, tampouco fácil de ser manuseado, sobretudo porque envolve extremada subjetividade que pode - e costuma - desembocar na reprodução de discursos jurídicos voltados à proteção de instituições sociais, ao invés de vincularem-se às normas constitucionais e sua fundamentação histórica. Todos eles marcados por sentimentos e emoções, o que impede ou atrapalha uma análise acurada pela imparcialidade da ciência jurídica.

Assim, ao analisar o mínimo existencial por vezes se sobreveiam discursos consequencialistas ou estabelece-se o embate entre o agir estratégico daquele que advoga em causa própria ou em prol de determinado segmento social e o Estado. Tal postura é uma constante na atividade jurisdicional, mas em termos de construção de uma doutrina ou teoria é imprescindível que sobrepaire, com seriedade, os princípios que dão coerência à Ciência Constitucional e sempre garantem a força normativa e a supremacia da Constituição.

Não se defende que o magistrado se encapsule do mundo ao seu redor e decida livremente das contingências fáticas, como se estas não existissem ou fossem irrelevantes para o deslinde da controvérsia. Inobstante, também não se concebe como atitude escorregada o fato de uma decisão judicial preocupar-se mais com os efeitos econômicos que dela provenham do que com os contornos jurídicos dos direitos em embate.

O juiz não pode julgar de acordo com preferências ou idiosincrasias sem respaldo jurídico. Não podem haver pré-determinações ou consequencialismo no sentido de um determinismo nas ações judiciais. A decisão deve decorrer da discursividade necessária ao processo, com chances iguais de manifestação das partes.

Dentro de um embate entre direitos fundamentais, os mesmos devem ser considerados como fontes primárias da decisão e não como adendos que apenas serão analisados em casos nos quais o objetivo principal (proteção das finanças públicas) não possa ser alcançado. Neste sentido não há como atribuir valor precedente ao orçamento público ou à viabilidade econômica do Estado em detrimento da obrigação do mesmo pelo adimplemento das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais devem afastar-se da maior parte das contingências fáticas, sob pena de a ideologia do Estado De-

mocrático de Direito ser desconsiderada. É neste sentido que se rechaça o consequencialismo advindo da análise econômica do direito, que busca relativizar excessivamente os direitos fundamentais, tendendo ao seu não cumprimento.

Ademais, não há segurança jurídica em colocar como critério para julgamento um conceito aberto como o do mínimo existencial, que tem abrigo apenas na doutrina. E mesmo na doutrina há tantos desencontros que se torna praticamente impossível estabelecer o que cabe ou o que se afasta do mínimo existencial.

Assim, como inferências decorrentes deste estudo, retomam-se a importância de se levar a sério a teoria constitucional, bem como os princípios de coerência prática da norma constitucional, da supremacia e da força normativa da Constituição. E principalmente constata-se que, ao se abdicar a efetividade dos direitos fundamentais, se abdica também de direitos mínimos necessários à vida digna advindos de longo processo histórico para sua aquisição, aceitando-se o risco de jamais se readquiri-los.

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79-100.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SÃO PAULO*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE-639337ementa.pdf>> Acesso em: 24 de set. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches. D.J. 17/12/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/geral/verPdfPaginado.asp?id=346704&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20939%20-%20MC>> Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 175/AgR/CE*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>> Acesso em: 24 de set. de 2012.

CALIL, Mario Lúcio Garcez. *A efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de valores*. Porto Alegre; Nuria Fabris, 2012.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental em el estado constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- LUNO, Antonio E. Perez. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Trad. José Luiz Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. (Estado e Constituição - 14). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.
- POSNER, Richard A. *Utilitarismo, economía y teoría del derecho*. Disponível em: <[http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:yXngsRXRyi8J:scholar.google.com/+posner+utilitarismo&hl=pt-BR&as\\_sdt=0](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:yXngsRXRyi8J:scholar.google.com/+posner+utilitarismo&hl=pt-BR&as_sdt=0)> Acesso em 26 de set. de 2012.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.45-102.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.
- SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.251-314.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.553-586.
- SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão (Estado e Constituição - 5)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Disponível em: <[http://www.direitorio.fgy.br/admin/pub\\_imagens/arquivos/CONSEQUENCIALISMO%20RACIONALIDADE%20E%20MALANDRAGEM%20SCHUARTZ%20FINAL.pdf](http://www.direitorio.fgy.br/admin/pub_imagens/arquivos/CONSEQUENCIALISMO%20RACIONALIDADE%20E%20MALANDRAGEM%20SCHUARTZ%20FINAL.pdf)> Acesso em: 26 de set. de 2012
- SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-62.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.63-78.

## NOTAS DE FIM

- 1 Advogada. Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa (2006). Especialista em Direito Público pela Unec-Caratinga (2007). Doutoranda em Direito Público pela PUC Minas. Professora do curso de Direito da Newton Paiva, Fatividade e Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar de Minas Gerais.
- 2 Advogada. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
- 3 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p.184.
- 4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches. D.J. 17/12/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=346704&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20939%20-%20MC>> Acesso em: 15 de maio de 2012.
- 5 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 562/563.
- 6 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 563.
- 7 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 564.
- 8 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 564.
- 9 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 569.
- 10 BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 571.
- 11 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 180/181.
- 12 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 181.
- 13 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 181.
- 14 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.
- 15 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.
- 16 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 23.
- 17 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 24.
- 18 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004p. 26/27.
- 19 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004p. 27.
- 20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004p. 27.
- 21 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 29.
- 22 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 29/30.
- 23 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 38.
- 24 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.277.
- 25 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 277.
- 26 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 277.
- 27 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 278.
- 28 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 278.
- 29 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 281.
- 30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- 31 HÁBERLE, Peter. *La libertad fundamental em el estado constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1997, p. 69.
- 32 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.16.
- 33 SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Do sistema

- geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão.(Estado e Constituição – 5). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 64.
- 34 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16-17.
- 35 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.553-586.
- 36 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.
- 37 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p.13.
- 38 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.
- 39 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 40 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- 41 BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 639.337 SÃO PAULO*. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE-639337ementa.pdf>> Acesso em: 24 de setembro de 2012.
- 42 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-62.
- 43TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.
- 44 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55.
- 45 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-78; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- 46 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 9.
- 47DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 140.
- 48 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 9.
- 49 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13-14.
- 50 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13-29.
- 51 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 311.
- 52 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 322.
- 53 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 322.
- 54 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 322.
- 55 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.576.
- 56 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011.
- 57 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos **direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.577.
- 58 SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.251-314; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006, p.299 e seg.; ALEXY,

Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

59 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 241.

60 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 242.

61 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

62 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.80.

63 SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.45-102.

64 SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.95.



# O CONFISCO DA RENDA NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Tatiana Maria Oliveira Prates Motta<sup>1</sup>

Luis Henrique Moreira Lamego<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo, apontar a natureza confiscatória do artigo 33 da Lei 9.250/95, ressaltando seus aspectos inconstitucionais quando do resgate das contribuições da previdência complementar. O método de pesquisa se fez através da doutrina, jurisprudência, sítios especializados e sítio da receita federal, trazendo-se ao presente estudo situações do cotidiano com o intuito de se verificar as anomalias jurídicas as quais serão aqui relatadas. Observou-se que atualmente o Estado interfere, com base em legislações específicas, de forma direta e coercitiva sobre a propriedade, mais especificamente na renda, tenha o indivíduo capacidade contributiva ou não. Verificamos também existir certo antagonismo quanto ao papel dos Fundos de Previdência Privada, uma vez que, conceitualmente, trata-se de investimento de cunho SOCIAL, motivo pelo qual o Estado deveria estipular políticas de incentivos para este tipo de poupança ao invés de taxar de maneira abusiva, desestimulando a poupança a longo prazo. Apesar de constar, de forma implícita, um conceito constitucional de renda, este é constantemente violado pelo próprio Estado ao tributar rendas que, em sua origem seriam isentas, ao tributar rendas que em sua origem já foram objeto de tributação (bitributação) e ao tributar verbas que sequer se caracterizam como renda, demonstrando total desinteresse de cunho social e um forte interesse arrecadador e confiscatório sobre a propriedade do indivíduo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Privada, Renda, Tributação, Constituição, Confisco, Previdência Complementar

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Tributário; Direito Previdenciário.

## 1 INTRODUÇÃO

Tem sido constante nos Tribunais, o questionamento a respeito da tributação das parcelas resgatadas provenientes dos Planos de Previdência Privada, parcelas as quais foram pagas diretamente pelo contribuinte. Apesar de haver um questionamento frequente, o que se verifica é que a constitucionalidade da tributação dos planos de previdência complementar, no que se relaciona ao aspecto confiscatório, não fora objeto de análise por parte do Judiciário.

Atualmente, a norma legal que determina a tributação das parcelas relacionadas à contribuição da previdência privada é a Lei 9.250/95, lei que veio modificar a Lei 7.713/88. A Lei 9.250/95 incluiu como fato gerador, portanto passível de incidência do imposto de renda, o "resgate das parcelas dos planos de previdência", ou seja, o que anteriormente era isento passou a ser tributado. Aparentemente, essa tributação fora implementada sem que se realizasse nenhum tipo de análise quanto à origem, quanto ao conceito de renda, quanto às questões de isenções e quanto à questão da bitributação.

Esse tipo de conduta do Estado realça a voracidade para arrecadar, não demonstrando nenhuma lógica se fizermos um paralelo com a forma de tributação definida para os valores aplicados nos Fundos de Investimento, neste último, a tributação se

mostra de maneira muito mais branda e racional, tendo em vista que o capital fica excluído da base de cálculo de incidência, tributando-se somente os rendimentos auferidos.

Com esse tipo de conduta entendemos que o Estado vai na contramão do desenvolvimento social, mostrando uma verdadeira falta de visão a longo prazo, uma vez que desestimula a aplicação nos fundos de previdência, cuja finalidade é a complementação da renda após o período de atividade, a formação de recursos pós-aposentadoria, de maneira a constituir uma reserva financeira para que o cidadão possa, após o período laboral, viver com dignidade e manter o seu padrão de vida.

O incentivo na previdência privada proporcionaria ao Estado, a longo prazo, uma diminuição do custo social, principalmente para as futuras gerações.

O trabalho estará limitado aos casos em que, em nosso entendimento, violam o direito do cidadão em face dos dispositivos constitucionais, lembrando que a abordagem será sempre relacionada às contribuições pagas por parte do contribuinte, ficando fora da presente análise qualquer tipo de contribuição patronal.

## 2 CONCEITO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Segundo Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo<sup>3</sup>, quando o indivíduo pretende uma proteção superior

aos valores oferecidos pelo Estado, este deverá recorrer à Previdência Complementar de forma a manter a sua condição de vida em situações similares à que desfrutava antes do término da sua vida economicamente ativa, nesse sentido assevera o autor:

*Caso o indivíduo queira uma proteção superior ao patamar mínimo da proteção prestada pelo Estado, deverá com os próprios esforços e em nível privado, suprir essa proteção. É nesse cenário e sob essa perspectiva que devemos contextualizar a existência da previdência privada.*

Nesse cenário, fica fácil observar que a previdência privada se reveste de um caráter de supletividade ou subsidiariedade, ou seja, o cidadão busca com as contribuições previdenciárias o seu autossustento depois de esgotada a sua força de trabalho.

Nesse contexto, a Constituição Federal enquadra a previdência complementar na Seção III do Capítulo I do Título VIII mais especificamente no artigo 202, prescrevendo:

*"O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar".*

O legislador ao incluir a Previdência Privada no capítulo que trata da Seguridade Social, não quis com isso equipará-la à Previdência Social, mas sim incluí-la dentro do contexto de seguridade social enumerado pelo artigo 194 da Constituição Federal.

### **3 A IMPORTÂNCIA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO CONTEXTO SOCIAL**

Não raro são veiculadas notícias de que o sistema da seguridade social encontra-se falido. Medidas paliativas são frequentemente tomadas no sentido de socorrer a previdência oficial, seja com o aumento de alíquotas dos encargos sociais, seja com a criação de novos tributos, como foi o caso da CPMF. A realidade é que o desembolso Estatal tem superado, em muito, a sua arrecadação (seja por questões orçamentárias, de gestão ou políticas), demonstrando uma verdadeira falta de interesse e de planejamento na área social por parte dos governantes.

Hoje, a previdência complementar desenvolve um papel de relevo nas economias mundiais, através de pesados investimentos no mercado imobiliário, mercado de ações, investimentos em empresas entre outros.

É fundamental que os Governos olhem a previdência privada com metas e objetivos definidos a longo prazo. O Estado deveria

criar, cada vez mais, políticas de incentivo à poupança de longo prazo, como é o caso dos Fundos de Previdência Privada, dessa forma estaria proporcionando melhores condições de vida à toda sociedade quando do momento da aposentadoria, período em que o indivíduo começa a demandar mais do aparelho estatal, principalmente no que diz respeito à saúde e à assistência social.

O resultado desse incentivo, com certeza, seria a diminuição dos gastos estatais, uma vez que qualquer cidadão que se aposenta em melhores condições de vida, presume-se, demandará menos do Estado, reduzindo assim o custo social, atualmente um dos maiores fatores de desequilíbrio das contas governamentais e, até o momento, sem nenhuma proposta de solução viável por parte das forças políticas.

### **4 O CONCEITO DE RENDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O estudo analisa o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza incidente sobre o montante resgatado dos planos de previdência complementar. Para tanto, se faz necessário que façamos alguns comentários a respeito do que é renda e proventos de qualquer natureza na ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina é unânime ao entender que o conceito de renda não está inserido na Constituição Federal de forma explícita, porém, é importante que se extraia da Carta Magna um conceito de renda para que este não fique ao arbítrio do legislador infraconstitucional. A definição do artigo 43 do CTN deve ser interpretada em consonância com o conceito constitucional de "Renda e Proventos de Qualquer Natureza", pois se assim não for, estaríamos concedendo ao legislador infraconstitucional a função de constituinte.

Kiyoshi Harada entende que *pelo próprio conceito constitucional e legal do imposto de renda, o elemento objetivo do fato gerador somente poderia ser a renda ou proventos originados de riqueza nova, de acréscimo patrimonial decorrente de um patrimônio preexistente, que seria a fonte produtora (grifo nosso)*. O entendimento do doutrinador foi baseado na interpretação de renda feita por Rubens Gomes de Souza, que foi autor de anteprojeto de lei que futuramente foi convertido no Código Tributário Nacional, ao asseverar que:

*Explicitado o dispositivo transcrito (art 43 do CTN), sublinho que, tanto em se tratando de "renda" como de "proventos", o elemento essencial do fato gerador é a aquisição de disponibilidade de riqueza nova, definidas em termos de acréscimo patrimonial.*<sup>4</sup>

Tanto a doutrina como a jurisprudência não divergem quanto

ao conceito de renda, ou seja, não há como existir renda sem o devido acréscimo patrimonial, portanto, o fato gerador que define a incidência do imposto deverá, obrigatoriamente, prever em seu bojo o aumento do patrimônio do contribuinte, patrimônio este que nada mais é do que o conjunto de bens, direitos e obrigações, sob pena de não contemplando essa idéia, a lei definidora do fato vir a ferir aspectos de constitucionalidade frente ao conceito de renda da Carta Magna.

## 5 CONCEITO DE FATO GERADOR

Outro conceito que se deve ter em mente no presente estudo é o conceito de fato gerador do Tributo.

Segundo Eduardo Sabbag, fato gerador é:

*é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda (decorrente do capital, do trabalho, ou da conjugação de ambos) e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos, todos os acréscimos não compreendidos no conceito de renda<sup>5</sup>*

O conceito de fato gerador nos remete aos conceitos de disponibilidade jurídica e disponibilidade econômica. O primeiro representa o direito abstrato, sendo este o momento em que se faz incidir o imposto, ou seja, quando o contribuinte passa a ter direito ao crédito, independente de sua disponibilidade. Já a disponibilidade econômica é o momento em que o contribuinte passa a ter a faculdade de usar, gozar e dispor desse acréscimo patrimonial.

Outro aspecto a ser observado é o momento de ocorrência do fato gerador, este poderá ocorrer no momento em que o contribuinte passa a ter direito ao crédito, neste caso trata-se da disponibilidade jurídica, como também pode ocorrer quando o detentor do crédito tem a imediata possibilidade de utilizar do recurso, podendo dele se utilizar da forma que lhe convier, ou seja, este é o caso da disponibilidade econômica.

É de fundamental importância para o presente estudo fixarmos os momentos exatos do acréscimo patrimonial, o momento em que ocorre a disponibilidade da renda para que possamos observar as incoerências do dispositivo legal objeto do presente estudo.

## 6. CONCEITO DE DISPONIBILIDADE JURÍDICA E DISPONIBILIDADE ECONÔMICA

A incidência do tributo ocorrerá tão logo verificada a disponibilidade da renda, conforme definida na hipótese de incidência. A disponibilidade poderá ocorrer de duas formas, a disponibilidade econômica, constituída pela disponibilidade física da renda, onde o contribuinte poderá dispor da forma que melhor convier, é o momento em que a renda passa a integrar o patrimônio do

contribuinte, ou por meio da disponibilidade jurídica, que é aquela onde o contribuinte passa a ter direito ao crédito, é o simples direito que o contribuinte tem de receber a renda. A incidência do imposto variará de acordo com o tipo de renda, uma vez que existe a renda de capital, a renda do trabalho, a renda de combinação de capital e trabalho e a renda de proventos de qualquer natureza.

Com base nos casos que serão apresentados neste estudo, procuraremos situar o leitor quanto ao momento em que o imposto passará a incidir, de forma a facilitar a visualização das discrepâncias a respeito do tema.

## 7 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DO NÃO CONFISCO A RENDA

Este tópico será merecedor de considerações mais profundas, portanto, de uma análise mais detalhada, pois é exatamente sobre ele que estaremos fundamentando o objeto do presente estudo.

A função do Estado Social é a de prover a vida em sociedade da maneira mais igualitária possível, procurando dotar aos súditos do Estado as garantias que lhe são asseguradas pela Lei maior, ou seja, uma existência digna, assegurar a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho e etc.

Para o cumprimento desses objetivos, o Estado se utiliza dos tributos como forma de arrecadar recursos com o propósito de fazer frente às demandas financeiras exigidas por esses objetivos.

Diante deste quadro, qualquer norma tributária carregará consigo um certo grau de tensão, uma vez que haverá sempre algum tipo de conflito com os próprios direitos fundamentais, tais como o direito a propriedade, o direito da livre iniciativa, o direito da liberdade econômica e etc. Pode-se facilmente verificar o nível de complexidade quando o tema da norma tem relação com tributo, já que o Estado tem a função de garantir a todos os cidadãos seus direitos fundamentais porém, o meio que possui para fazer frente a essas obrigações é exatamente através da arrecadação de tributos.

A norma definidora da arrecadação, muito possivelmente, violará uma das garantias fundamentais do cidadão, ou seja, é um efeito cíclico, o Estado precisa garantir os direitos fundamentais do cidadão e fará por meio de arrecadação de tributos, tributos estes que possivelmente contará com uma grande dose de interferência nos direitos fundamentais desses mesmos cidadãos, veja que o legislador constituinte, em algumas situações, confere a garantia de direitos e de outro lado usurpa do cidadão esses direitos por meio de normas totalmente abusivas.

O artigo 150 inciso IV da Constituição Federal prega:

*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao*

*contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)*  
*IV – utilizar tributo com efeito de confisco (...)*”

O enunciado da norma é direto e objetivo mas ao mesmo tempo bastante relativo, uma vez que se torna muito difícil identificar em que momento o tributo adquire a natureza confiscatória, onde se encontra o limite da norma que, se ultrapassado, passará a configurar confisco, pois como dito anteriormente, em qualquer norma tributária haverá, sem qualquer sombra de dúvida, alguma interferência em direitos pessoais e fundamentais, sobretudo no direito de propriedade, no direito da livre iniciativa e etc.

Diante da complexidade do tema, vários tipos de interpretações são apresentadas pela doutrina a respeito do que seja o confisco da renda, sendo concepção majoritária que o confisco se baseia na idéia de uma intervenção do Estado na propriedade sem que este ofereça qualquer contra prestação ao contribuinte invadido.

Paula Cesar Baria de Castilho tem o entendimento de que:

*confisco tributário consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato.*<sup>6</sup>

Eduardo Sabagg apresenta os níveis onde se verifica o confisco e o nível onde a atividade tributária não possui a natureza confiscatória. Segundo o autor, o limite à atividade confiscatória se posicionará nos pontos extremos, onde em um primeiro extremo o confisco se dará quando atingir o mínimo necessário à sobrevivência digna do cidadão e, no outro extremo, quando o tributo mutilar o direito de propriedade do contribuinte, é o que se extrai do texto:

*Em outras palavras, afirma-se que a linha de atuação do princípio da vedação ao confisco se estende por dois pontos limítrofes, diametralmente opostos: parte-se do nível ótimo de tributação, em que o tributo é possível e razoável, chegando-se ao extremo oposto, ponto da invasão patrimonial, a partir do qual será ela excessiva, indo além da capacidade contributiva do particular afetado.*<sup>7</sup>

Ou seja, o tributo será adequado quando estiver na faixa de incidência em que se situa a capacidade contributiva do cidadão.

A vedação ao excesso de tributação otimiza o direito de propriedade, pois caso a tributação se furte da preservação do direito de propriedade, deixando de lubrificá-lo, viabilizá-lo e construí-lo,

patente estará o cenário do confisco.<sup>8</sup>

Cassiano Menke<sup>9</sup>, em sua obra “a proibição aos efeitos de confisco no DIREITO TRIBUTÁRIO” nos remete a uma análise bastante crítica a respeito do conflito entre conferir direitos sociais x interferir de maneira excessiva na propriedade e na liberdade. A idéia central da obra é a de que o confisco não estará vinculado somente à questão do quantum de incidência tributária, relativizando a questão da capacidade contributiva. A obra releva a questão de que, se a atividade tributária atingir algum direito fundamental a ponto de torná-lo totalmente sem efeito ao seu titular, estaremos diante do confisco, nesse sentido, assevera o autor:

*Do reconhecimento de um núcleo essencial contido em cada direito fundamental resulta uma constatação: a perseguição de um fim tributário não pode acarretar a impossibilidade de promoção do direito fundamental, sob pena de a atividade tributária ser caracterizada como excessiva.*<sup>10</sup>

O tema é bastante subjetivo sendo de relevada importância que a análise do confisco se verifique através do caso concreto, cabendo ao judiciário ponderar princípios e preservar aquele que entender mais relevante, tendo como foco a impossibilidade de se eliminar, na integralidade, o direito fundamental de uma das partes.

O autor apresenta a “Teoria das Esferas”, originada do direito alemão, essa teoria divide os direitos fundamentais em zonas, tendo em seu núcleo central os direitos essenciais, impossíveis de serem afetados por qualquer norma, seja para qualquer fim, pois assim ocorrendo, significaria que estaríamos mutilando completamente o direito fundamental garantido pela constituição. Em uma segunda zona, mais extrema, estariam situados os direitos representados pelos bens importantes, sujeitos ainda a uma certa vigilância quanto à verificação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a proteção de uma provável invasão nesta zona privada conhecida como ampla. Finalmente, a camada mais externa da esfera estariam os bens supérfluos, que seriam aqueles correspondentes a zona social, também passíveis de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, porém com um grau bastante reduzido de proteção e portanto mais acessível à intervenção tributária.

No presente estudo utilizaremos a concepção da Teoria das Esferas de forma a realçar o entendimento de que, sempre que qualquer direito fundamental estiver inviabilizado diante de aplicação da norma jurídica, estaremos diante de caso de confisco tributário. A adoção dessa teoria ao presente estudo tem como fundamento o fato de que a nossa jurisprudência, mais especificamente a Suprema Corte, vem tratando o assunto da forma que aqui se apresenta, apesar de não constar expressamente, em

nenhum julgado, a adoção dessa teoria, os fundamentos dos referidos Acórdãos daquela Corte nos levam à conclusão de que o entendimento é o mesmo, o que demonstraremos no tópico específico destinado à jurisprudência.

## **8 O ARTIGO 33 DA LEI 9.250/95**

A lei 9.250 de 1995 alterou algumas disposições da legislação tributária em relação às pessoas físicas, nos chamando a atenção, principalmente, para o que dispõe o artigo 33 quando assevera que:

*Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições. (grifo nosso).*

Até dezembro de 1995 vigorava a isenção especificada no artigo 6º inciso VII da Lei 7.713/88, e era taxativo ao afirmar:

*Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas (...)*

*VII – os benefícios recebidos de entidade de previdência privada: (...)*

*b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.*

Ao nosso entender a Lei 7.713 tratava a matéria de acordo com os conceitos sedimentados no ordenamento jurídico, mostrando-se coerente com os fundamentos constitucionais, principalmente quanto ao conceito de renda e proventos, uma vez que está claro que na referida norma o legislador infraconstitucional buscou tributar o GANHO auferido com a aplicação do patrimônio, ou seja, totalmente simétrico ao que podemos considerar renda em face da Carta Magna.

Esse entendimento se confirma em diversos julgados da Corte Superior, ficando latente a proibição da bitributação, reconhecendo que o mesmo patrimônio não poderia ser tributado duplamente, sob pena de incorrer em bis in idem, senão vejamos:

*1. Trata-se de recurso extraordinário interposto do acórdão (fls. 206-213) assim ementado: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO POR DESLIGAMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO*

*DE COMPLEMENTAÇÃO. BANESPREV PRÉ-75. 1. Configura rendimento tributável, porque não possui caráter de indenização, o valor de benefício, formado por contribuições a Plano de Previdência Privada, recolhidas pelos empregados (a partir de 01.01.96: artigo 7º da MP nº 2.159, de 24.08.01), empregadores ou por ambos: incidência fiscal que, compatível com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, tem fundamento específico no artigo 33 da Lei 9.250/95. 2. Somente é inexistente o imposto de renda sobre o benefício de Previdência Privada, na extensão e proporção do valor em que constituído por contribuições derivadas de rendimentos que até 31.12.95, no regime da Lei nº 7.713/88, foram tributados na fonte: solução destinada a coibir a dupla incidência fiscal. 3. Caso em que a reserva matemática, cujo resgate em parcela única é garantido a título de Benefício por Desligamento, vinculado ao Plano de Complementação – BANESPREV/PRÉ-75, é formada por contribuições apenas do próprio instituidor (BANESPA), sem ônus para o participante, impedindo, assim, seja afastada a exigibilidade do imposto de renda na fonte. 4. Precedentes." 2. Inadmitido o recurso na origem (fl. 376), subiram os autos em virtude de provimento de agravo de instrumento. 3. Não merece prosperar o presente recurso extraordinário, dado que o acórdão recorrido decidiu a questão com fundamento na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Assim, eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta ou reflexa, o que elide o processamento do recurso extraordinário. Nesse sentido: RE 257.051/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09.8.2000; AI 630.157/SP, rel. Min. Eros Grau, DJ 30.3.2007 e AI 699.649-AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, pub. DJE 08.5.2009, este último assim ementado: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. VERBAS REMUNERATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DO DEVIDO PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO." 4. Ante o exposto, nega seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 12*

de maio de 2009. Ministra Ellen Gracie Relatora 1 (RE 577380, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 12/05/2009, publicado em DJe-095 DI-VULG 22/05/2009 PUBLIC 25/05/2009”  
*TNU - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: IUJ 200485005008631 SE*

Parte:Requerente:

RAYMUNDO FERREIRA DE CARVALHO

Parte: Requerido(a): FAZENDA NACIONAL

Resumo: Tributário. Imposto de Renda. Complementação de Aposentadoria. Resgate de Contribuições. Previdência Privada. Lei Nº 7.713/88. Lei Nº 9.250/95.1.

Relator(a): JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA

Julgamento: 18/12/2008

Órgão Julgador: Turma Nacional de Uniformização

Publicação: DJ 09/03/2009

### **Ementa**

*TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES. PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEI Nº 7.713/88. LEI Nº 9.250/95.1.*

*Não incide imposto de renda sobre os benefícios de previdência privada auferidos a partir de janeiro de 1996 até o limite do que foi recolhido exclusivamente pelos beneficiários (excluídos os aportes das patrocinadoras) sob a égide da Lei nº 7.713/88, ou seja, entre 01.01.89 e 31.12.95 ou entre 01.01.89 e a data de início da aposentadoria, se anterior a janeiro de 1996.2. Pedido de uniformização conhecido e provido.*

*Acórdão*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, por maioria, em conhecer e, por unanimidade, dar provimento ao pedido de uniformização. Brasília, 18 de dezembro de 2008. Jacqueline Michels Bilhalva Juíza Relatora Turma Nacional de Uniformização<sup>12</sup>*

Quando a questão está relacionada à tributação de parcelas envolvidas em contribuição de previdência privada, os Tribunais têm se posicionado no sentido de aplicar o dispositivo legal vigente do período questionado, ou seja, até dezembro de 1995 a matéria deverá ser regulada pela isenção nos moldes do artigo 6º da Lei 7.713/88, a partir dessa data, a matéria vem sendo

regulada pelo artigo 33 da Lei 9.250/95, lembrando que o artigo 4º desta mesma Lei autorizou a dedução das parcelas pagas a título de contribuições destinadas à previdência privada, ressalvado no parágrafo único que essa dedução incidiria somente sobre os rendimentos tributáveis e provenientes de trabalho com vínculo empregatício, conforme segue:

*Art. 4º. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas:*

*V - as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social (...).*

*Parágrafo único. A dedução permitida pelo inciso V aplica-se exclusivamente à base de cálculo relativa a rendimentos do trabalho com vínculo empregatício ou de administradores, assegurada, nos demais casos, a dedução dos valores pagos a esse título, por ocasião da apuração da base de cálculo do imposto devido no ano-calendário, conforme disposto na alínea e do inciso II do art. 8º desta Lei”*

Em seguida, a Lei 9.532/97 limitou o valor a ser deduzido da base de cálculo do imposto devido ao percentual de 12% (doze por cento), ou seja, sobre o rendimento tributável somente doze por cento do montante recebido a título de rendimento assalariado poderia ser deduzido, é o que se extrai do artigo 11º da referida Lei e que ora transcrevemos abaixo:

*“Art. 11. As deduções relativas às contribuições para entidades de previdência privada, a que se refere a alínea e do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e às contribuições para o Fundo de Aposentadoria Programada Individual - Fapi, a que se refere a Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997, cujo ônus seja da própria pessoa física, ficam condicionadas ao recolhimento, também, de contribuições para o regime geral de previdência social ou, quando for o caso, para regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, observada a contribuição mínima, e limitadas a 12% (doze por cento) do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004”*

A cronologia que apresentamos neste tópico não tem a pretensão de exibir um conteúdo histórico a respeito da forma de tributação sobre parcelas resgatadas dos fundos de previdência complementar, mas sim, passar ao leitor uma noção temporal de como o tema vinha sendo tratado diante do manto da nova Constituição Federal.

Até dezembro de 1995, não havia o que se falar em tributação do principal contido nas parcelas resgatadas dos planos de previdência privada, somente a partir de janeiro de 1996 é que começamos a verificar uma total arbitrariedade do Estado, interferindo de forma violenta sobre as contribuições previdenciárias, mais precisamente no direito de propriedade do cidadão.

No tópico a seguir, buscaremos situar o leitor com casos mais concretos, ressaltando a inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei 9.250/95 através de simulações, de maneira a facilitar a identificação de como e em que momento o Estado viola a Constituição e o direito do indivíduo.

## **9 ASPECTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33 DA LEI 9.250/95**

Quando o legislador infra constitucional edita uma Lei, a mesma terá efeito cogente, uma vez que é destinada a todos de uma forma geral. Nesse contexto, explicitaremos abaixo verdadeiros absurdos jurídicos os quais estarão caracterizados um efetivo confisco fiscal por parte do Estado, principalmente por estarem ausentes uma série de institutos fundamentais para a incidência do tributo.

### **9.1 A IRREGULARIDADE GENÉRICA.**

Definimos como irregularidade genérica por entendermos que o que aqui será exposto será percebido em todos os casos e simulações que aqui faremos, configurando assim uma característica genérica de todas as hipóteses que a seguir discutidas.

Reportando ao início deste estudo, a incidência do imposto deve recair sobre a RENDA, esta configurada, diante dos preceitos constitucionais, como sendo um ACRÉSCIMO ao patrimônio, o qual é formado pelo conjunto de bens, direitos e obrigações que estariam disponíveis ao contribuinte, podendo este usar, gozar e dispor da forma que lhe convier, face ao direito fundamental da propriedade. Para as hipóteses apresentadas a seguir será preciso refletir acerca de determinados momentos específicos, tais como o momento do acréscimo patrimonial e o momento em que o tributo fora cobrado, vejamos: 1) o valor que fora aplicado no fundo de previdência, com toda certeza, foi ingressado anteriormente no patrimônio do contribuinte, ou seja, neste caso teremos em momento passado a disponibilidade jurídica ou econômica

e, portanto, o fato gerador do tributo ocorrido também ocorrera neste mesmo momento passado; 2) no momento em que esse valor ingressou ao patrimônio do contribuinte, seja da forma que for, através de rendimento de salários, através de rendimentos de aluguéis, rendimentos de ganho de capital, rendimento em investimentos financeiros, lucro obtido da atividade empresarial, enfim, fosse de qualquer uma das formas, este será o momento original da disponibilidade jurídica ou econômica e, portanto, neste momento o imposto incidirá sobre esta renda, caracterizando assim que esta RENDA NOVA, formadora desse novo patrimônio, já fora devidamente TRIBUTADA quando do seu ingresso original, 3) Os valores referentes às contribuições pagas pelo contribuinte poderão ser deduzido até o montante de 12% (doze por cento) da base de cálculo e apenas da base relativa a rendimentos do trabalho. Diante deste dispositivo, fica fácil notarmos que as contribuições que ultrapassarem a esse valor serão objeto de dupla tributação, ocorrendo o *bis in idem*. A título de registro, somente a renda tributável é que poderá contar com a dedução da base de cálculo, as demais rendas ficam de fora da concessão. 4) Não conseguimos identificar qual a natureza dos valores resgatados da previdência complementar, uma vez que em momento algum conseguimos enquadrá-los como renda, pois não significa acréscimo patrimonial uma vez que já constituía o patrimônio do contribuinte, não conseguimos enquadrá-lo como salário, já que não representa uma contraprestação do serviço humano, não conseguimos enquadrá-lo como ganho de capital, já que não é resultante de nenhuma operação onde resulte o lucro, enfim, não existe enquadramento porque na realidade o valor aplicado já fora enquadrado no conceito de renda quando ingressou originalmente no patrimônio. Diante desta premissa, verificamos que este "rendimento" não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incidência do imposto, já que não são rendimentos do trabalho, não são rendimentos de capital<sup>13</sup>, não são rendimentos da combinação do capital e do trabalho e também não são proventos de qualquer natureza, uma vez que este último, igualmente ao conceito de renda, tem como hipótese o acréscimo patrimonial.

### **9.2 A TRIBUTAÇÃO SOBRE RENDIMENTOS ISENTOS EM SUA ORIGEM**

Um dos casos que levantamos no presente estudo é o fato de que a norma em questão tributa rendimentos os quais em sua origem foram isentos de tributação pela mesma norma. O artigo 3º especifica as alíquotas de incidência sobre os rendimentos, isentando aqueles que possuem baixa capacidade econômica porém de baixa capacidade contributiva.

Nesse contexto, vamos supor que uma pessoa que esteja inserida dentro de um limite de isenção, como por exemplo,

uma cidadão que perceba o limite mínimo desde a entrada em vigor da Lei, ou seja, janeiro de 1996, queira, com o objetivo de se precaver de um futuro incerto, participar de um plano de previdência privada. Havendo a necessidade de resgate do montante aplicado, este cidadão será tributado e, em nossa ótica, penalizado apenas pela iniciativa de planejar um futuro mais digno e estável.

No caso acima, vamos supor que este indivíduo contribua com a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) desde janeiro de 1996 até os dias atuais, a uma taxa de remuneração de 1% (um por cento ao mês). Esse valor, considerando as condições acima, montaria hoje a quantia de R\$ 47.618,48 (quarenta e sete mil, seiscentos e dezoito reais e quarenta e oito centavos)<sup>14</sup>, sendo que desse total, R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais) representam o capital investido nesse período.

Caso esse indivíduo tivesse que utilizar esses recursos e resgatasse na sua integralidade, seria descontado, a título de imposto de renda (incidindo uma alíquota de 27,5%), o valor de R\$ 13.787,86 (treze mil, setecentos e oitenta e sete reais e oitenta centavos). Observa-se que 78% (setenta e oito por cento) do capital investido, fruto de uma renda originalmente isenta, foi abatido do resgate a título de tributação, restando ao indivíduo o valor de R\$ 33.830,62 (trinta e três mil, oitocentos e trinta reais e sessenta e dois centavos).

Diante dessa realidade, perguntamos: 1) Será que o valor descontado a título de imposto de renda é significativo para uma pessoa que, durante todo esse período percebeu um rendimento isento e contribuiu com a perspectiva de uma acumulação que lhe desse alguma tranquilidade futura? A resposta logicamente é afirmativa, pois basta analisarmos que o Fisco ficou com aproximadamente 78% do que foi contribuído pelo cidadão e com o equivalente a 40,76% (quarenta vírgula setenta e seis por cento) do que lhe restou líquido, para concluirmos que está latente a natureza confiscatória desse instituto, principalmente se considerarmos que o caso aborda um cidadão de baixa capacidade contributiva. Com já visto no presente trabalho, na escala definida pelo mestre Eduardo Sabagg, este confisco estaria localizado na primeira extremidade da escala, ou seja, quando a incidência do tributo compromete as condições mínimas de sobrevivência.

Cabe lembrar que no presente caso este contribuinte, durante todos estes anos, foi dispensado de apresentação de declaração de imposto de renda, e portanto não pode sequer abater em suas declarações os valores pagos a título de contribuição previdenciária conforme estabelece a Lei 9.532/97.

Carlos Menke, nos apresenta a teoria alemã, conhecida como a teoria das esferas, transcrita a seguir:

*Sobre as partes que integram o conteúdo do direito fundamental, o Bundesverfassungsgericht cunhou*

*a chamada "Teoria das Esferas", segundo a qual três seriam os compartimentos identificáveis no interior do direito. Haveria uma esfera nuclear e central, "uma intocável área de liberdade humana, que é retirada da influência do Poder Público, identificada como zona privada íntima ou núcleo essencial. Outra seria a zona privada ampla, na qual residiriam os bens jurídicos importantes ao titular do direito, mas não absolutamente protegidos contra as restrições. Essa segunda zona é graficamente representável por um círculo concêntrico colocado ao redor do círculo que demarca a primeira. E, por fim, a terceira zona, a mais externa, seria integrada pelos bens restringíveis, que contariam com o menor grau de proteção contra as invasões, chamada de zona social do direito."<sup>15</sup>*

Considerando a teoria das esferas, apontada por Carlos Menke, o Estado atuou no núcleo de um direito fundamental, ou de vários direitos fundamentais, ou seja, comprometeu o direito de propriedade deste indivíduo, ao tirar-lhe fatia considerável de sua propriedade (dinheiro), comprometeu o direito a uma vida digna, por se tratar de pessoa sem qualquer capacidade contributiva e portanto isento de tributação.

Veja a importância de se analisar o caso concreto para o entendimento proposto pela Teoria das Esferas, o núcleo dos direitos fundamentais foi atingido, o direito a propriedade foi totalmente inviabilizado face ao valor significativo que fora descontado do cidadão.

O problema que se depara está relacionado com o que falamos quando da irregularidade genérica, ou seja, a renda deve ser tributada na sua origem, e se na sua origem ela for isenta, isenta estará da incidência de tributo, não cabendo o deslocamento no campo da incidência para um segundo estágio, qual seja, o momento do resgate da renda original de um plano de previdência privada.

### **9.3 APONTAMENTOS ACERCA DO BIS IN IDEN**

Este tópico apresenta mais uma anomalia do instituto em estudo. Imaginemos o caso de uma pessoa que recebe um rendimento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por mês e que esteja sujeito a uma alíquota do imposto de renda na fonte de 27,5%. Analisemos com base nos conceitos já explanados anteriormente quanto aos momentos de tributação e de ingresso do rendimento no patrimônio do contribuinte.

O rendimento do trabalho é uma das hipóteses de acréscimo patrimonial, portanto, sujeito à incidência de imposto de renda. O fato gerador é aquele definido pela Lei que instituiu o imposto. A



disponibilidade jurídica é quando o trabalhador passa a ter direito ao rendimento, momento em que o imposto incide. Veja que todos os passos foram cumpridos e neste caso, a exação do imposto estaria completa e finalizada, nada mais havendo a ser cobrado, pois o rendimento do trabalho ingressou ao patrimônio do indivíduo, se tornou propriedade e portanto disponível para ser usado, gozado e fruído do modo que melhor convier a seu proprietário.

Na hipótese acima, vamos supor que o indivíduo contribua com o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) por mês para um plano de previdência complementar, durante o mesmo prazo e mesma taxa da hipótese anterior.

Passados os quatorze anos e oito meses, o contribuinte resolve sacar o que contribuiu, este valor montaria a uma quantia de R\$ 952.369,57 (novecentos e cinquenta e dois mil, trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta e sete centavos). Havendo o resgate, o Fisco ficaria com a fatia de R\$ 262.594,41 (duzentos e sessenta e dois mil, quinhentos e noventa e quatro reais e quarenta e um centavos), ou seja, aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) do que contribuiu o indivíduo durante todo esse período.

Nas declarações de ajustes de imposto de renda anuais, esse contribuinte poderia deduzir da base de cálculo do imposto o equivalente a R\$ 211.200,00 (duzentos e onze mil e duzentos reais) que correspondem ao limite de 12% (doze por cento) autorizados pela Lei 9.532/97<sup>16</sup>, incidentes sobre a renda anual do contribuinte.

No caso acima, fica claro que uma parte da renda desse contribuinte está sendo tributada em duplicidade, pois durante o período esse indivíduo contribuiu para o plano de previdência com um total de R\$ 352.000,00 (trezentos e cinquenta e dois mil reais), contribuição proveniente de uma renda já *tributada na fonte* (grifo nosso). A diferença do que o indivíduo pode deduzir, cotejado com o valor efetivamente contribuído para o plano de previdência, está sendo tributado em duplicidade, em um primeiro momento quando o rendimento do trabalho ingressou no patrimônio do contribuinte e em um segundo momento, quando foi realizado o resgate das cotas de previdência privada.

Neste exemplo, também fica claro o excesso de cobrança tributária, uma vez que o contribuinte ao pagar o imposto quando do recebimento do salário já deu sua parcela contributiva relacionado a sua função na sociedade. Observa-se verdadeira expropriação da propriedade dinheiro, sem que qualquer contraprestação fosse oferecida pelo Estado, configurando portanto natureza totalmente confiscatória do tributo.

A tributação dupla também ocorre quando a aplicação no plano de previdência é originada de patrimônio cujo recurso provém do ganho de capital, como por exemplo quando da alienação de bens imóveis. Neste caso, o indivíduo ao vender um imóvel terá que pagar o imposto, atualmente a uma alíquota de 15%

(quinze por cento), incidente sobre a diferença do valor de compra e o valor efetivado na venda, conhecido como ganho de capital<sup>17</sup>. Imaginemos que a renda obtida com esse ganho seja aplicada na previdência complementar. Ao efetivarmos o resgate dessas contribuições, estas seriam novamente tributada, configurando também a natureza confiscatória pelos mesmos motivos apresentados na hipótese antecedente, pois a contribuição dada à sociedade se realizou quando da venda original do bem, não cabendo mais qualquer incidência sobre a mesma renda.

#### **9.4 DA IRREGULARIDADE DA TRIBUTAÇÃO SOBRE RENDIMENTO ISENTO CUMULADA COM A BITRIBUTAÇÃO**

A liberdade de exercício da atividade econômica encontra-se consagrada no Título VII, Capítulo I da Constituição Federal, o que se insere nesse contexto a busca do lucro quando do desempenho de uma atividade empresarial.

Pois bem, o empresário, peça fundamental no desenvolvimento econômico e social do país, ao explorar a sua atividade, recebe como remuneração do capital os rendimentos provenientes da distribuição dos lucros.

Na declaração de imposto de renda esses rendimentos são declarados como isentos, uma vez que já sofreram a incidência do tributo ao ingressarem como receita na organização empresarial.

Através de um exercício temporal fica fácil notarmos que a disponibilidade jurídica ocorre tão logo a organização empresarial tenha direito ao crédito da respectiva receita, sendo portanto este o momento de incidência do imposto de renda.

Novamente o ciclo que ocorre entre o fato gerador e a incidência do imposto encontra-se completo e finalizado. Ato seguinte, esse lucro que acabara de ser tributado é distribuído aos sócios ou acionistas, momento em que não caberá mais a sua tributação por se tratar, como já dissemos, de rendimento isento e já anteriormente tributado.

A hipótese presente contempla a situação onde este lucro distribuído seja integralmente ou parcialmente investido em um plano de previdência complementar. Ao ser resgatado, o mesmo sofrerá a incidência do tributo. Neste caso verificamos quatro momentos distintos: o primeiro quando a renda ingressa no patrimônio da empresa e é devidamente tributada, em um segundo momento, quando existe a transferência do patrimônio da empresa para o patrimônio dos sócios, quando esta renda é isenta por já ter sido tributada anteriormente, um terceiro momento quando o sócio transita essa renda dentro de seu patrimônio investindo em um plano de previdência, e o quarto e último momento quando essa renda é resgatada do plano de previdência. Neste último momento a mesma renda é novamente tributada, neste caso, o

contribuinte não pode contar com o limite de dedução permitido por Lei em suas declarações de ajuste anual, pois a renda declarada sempre foi isenta e portanto, não passível de dedução já que nunca foi considerada como renda do trabalho.

Fica claro também no presente caso, que em um primeiro momento a renda fora tributada e em um segundo momento esta renda se tornou isenta, ou seja, pela teoria das esferas, o Estado invadiu duplamente o núcleo dos direitos fundamentais, invalidando o direito ao exercício de liberdade de desenvolvimento da atividade econômica e também, interferindo de forma incisiva na propriedade particular, ou seja, o núcleo essencial do direito fundamental foi violado, mais uma vez o que nos mostra com clareza a natureza confiscatória do referido dispositivo legal.

## 10 A JURISPRUDÊNCIA

Quando o assunto é a incidência de tributos sobre resgates provenientes de fundo de previdência complementar, verificamos que as questões que hoje são levadas à Suprema Corte são relacionadas ao período em que o resgate fora tributado, ou seja, atualmente as questões levantadas a respeito da constitucionalidade ou não da incidência do tributo tem a ver com a definição de qual Lei especificamente deverá ser aplicada, a lei 7.713/88 ou a Lei 9.250/95. Nesse contexto o STF não poderia adotar outra interpretação senão a literal, determinando que até 1995 as parcelas pagas pelos contribuintes ou empregados estariam isentas da incidência do imposto de renda, com base na Lei 7.713/88, e a partir de janeiro de 1996 caberia a incidência do imposto tendo em vista a norma especificada no artigo 33 da Lei 9.250/95.

Não localizamos na jurisprudência o questionamento quanto à natureza confiscatória do artigo 33 da Lei 9.250/95 para que pudéssemos saber qual o entendimento do Superior Tribunal Federal a respeito da matéria. Queremos crer que caso o assunto seja levado ao plenário daquela Corte o entendimento deverá ser pela inconstitucionalidade daquele dispositivo de Lei, tendo em vista os argumentos aqui já explanados e pelo histórico passado dos julgados proferidos pela Suprema Corte a respeito do tema " Confisco ", onde se busca analisar o caso concreto de forma a verificar qual o direito fundamental estaria sendo violado. Naquela Corte, a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo tem recebido tratamento relevante sobre qualquer interesse coletivo, caso este viesse aniquilar o direito fundamental do indivíduo. Essa postura fica clara quando analisamos o julgado da ADI 2010/MC de relatoria do Ministro Celso de Mello e publicada no Diário de Justiça da União em 12.04.2002. Na medida cautelar, o STF considerou, naquela época, que a incidência de contribuição previdenciária sobre o provento de servidores inativos representaria uma carga tributária insuportável pelo contribuinte, compromete-

tendo a seu direito a uma existência digna e humana.<sup>18</sup>

Outro julgado que demonstra que o STF sempre busca preservar o direito fundamental quando este é violado, mesmo que do outro lado esteja em jogo o interesse coletivo, é a decisão proferida no RE413.782-8 SC de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça da União em 17/03/2005. A decisão daquela Corte suprimiu parte do decreto estadual de Santa Catarina o qual determinava que contribuintes inadimplentes somente poderiam emitir notas fiscais avulsas em suas vendas, ou seja, o direito fundamental à liberdade da atividade econômica estava sendo violado diante da dificuldade operacional que estava sendo imposta.<sup>19</sup>

Surpreendentemente o tema ainda não fora levado à análise daquela Corte, pois como vimos, a violação, principalmente ao direito de propriedade, é gritante, o que nos faz acreditar que, quando analisado naquele Tribunal, a decisão buscará preservar direitos garantidos ao cidadão pela nossa Carta Magna, principalmente quando se trata de direitos fundamentais entre os quais o direito de propriedade.

## 11 CONCLUSÃO

Verificamos no presente trabalho que, a partir da promulgação da nova Constituição Federal até o ano de 1995, a Lei que regulava a incidência de imposto de renda tratava de forma adequada os resgates provenientes de plano de previdência complementar, ou seja, estas parcelas não eram objeto de incidência tributária uma vez que, o que se faz ao aplicar recursos financeiros na previdência privada nada mais é do que dar uma destinação que se julgue conveniente à propriedade dinheiro.

Verifica-se ainda que, excluindo o fator social dos Fundos de Previdência Complementar, a operação em muito se assemelha às aplicações realizadas em Fundos de investimentos, porém, apesar da semelhança, o tratamento tributário é totalmente diverso, uma vez que nestes, somente o rendimento auferido nas aplicações, ou seja, a renda gerada pelo ganho do capital, é que será passível da incidência do tributo, preservando assim o capital aplicado. Estranhamente o mesmo tratamento não é dado aos Fundos de Previdência quando se tributa o capital e o rendimento. Ressaltamos que a transferência da propriedade dinheiro se dá de forma idêntica nos dois tipos de fundos, motivo pelo qual não vemos qualquer fundamentação para que se tribute o capital investido nos planos previdenciários, principalmente se olharmos sob a ótica da importância social dos fundos previdenciários. A presente análise encontra fundamentação inclusive nas ciências contábeis, pois este tipo de transferência, uma renda oriunda do salário para aplicação em um fundo previdenciário, representa meramente um fato permutativo, já que em nada altera o patrimônio do cidadão, característica apenas dos fatos modificativos,

estes sim, passíveis de tributação.

Com base na teoria das esferas, pudemos notar que por qualquer viés que se busque analisar, os recursos destinados à aplicação nos fundos previdenciários já foram, em algum momento preliminar à sua aplicação, objeto de incidência, motivo pelo qual entendemos que o artigo 33 da Lei 9.250/95 tem natureza absoluta de confisco, já que o Estado invade a propriedade do cidadão sem que lhe conceda qualquer contraprestação sobre os valores que lhe são retirados.

Ficou latente no presente trabalho, que o montante sujeito à incidência do imposto de renda, nos moldes do artigo 33 da Lei 9.250/95, carece totalmente do requisito fundamental para conceituá-lo como renda, pois não se observa o incremento patrimonial, condição fundamental que está permeada em nosso ordenamento jurídico e por toda a doutrina.

Entendemos que o conceito de renda deve ser positivado em nosso ordenamento jurídico, por intermédio de Lei Complementar, de forma a se tornar cláusula pétreia, pois a ausência desse conceito permite que o legislador infralegal se sinta capacitado para formular normas de incidência tributária, procurando por meios diversos, justificar condições para uma maior arrecadação do Estado.

Temos a certeza que o presente dispositivo de Lei deva ser mais debatido nos Tribunais, porém sob uma ótica dos direitos fundamentais, e não somente sobre a questão temporal da incidência do imposto. Cabem àqueles legitimados pelo artigo 102 da Constituição Federal, questionarem por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a violação do artigo 150 inciso IV da Constituição Federal, ou se assim não fizerem, entendo que a matéria deverá ser analisada sob a ótica do controle difuso de constitucionalidade, através de ações individuais a serem propostas nos mais diversos Tribunais, fazendo com que o caso concreto chegue à Suprema Corte e esta, sob a ótica dos direitos fundamentais que são ceifados do contribuinte por parte do Estado, declare a inconstitucionalidade da referida norma, e sob o instituto da repriminção, retorne a norma anteriormente vigente, qual seja, a Lei 7.713/88 nos moldes do que determina o artigo 3º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

## 12 REFERÊNCIA

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense; São paulo: Método, 2010.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 11a ed. atualizada por Mizael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário* 31ª Ed. Malheiros, 2010.

MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Direitos reservados de edição por Malheiros Editores Ltda, 2008.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.receita.fazenda.gov.br>

## NOTAS DE FIM

1 MOTTA, Tatiana Maria Oliveira Prates. Advogada. Professora no Centro Universitário Newton Paiva. Consultora Tributária.

2 LAMEGO, Luis Henrique Moreira. Advogado. Administrador de Empresas. Sócio da Moreira Lamego Advogados em Brasília/DF.

3 DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Forense, 2010, p. 557.

4 SOUZA, Rubens Gomes, Pareceres 3 - Imposto de Renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p.277 In: HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas 2010, p.387

5 Sabbag, Eduardo. *Manual de Direito Tributário* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1059.

6 CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco Tributário*. São Paulo: RT, 2002, p. 39

7 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 230

8 GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não confisco no direito tributário, p.39 In: SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2.ed., p.232

9 MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

10 Idem, pg 76

11 RE 257.051/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09.8.2000; AI 630.157/SP, rel. Min. Eros Grau, DJ 30.3.2007 e AI 699.649-AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, pub. DJE 08.5.2009 Acesso em: 23/08/2010

12 (RE 577380, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 12/05/2009, publicado em DJe-095 DIVULG 22/05/2009 PUBLIC 25/05/2009 - Acesso em: 23/08/2010

13 Para efeito desse estudo, estamos considerando o valor do capital aplicado no fundo de previdência, uma vez que concordamos que os rendimentos provenientes da sua aplicação sejam sujeitos à incidência do tributo.

14 Considerado o valor até agosto de 2010.

15 MENKE, Cassiano. A proibição aos efeitos de confisco no Direito Tributário. São Paulo:Malheiros Editores, 2008, p.62

16 Essa Lei vigorou a partir de 1997, mas para efeitos exemplificativos, estamos considerando a dedução a partir de 1996, quando da entrada em vigor da Lei 9.250/95

17 Hoje em dia, o imposto de ganho de capital sobre bens imóveis já apresenta por si só a natureza confiscatória, uma vez que não se poder atualizar monetariamente o valor do imóvel quando do momento da venda, tributando ganhos que, se cotejados com a atualização monetária do imóvel, restariam zerados.

18<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI-MC&numero=2010> acesso em 04/04/2011

19<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=261795> acesso em 04/04/2011

# SOCIEDADE CONJUGAL: INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL

Leandro Henrique Simões Goulart<sup>1</sup>

Matheus Adolfo Gomes Quirino<sup>2</sup>

RESUMO: A edição do Código Civil de 2002, trouxe-nos algumas inovações, e uma delas é a proibição de constituição de sociedade entre os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens e da separação obrigatória de bens, conforme previsão do art. 977. Tal restrição merece ser analisada tomando-se como base os princípios orientadores do sistema constitucional vigente. No presente artigo, primeiramente será demonstrado as peculiaridades do regime da comunhão universal de bens e separação obrigatória, posteriormente será analisado o âmbito de atuação da norma prevista no artigo 977 do Código Civil, logo em seguida serão trazidas às interpretações existentes da norma mencionada. Ao final, será apresentado aos leitores o resultado da presente pesquisa jurídica, com as conclusões, sem, entretanto, encerrar o debate proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Conjugal, Separação Obrigatória de Bens, Dignidade Pessoa Humana, Igualdade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

## INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos as interpretações do art. 977 do Código Civil, é necessária uma rápida análise de um dos elementos que a integram: os regimes de bens da comunhão universal e da separação obrigatória.

O Código Civil, a partir do seu artigo 1639, estabelece a disciplina jurídica dos regimes de bens aplicáveis ao casamento. Em regra, em caso de não manifestação expressa dos nubentes, o regime aplicado será o da comunhão parcial, estabelecendo-se este como o regime geral.

Existe ainda a previsão dos regimes de separação obrigatória de bens, da comunhão universal, da participação final nos aquestos e da separação total, que pode ser convencional ou obrigatória, porém para este trabalho somente interessará os regimes destacados a seguir:

## 2 OS REGIMES DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS E DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

### 2.1 O regime da comunhão universal

Neste regime, todos os bens, presentes e futuros, ativos ou passivos, pertencem, a princípio, a ambos os cônjuges (art. 1667 do CC). Ao adotar este regime, cada um dos cônjuges passa a ter direito à metade do patrimônio ativo e passivo.<sup>3</sup>

Contudo, existem exceções à comunhão universal, que são tratadas pelo art. 1668 do CC. São elas: os bens recebidos em doação ou herança, com cláusula de incomunicabilidade e os substituídos em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e

o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva<sup>4</sup>; as dívidas contraídas antes do casamento, salvo se advindas de despesas com o seu preparo ou revertidas em proveito comum; as doações antenupciais, feitas por um dos noivos ao outro, com cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, livros, instrumentos; rendimentos da profissão de cada um dos cônjuges e as pensões, meios-soldos e montepios<sup>5</sup>, ressaltando-se que os frutos desses bens são comunicáveis<sup>6</sup>

Tal regime só pode ser adotado mediante pacto antenupcial<sup>7</sup>, ou seja, um contrato solene realizado antes do casamento, do qual o casal dispõe sobre o regime de bens que vigorará entre eles durante o matrimônio, sendo que a administração dos bens se dá da mesma forma que no regime de comunhão parcial de bens (art. 1670 do CC).

Para que sejam alienados e onerados os bens é necessária manifestação de ambos os cônjuges, exigência que não pode ser afastada sequer por pacto antenupcial. Pode-se falar em desnecessidade de manifestação quando se tratar do rol elencado no art. 1668 do CC.<sup>8</sup>, bem como nos casos de bens móveis, como por exemplo um veículo.

Ao adotar esse regime de bens, os cônjuges não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros (art. 977 do CC).<sup>9</sup>

Finda a vida em comum, é dividido o patrimônio comum e cessa a responsabilidade dos cônjuges para com os credores do outro (art. 1671 do CC).<sup>10</sup>

### 2.2 Regime de separação de bens

Quanto ao regime de separação de bens, temos a separação

convencional de bens e a separação obrigatória de bens, mas em ambos, cada cônjuge possui seus bens separadamente, independente da data e forma de aquisição (art. 1687 do CC).

Rolf Madaleno afirma que para a doutrina, tal regime representa, na verdade, a “[...] ausência de um regime patrimonial, caracterizado justamente pela existência de dois patrimônios separados”.<sup>11</sup> Dessa forma, há que se falar na coexistência de dois patrimônios: o do marido e o da mulher.

Quando os cônjuges optarem pelo regime da separação de bens, temos a separação convencional de bens, sendo de simples compreensão e estando diretamente relacionado com o princípio da autonomia privada, que será analisado oportunamente.

Este regime tem como premissa a incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento.

É a previsão do art. 1.687, do Código Civil: “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

Trata-se de regime que exige expressa manifestação das partes, através do pacto antenupcial, não se confundindo com o regime da separação obrigatória de bens, sendo que a não manifestação das partes quanto ao regime adotado, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens.

O pacto antenupcial, trata-se de negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, por meio do qual as partes escolhem o regime de bens que lhe aprover, segundo o princípio da autonomia privada, devendo ser lavrado em escritura pública.

Importante destacar que na separação convencional, quanto aos bens adquiridos mediante junção de esforços, poderá ser formado um condomínio, nos limites e proporções correspondentes. Essa circunstância, dado o seu caráter de excepcionalidade, não desfigura o regime, pois os bens assim adquiridos submetem-se à incidência das regras do condomínio voluntário, sem interferência das regras aplicáveis aos demais regimes matrimoniais de bens.

Do mesmo modo, importante frisar que o fato de haver uma separação convencional total dos bens dos cônjuges, não lhes retira as obrigações pecuniárias decorrentes das relações jurídicas estabelecidas em benefício da família.

Com efeito, cada cônjuge deverá arcar com as obrigações que contraiu, ressalvadas as despesas que reverterem em proveito do casal, as quais, em regra, devem ser assumidas por ambos os cônjuges.

For fim, deverá ser observado que a Súmula 377 do STF, que dispõe que no regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, não se aplica à separação convencional de bens, uma vez que a opção da independência patrimonial, derivou da livre estipulação da vontade do casal, afastando, dessa maneira, a impositiva comunicabilidade derivada do

enunciado jurisprudencial,

Outra hipótese de adoção do regime de separação de bens é quando a lei prevê que, obrigatoriamente, este deve ser o regime adotado, ou seja, diferentemente do regime da separação convencional, a vontade das partes não prevalecerá.

É o que acontece nas hipóteses do art.1641 do CC, que são: quando os cônjuges inobservarem a cláusula suspensiva da celebração do casamento; no casamento de maiores de setenta anos e no casamento daqueles que, para celebração, dependerem de suprimento judicial.

Nas hipóteses supracitadas, não é considerada a vontade dos nubentes. Estes não têm a possibilidade de escolher qual regime de bens irão adotar, vez que este é imposto pela lei, sendo desnecessária a elaboração de pacto antenupcial. E é por isso que este regime é chamado de separação legal de bens.

Os cônjuges atingidos pela separação legal são vedados de contratar sociedade entre si ou com terceiros, como disposto no art. 977 do CC. Para Maria Berenice Dias, o que o legislador busca é “evitar a possibilidade de entrelaçamento de patrimônios”.<sup>12</sup> mas, quanto a esse dispositivo legal, será analisado detalhadamente nos tópicos seguintes.

Contudo, o propósito de total incomunicabilidade do patrimônio buscado pela lei não tem sido alcançado. Isto porque a súmula 377 do STF, já mencionada anteriormente, dispôs que os bens adquiridos na constância do casamento irão se comunicar.<sup>13</sup>

A justificativa da edição da súmula consiste em evitar o enriquecimento ilícito por um dos cônjuges. É o que afirma o enunciado do STF citado por Maria Berenice Dias: “a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime de separação legal, os aquestos comunicam-se pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, do esforço comum”.<sup>14</sup>

Aplicando a súmula 377 do STF, há o patrimônio de cada um dos cônjuges, que são os bens adquiridos ou recebidos em herança ou doação antes do casamento, e o patrimônio em comum dos cônjuges, que é aquele adquirido na constância do casamento. O patrimônio considerado comum não depende da demonstração de que foi adquirido por meio de esforços comuns.

Deste modo, o regime de separação legal acabou por assemelhar-se, em alguns aspectos, com o regime de comunhão parcial de bens.

### 3 DAS INTERPRETAÇÕES ACERCA DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL

Inicialmente, torna-se necessário transcrever o art. 977 do Código Civil, para que possamos interpretar a sua aplicação: “Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime de comunhão

universal de bens, ou no da separação obrigatória.”

Percebe-se que o legislador foi impreciso na redação do citado artigo, pois poderia levar a duas interpretações: um cônjuge casado em um dos citados regimes não pode contratar sociedade com terceiros; ou, se apenas os cônjuges não podem contratar sociedade entre si, isto é, marido e mulher, ambos com terceiros ou entre si apenas, formando sociedade com personalidade jurídica própria.

Se a interpretação a ser aceita fosse à primeira exposta, qual seja, um cônjuge casado em um dos citados regimes não poderia contratar sociedade com terceiros, teremos um entendimento originário de uma interpretação meramente literal.

A interpretação mais correta é a restrição do art. 977 do Código Civil para a sociedade formada por apenas os cônjuges casados nos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens entre si e por ambos com terceiros em uma mesma sociedade.

Entendimento contrário estaria violando o princípio da autonomia privada, que é a liberdade de contratar respeitando o ordenamento jurídico, pois estaria proibindo pessoas bastando serem casadas naqueles regimes de bens, estariam impedidas de individualmente contratarem sociedade ainda que sem qualquer vínculo entre si.

Por outro lado, resta saber se o dispositivo aqui estudado seria ou não aplicado para todos os tipos de sociedade.

Gladstone Mamede e Eduarda Cotta Mamede<sup>15</sup> entendem que a aplicação da norma é para todo tipo de sociedade, pois o art. 977 do Código Civil utiliza apenas a expressão “sociedade”, afastando o entendimento de que seria apenas sociedade empresária.

Neste ponto, para melhor entendimento do leitor, importante trazer a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária.

Segundo o art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Com o novo Código Civil a distinção entre sociedade comercial e sociedade civil torna-se obsoleta e sem importância prática. Isto porque com o novo diploma legal grande parte das sociedades anteriormente consideradas civis, serão consideradas sociedades empresárias, o que possui um efeito prático de grande relevância, pois um hospital que antes era considerado como sociedade civil hoje encontra-se inclusive sujeito a falência.

Sobre o tema leciona o mestre Fábio Ulhoa Coelho:

*A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros - inexistente pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios - este é um critério insuficiente*

*para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrativo, tais as sociedades de advogados, as rurais sem registro na junta etc.*

*O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não-estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem profissionalmente organizar os fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples, enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária. Acerca do conceito de empresa, é necessário Ter-se presente o já realizado estudo do tema (cap. I),<sup>16</sup>*

Sendo assim, de acordo com a nova classificação as sociedades empresárias albergam as sociedades comerciais e grande parte das sociedades civis.

No que tange as sociedades simples são facilmente identificadas em razão do rol taxativo existente. As sociedades simples de acordo com o novo código são: as cooperativas; os artesãos; profissionais liberais; produtor rural que não queiram ser cadastrados como empresários (art. 971).

Assim, a identificação de uma sociedade empresária pode ser facilmente feita por um conceito negativo, pois aquilo que não fizer parte do rol das sociedades simples será considerado sociedade empresária.

Logo, é importante identificar qual o tipo de sociedade exatamente para saber a qual regime jurídico ela irá se submeter.

#### **4 DA SOCIEDADE CONJUGAL**

O Código Civil de 1916 não trazia em seu texto qualquer dispositivo que tratasse da possibilidade dos cônjuges constituírem sociedade entre si ou com terceiros, da mesma maneira que não havia qualquer previsão no Código Comercial de 1850.

Antes do advento do Código Civil de 2002, que trouxe em seu texto o art. 977, o que se discutia era a legitimidade e a validade das sociedades formadas pelos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, o que se justificava a luz do papel que possuía a mulher na administração dos bens resultantes da comunhão matrimonial. A esposa era submetida à tutela do marido, que era o gestor da sociedade conjugal e detinha a administração exclusiva dos bens que a compunham.

Nesse contexto, importante destacar o parecer do Instituto dos Advogados do Brasil, realizado no ano de 1927, cujo relator era Isidoro Campos<sup>17</sup> que em síntese entendeu que:

*[...] O marido, como chefe da sociedade conjugal,*

além de representação legal da família (art. 283 e seus números), tem o direito de autorizar a profissão da mulher, o de administrar os bens comuns e particulares, podendo exigir della o cumprimento dos deveres, como companheira e auxiliar nos encargos da família, art. 240. Competindo-lhe a representação legal da família, não pode a mulher litigar em Juízo, sem sua assistência ou consentimento. Conquanto não consagre o Cód. Civil a inferioridade da mulher, á qual já se não pode aplicar o major dignitas est in sexo virilis, de Ulpiano, todavia impoz-lhe uma restrição, tornando relativa a sua capacidade, subordinando-a a determinadas disposições.

Na sociedade mercantil os direitos e deveres são eguaes, para os sócios, o que se não poderá verificar entre o marido e mulher associados, em face do que o Cód. Civil dispõe, quando regula a capacidade dos cônjuges. [...]

Ainda a mulher casada, em face do que preceitua o Código Civil, não poderia usar do direito de demandar o marido, como seu sócio e em virtude de actos oriundos da vida commercial, porque mister seria o seu consentimento, como chefe do casal e representante legal da família. [...]

[...] Por estes argumentos, concluímos que, perante os princípios legais e doutrinários, a constituição da sociedade commercial, composta somente de marido e mulher, casados pelo regímen cummun, não é legítima.

Waldemar Ferreira 18 afirma que aceitar a constituição de sociedades nestes termos seria apenas transferir a sociedade conjugal para a sociedade comercial, onde teríamos duas sociedades autônomas operando como mesmo acervo, constituído-se de forma bifronte, civil de um lado e comercial de outro.

Nesse sentido, foi o julgamento proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo na Apelação 140.261 em 13 de agosto de 197019:

*Tem aplicação, neste caso, a lição expendida pelo venerando acórdão da Eg. 3ª Câmara deste Tribunal, publicado no vol. II, pág. 79, dos Julgados deste Tribunal, que, textualmente, ensina: " A sociedade civil ou comercial, formada apenas de duas pessoas, que sejam marido e mulher, não pode ser tida como legal e existente, sendo nula, absolutamente, sua inscrição no Registro Civil ou na Junta Comer-*

*cial, seja qual for o regime de bens do casamento, mas, sobretudo, quando este for o da comunhão de bens". " Isso porque tal sociedade visa a modificação do estado que a lei estabelece para a própria sociedade conjugal, entre marido e mulher, como o objetivo de não envolver o patrimônio do casal nos azares do comércio". Consequentemente, a embargante, ora apelada, que é constituída por dois únicos sócios que são marido e mulher, não pode ser tida como existente e a penhora impugnada deve subsistir, pois, no caso, o patrimônio da embargante se confunde com o patrimônio do executado, de vez que a sociedade comercial constituída entre marido e mulher, por quotas de responsabilidade limitada, tem apenas existência fictícia, não tendo o cordão de impor qualquer limitação da responsabilidade do comerciante individual, que outro se não é o marido, sócio da mulher, numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada fictícia.*

Na esteira dos fenômenos sociais, sobretudo com relação ao crescente processo de emancipação da mulher, entrou em vigor no Brasil a Lei n. 4.121/1962, a partir de cujo diploma legal a mulher casada inverstiu-se de significativo novos direitos.

Por meio do art. 3º do referido diploma legal, estabeleceu-se a garantia pelos títulos de dívida de ambos até o limite da meação, mesmo que no regime de comunhão universal, conforme abaixo reproduzidos:

*Art. 3º. Pelos títulos de dívida de qualquer natureza firmados por um só dos cônjuges ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.*

Adicionalmente, o art. 246 do Código Civil de 1916, sobretudo com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 4.121/1962, in verbis, espancou qualquer dúvida quanto à livre disposição do produto do trabalho da mulher por si mesma, bem como com a incomunicabilidade deste rendimento com as dívidas contraídas pelo marido:

*Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá o direito de praticar todos os atos ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art.*



240 e nos ns. II e III do art. 242. (Redação dada pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962)

*Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família. (Parágrafo acrescentados pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962)*

Assim, a Lei n. 4.121/1962 é considerada um divisor de águas na evolução dos direitos da mulher casada, reduzindo significativamente, a partir de então, a resistência à contratação de sociedade entre marido e mulher.

O homem deixou de ser, doravante, o chefe inquestionável do lar e da sociedade conjugal, na exata medida em que a mulher casada deixou de ser considerada submissa e relativamente incapaz, sobrevivendo equilíbrio entre os direitos e deveres dos consortes na constância do casamento. A mulher passou a ser, por conseguinte, partícipe em igualdade de condições da sociedade conjugal, a partir do advento da Lei n. 4.121/1962, em razão do que este diploma legislativo é considerado com uma das maiores conquistas da mulher na sociedade brasileira do século XX.

Na seara constitucional, a Constituição de 1824 iniciou o processo e evolução dos direitos da mulher ao dispor, em seu art. 179, XIII, o que se segue: "Art. 179 (...) XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um."

A Constituição de 1891, ampliou a esfera de incidência do princípio da isonomia, extinguindo os privilégios das oligarquias e classes nobres, ao dispor, conforme segue no mesmo dispositivo legal:

*Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhecendo foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.*

A Carta Constitucional de 1934 atribuiu maior robustez aos direitos da mulher, ao mencionar, explicitamente, a proibição de qualquer distinção quanto ao sexo, in verbis: "Art. 1113 (...) I. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe racial, riqueza, crenças **religiosas ou ideias política.**"

A Carta Magna de 1937 tratou de forma mais sucinta o princípio da isonomia, ao dispor simplesmente, conforme adiante reproduzido: "Art. 122, 1º. Todos são iguais perante a lei."

A Constituição de 1946, por intermédio de seu art. 141, parágrafo 1º, apenas repetiu *ipsis literis* o comando inserto no art. 122, 1º, da Constituição de 1937, que dispunha que todos são

iguais perante a lei.

O diploma constitucional de 1967 restabeleceu, de forma similar, a redação abrangente apresentada pela Constituição de 1934, sendo o mesmo texto repetido *ipsis literis* na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, no art. 153, parágrafo 1º: "Art.153. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei."

Em caráter definitivo, a igualdade entre homem e mulher foi alçada ao estágio constitucional, nos termos do art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, abaixo reproduzido: "Art. 226. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher."

Neste ponto, convém trazer à colação passagem em que José Waldecy Lucena<sup>20</sup> descreve a evolução do processo de emancipação da mulher, culminando com o advento da Lei n. 4.121, de 1962, e sua consolidação no texto constitucional, associando a este processo evolutivo a paulatina admissão em doutrina e jurisprudência da sociedade entre consortes no Brasil:

*Ora, com o Estatuto da Mulher Casada, permitida a separação de patrimônio do marido e da mulher, independentemente do regime de bens do casamento, por óbvio que se ambos destinavam uma parcela de seu patrimônio para a integralização do capital da sociedade, surgia, a partir dessa distinção, um novo e único patrimônio, que era o da sociedade, completamente distinto daquele que conglobava os demais bens do casal, que continuavam submetido ao regime de bens do matrimônio.*

Em pesquisa acerca da evolução jurisprudencial brasileira relacionada à matéria, José Waldecy Lucena<sup>21</sup> sinaliza que os Tribunais do Estado de São Paulo, até o início da década de 1970, mantiveram-se contrários à constituição válida de sociedade entre consortes, reputando-as nulas.

Contudo, após reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, alteraram seu posicionamento, passando doravante a considerar que, após o Estatuto da Mulher Casada, tornou-se tendência inelutável atribuir validade às sociedades constituídas entre marido e mulher, sustentando-se, de forma recorrente, que se aos cônjuges é facultado contratar sociedade com estranhos, parentes, até mesmo os filhos, seria um contra-senso não poderem fazê-lo entre si.

A corroborar o acima exposto, cite-se a decisão da lavra do Ministro Néri da Silveira, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, prolatada em 03 de fevereiro de 1989, em face de Recurso Extraordinário n. 108.728-5, cuja ementa segue abaixo reproduzida:

*Recurso Extraordinário. Execução Fiscal. Penhora de bens de sócio. Embargos de Terceiro. Reputa-se*

*licita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da Mulher Casada. O sócio não responde, em sem tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova reconhecida nas decisões das instâncias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causa prejuízo à Fazenda, nem tampouco restou demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios. Embargos de terceiro procedente. Súmula 279. Recurso Extraordinário não conhecido.*

Por conseguinte, o advento do Estatuto da Mulher Casada serviu de diploma legal basilar para o assentamento jurisprudencial em favor da livre constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil.

## **5 ENTENDIMENTO APÓS O ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL**

**Com o advento do Código Civil de 2002, o legislador optou por, expressamente, autorizar sociedade entre cônjuges, mas trazendo duas vedações, quais sejam: a proibição de cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens e da separação obrigatória de bens constituírem sociedades.**

**Na lição de Ricardo Fiúza<sup>22</sup> relator do projeto do Código Civil de 2002, precisamente com relação às vedações inseridas no art. 977, afirma que:**

*[...] No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria um espécie de ficção, já que a titularidade das quotas do capital de cada cônjuge na sociedade não estaria patrimonialmente separada no âmbito da sociedade conjugal, da mesma maneira que todos os demais bens não excluídos pelo art. 1.668, a ambos pertencentes. No que tange ao regime da separação obrigatória, a vedação ocorre por disposição legal, nos casos em que sobre o casamento possam ser levantadas dúvidas ou questionamentos acerca do cumprimento das formalidades ou pela avançada idade de qualquer dos cônjuges.*

Observa-se que os argumentos trazidos pelo relator do projeto, ao invocar a unicidade patrimonial da sociedade formada pelos cônjuges, principalmente após a edição do Estatuto da Mulher Casada,

que trouxe a individualização do patrimônio dos cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens, não assiste razão.

Do mesmo modo não assiste razão em se tratando do regime da separação obrigatório, onde o relator se baseia em possibilidade, suposições de existirem dúvidas ou questionamentos acerca do cumprimento das formalidades exigidas pelo casamento, ou, única e simplesmente pela idade avançada de um dos cônjuges.

Trata-se de comando proibitivo manifestadamente inconstitucional, na medida em que se restringe indivíduos com idade superior a 70 (setenta) anos quanto à escolha do regime de bens sob a égide do qual pretendem se casa, malferindo-se o princípio constitucional da dignidade humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Por conseguinte, na medida em que inconstitucional o conteúdo do art. 1.641, II do Código Civil, bem como a justificativa apresentada pelo Deputado Ricardo Fiúza, deixaria assim de existir a única razão que impede os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade.

Ademais, não foi oferecido qualquer óbice pelo legislador, em sua exposição de motivos anteriormente reproduzida, à contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória pelas razões no incisos I e II do art. 1.641 do Código Civil, conforme abaixo:

*Art.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:*

*I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;*

*II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;*

*III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.*

Portanto, reitera-se que o fato de permanecer válido o conteúdo dos incisos I e II do art. 1.641 do Código Civil e, portanto, de permanecer legítimo o regime da separação obrigatória para as hipóteses neles contidas, não significa, de modo algum, dizer que acertou o legislador ao proibir cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade, nos termos do art. 977 do mesmo diploma legal.

Em última análise, ainda que legítimo e justificável o regime da separação obrigatória, isoladamente considerado, com base nos incisos I e II do art. 1.641 do atual Código Civil, descabida é a proibição imposta pelo legislador de contratação de sociedade por cônjuges casados sob tal regime matrimonial, por dois principais motivos, a seguir relacionados:

*a justificativa utilizada pelo legislador para tal comando proibitivo localiza-se no inciso II do refe-*

*rido dispositivo legal, o qual foi demonstrado ser inconstitucional, deixando, pois, de existir óbice à contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória; e independentemente do regime de bens escolhido pelos cônjuges, não haveria razão, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, para impedi-los de contratar sociedade entre si ou com terceiros, na medida em que, dentre outras razões, de acordo com o princípio da intangibilidade do capital social, o patrimônio da sociedade não se confunde, em nenhum dos regimes de bens, como o patrimônio individual de cada um dos sócios que a compõem, marido e mulher ou não.*

O inafastável princípio da intangibilidade do capital social, oponível inclusive, e, principalmente, aos próprios sócios que a compõem, confere idoneidade à sociedade havida entre os cônjuges, seja qual for o regime matrimonial por eles adotado, sobrevindo sua legitimidade para usufruir do benefício da limitação de responsabilidade, assim como para qualquer outra sociedade validamente reconhecida.

Ademais, a limitação de responsabilidade patrimonial dos cônjuges por dívidas contraídas pelo outro cônjuge até o limite da meação dos bens comuns, advinda com o Estatuto da Mulher Casada e incorporada pelo Código Civil, atribui, em caráter definitivo, clara autonomia e identidade às esferas patrimoniais individuais do homem e da mulher, ainda que casados sob o regime da comunhão parcial de bens.

Outrossim, faz-e oportuno esclarecer que os sócios, ao integralizarem a parcela do capital que se comprometeram a subscrever recebem, em contrapartida, quotas representativas do valor que cada qual efetivamente imobilizou em favor da atividade empresarial, sendo tais títulos mobiliários legitimamente reconhecidos como ativos passíveis de execução em caso de dívidas eventualmente contraídas pelos mesmos sócios.

O patrimônio utilizado tanto pelo homem quanto pela mulher para adquirir participação em sociedade é tão somente revertido em quotas.

Em outras palavras, ocorre simplesmente uma troca de ativos, dinheiro, bens e/ou direitos por quotas da sociedade, os quais continuam sob a exclusiva propriedade do homem ou da mulher que os aportou, quando da integralização de sua parcela no capital social subscrito.

Nesse sentido, convém trazer à colação os ensinamentos de Modesto Carvalhosa<sup>23</sup>, a respeito dos princípios da imutabilidade e da intangibilidade do capital social de uma sociedade, segundo

os quais os bens aportados na sociedade para adquirir parcela de seu capital social são somente substituídos por quotas, as quais representam verdadeira dívida da sociedade para com seus sócios, no exato montante dos bens aportados, ao mesmo tempo em que permanece completamente isolada a esfera patrimonial da sociedade em relação à massa de bens de cada um de seus sócios, in verbis:

*O capital social não é formado por uma massa separada do patrimônio ou por uma parte do ativo da sociedade, mas configura-se como um débito diante dos acionistas, razão pela qual consta do passivo no balanço, ainda que não exigível. Por outro lado, o capital é uma fictio jûris estabelecida para a salvaguarda dos credores da companhia. (...) É dessa forma que a integridade do capital social representa garantia de estabilidade e possibilidade de cumprimento das obrigações assumidas pela companhia.*

Diante do exposto, reputa-se por completo equivocada a crítica revelada pelo Deputado Ricardo Fiúza, segundo a qual apenas os bens excluídos da comunhão pelo art. 1668 do Código Civil em vigor estariam protegidos contra a confusão patrimonial decorrente dos bens aportados em uma sociedade, bem como as quotas representativas de seu capital social, posto que, conforme elucidado, opera-se uma simples substituição dos bens correspondente.

Isso porque, reitera-se, os bens utilizados para adquirir parcela do capital social da sociedade são tão somente substituídos por quotas, as quais permanecem de propriedade exclusiva dos sócios que as detêm.

Quanto à destinação dos bens aportados, estes deixam a esfera patrimonial pessoal do sócio correspondente e passam a fazer parte da esfera patrimonial da sociedade, não podendo mais ser atingidos pelos credores pessoais do sócio que os aportou, mas tão somente pelos credores da própria sociedade, conforme o já mencionado princípio da intangibilidade do capital social.

Em razão das ponderações aqui elucidadas, parece-nos inadequada, porque tecnicamente imprecisa, a proibição inserida pelo legislador no art. 977 do Código Civil de 2002, de contratação de sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação de bens.

Nessa perspectiva, convém trazer a colação os dizeres de Luiz Olavo Baptista<sup>24</sup>: "Para constituir uma sociedade são necessárias duas pessoas e não dois patrimônios. Trata-se de uma proposta teórica que não **pára em pé**".

Pablo Stolze Gagliano<sup>25</sup> também manifestou-se, de modo preciso e categórico contrariamente ao comando proibitivo contido no art. 977 do Código Civil de 2002, in verbis:

*A impressão que se tem é de que a lei teria oficializado a figura do laranja. Tudo isso porque, inadvertidamente, o legislador firmou uma espécie de presunção de fraude, pelo simples fato de os consortes constituírem sociedade, impondo-lhes o desfazimento da sociedade, se forem casados sob os regimes referidos pelo art. 977*

Diante de todo o apresentado, sem prejuízo das diversas questões controvertidas que ainda mantêm vivos os debates a respeito da matéria, entende a melhor doutrina que o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 202 constituiu significativo retrocesso em relação ao Código Civil de 1916, ao vedar a estipulação de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou no regime da separação obrigatória, erigindo-se na contramão da doutrina e da jurisprudência pátrias, as quais já haviam consolidado entendimento em favor da inexistência de obstáculos para que o casal, independentemente de seu regime de bens, empreenda por intermédio do mesmo veículo societário.

## **6 PROJETO DE LEI DO SENADO N. 611 DE 2011**

Atualmente existe Projeto de Lei no Senado Federal, n. 611/11, de autoria do Senador Francisco Dornelles, pelo qual pretende a alteração do art. 977 do Código Civil, para facultar aos cônjuges contratar sociedade independente do regime de bens adotado no casamento.

Nesse contexto, torna-se indispensável a transcrição na íntegra da justificativa apresentada pelo eminente parlamentar Senador Francisco Dornelles 26, conforme abaixo:

*O art. 977 do Código Civil, na redação vigente, impede os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de contratar sociedade, entre si ou com terceiros.*

*Trata-se de verdadeiro retrocesso, uma vez que, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência haviam consolidado o entendimento de não haver impedimento para a sociedade entre cônjuges, qualquer que fosse o regime de bens adotado no casamento. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 104597/PR, julgado pela Primeira Turma em 10 de maio de 1985, no qual foi relator o Ministro Rafael Mayer, cuja ementa estabelece que é legítima a sociedade por cotas que tenha como sócios exclusivos marido e mulher, tendo em vista que sem dispositivo*

*legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos defeitos invalidantes de sua formação. De igual modo, decidiu aquela Corte de Justiça no Recurso Extraordinário RE 108728/SP, julgado pela Primeira Turma em 3 de fevereiro de 1989, no qual foi relator o Ministro Néri da Silveira, em cuja ementa consta que reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado posterior à entrada em vigor do novo Código Civil, no Recurso Especial nº 1.058.165 – RS, no qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu pela impossibilidade de contratação de sociedade entre cônjuges casados no regime de comunhão universal ou separação obrigatória, tendo em vista vedação legal que se aplica tanto às sociedades empresárias quanto às simples, em razão do disposto no art. 977 do Código Civil. Esta proposição tem por finalidade extinguir a vedação contida na legislação, que tem levado, inclusive, os cônjuges casados no regime da comunhão universal que queiram participar conjuntamente de uma sociedade a requerer primeiramente a alteração do regime de bens, como autoriza o § 2º do art. 1.639 do Código Civil, único modo de viabilizar a sociedade entre eles. Não há razão que justifique a restrição prevista na legislação, que só tem trazido dificuldades para a criação da sociedade entre cônjuges, motivo pelo qual contamos com o apoio dos ilustres pares para a aprovação deste projeto.*

## **7 CONCLUSÃO**

Considerando tudo que foi exposto, percebe-se que as motivações da elaboração do art. 977 do Código Civil de 2002, já não se enquadra na realidade de nosso país.

Não é possível admitir o argumento da unicidade patrimonial em uma sociedade constituída por cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens, da mesma forma que, coadunar com a proibição para aqueles a quem é imposto o regime da separação obrigatória sob o argumento de facilitar a confusão patrimonial, seria imaginar uma presunção de fraude incompatível com o sistema jurídico.

Ademais, se for mantido a previsão contida no art. 977 do CC, termos uma violência escancarada a vários princípios constitucionais fundamentais, tais como liberdade de associação, livre iniciati-

va, isonomia, além de violar o princípio da autonomia privada, por conta de ser estabelecido restrição aos nubentes casados sob o regime obrigatório e comunhão universal de bens de contraírem sociedade entre si ou com terceiros.

Por fim, não há como se admitir a permanência da norma instituída pelo artigo 977 do Código Civil de 2002 ante a sua total e demonstrada incompatibilidade com o sistema jurídico-constitucional vigente.

## 8 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 16 abril 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 3, p. 522

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110/111

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos Idosos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p.132.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960-1694.14v.

FIÚZA, César. *Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação* in FIÚZA, Cesar, SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.29.

FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, Ricardo [Coord.]. *Novo Código Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Sociedade de cônjuges e o novo Código Civil*. Valor Econômico, 007 mar. 2003

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 3. ed. atual. e ampl. com formulário Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 933 p

MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges* in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAMED, Gladstone; MAMED, Eduarda Cotta. *Divórcio Dissolução e Fraude na Partilha de Bens.: Simulações Empresarias e Societárias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68

SENADO FEDERAL, disponível em:<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97368&tp=1>, acesso em 16/04/2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso Constitucional Econômico*. 18ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/colac/listarColac.asp>, acesso em: 17 de abril de 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, disponível em: : <http://www.tjsp.jus.br/jurisprudencia/acórd.140261>, acesso em: 17 de abril de 2013

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil e Ética, Coordenador do CEJU - Centro de Exercícios Jurídico - Professor de Processo Civil da UNIPAC - Itabirito - Advogado.

2 Bacharel em Direito - UFMG; Pós-Graduado em Direito Processual Civil - PUC/G; Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna; Ex-Procurador do Município de Itabira; Professor de Direito Empresarial da UNIPAC - Itabirito - Advogado

3 Cf. MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges* in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 170.

4 "Ocorre fideicomisso quando for instituído herdeiro, que será substituído por outro após decurso de certo prazo ou após o implemento de condição". FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 962.

5 Cf. FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 962.

6 Cf. BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o 16 de abril de 2013.

7 Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 227.

8 Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 228.

9 Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurf-

dicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 16 de abril 2013.

10 Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 16 de abril de 2013.

11 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 179.

12 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 233

13 <<http://www.stf.gov.br>, acesso em: 16 de abril de 2013>

14 CASAMENTO. Separação obrigatória. Súmula 377. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 208.640 - (1999/25259-4) - RS - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 28.05.2001) apud DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 233

15 MAMEDE, Gladstone; MAMEDE, Eduarda Cotta. Divórcio Dissolução e Fraude na Partilha de Bens.: Simulações Empresárias e Societárias. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68

16 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110/111

17 Revista Forense, vol. 50, pág. 12

18 FERREIRA, Waldemar Martins. Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1960-1694.14v.

19 <<http://www.tjsp.jus.br/jurisprudencia/acórd.140261>, acesso em: 16 de abril de 2013

20 LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 3. ed. atual. e ampl. com formulário Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 933 p

21 LUCENA, José Waldecy. Das sociedade por quotas de responsabilidade limitada. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250.

22 FIUZA, Ricardo [Coord.]. Novo Código Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004

23 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 3, p. 522

24 Especialistas aprovam parecer, mas exigem mudanças na legislação.

Gazeta Mercantil, São Paulo, 17 set. 2003., Seção A9.

25 GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade de cônjuges e o novo Código Civil. Valor Econômico, 007 mar. 2003

26 <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97368&tp=1>, acesso em 16/04/2013.

# TERRORISMO E DIREITO INTERNACIONAL: REFLEXÕES ACERCA DO FENÔMENO TERRORISTA NO SÉCULO XXI.

Hassan Magid de Castro Souki<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo do fenômeno terrorista no século XXI, buscando-se nele delinear um conceito do que seja terrorismo internacional, através da identificação e análise de suas características básicas. Objetiva, ainda, revelar a importância de tal conceituação, demonstrando que a indefinição dos contornos do terrorismo internacional dificulta a repressão adequada aos atos terroristas e permite que alguns Estados se apropriem indevidamente do termo para, em nome do combate ao fenômeno, adotarem medidas altamente violadoras das normas internacionais e dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo; Direitos Humanos; Manutenção da paz e segurança internacionais.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Internacional; Direito Penal.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Muito embora tenha ganhado maiores dimensões no início deste século, a utilização do terror como forma de intimidação de pessoas não é fenômeno recente na história da humanidade, havendo registros da prática na Antiguidade de atos que, sem sombra de dúvida, se encaixariam perfeitamente na noção atual de terrorismo, ainda que, à época, não fossem percebidos como tal.

Todavia, no século XX – particularmente durante o que se convencionou denominar de “Guerra Fria” – assistiu-se o recrudescimento e a proliferação do terrorismo pelo mundo, sem que, contudo, tal circunstância tivesse força suficiente para fazer com que os Estados superassem suas diferenças ideológicas, políticas e históricas e buscassem uma concreta e absoluta mobilização global contra tal flagelo.

Tem-se, então, que foi preciso que a sociedade internacional testemunhasse, ao vivo e em cores, o desenrolar de um até então inimaginável atentado no território da nação mais poderosa do mundo,<sup>2</sup> para que, alertada do perigo representado pelo terrorismo, se mobilizasse na busca do combate de tal ameaça, um dos grandes desafios a serem superados no século XXI.

De fato, nunca a violência terrorista se apresentou de forma tão assustadora quanto neste século, invadindo as vidas e os pensamentos das pessoas por todo o globo como uma ameaça sem rosto e que escolhe suas vítimas ao acaso.

Não obstante, a heterogeneidade da sociedade internacional, faz com que, depois de uma década da queda das “Torres Gêmeas”, ainda não se tenha, em um instrumento internacional, uma conceituação precisa e amplamente aceita do terrorismo, o que faz com que alguns Estados continuem optando por medidas unilaterais de represália e pela adoção de métodos de combate

ao terror altamente violadores dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Por fim, cabe ressaltar que a Organização das Nações Unidas, por diversas vezes, reconheceu a necessidade de uma definição do terrorismo internacional em uma convenção geral onde seja tal flagelo conceituado de maneira clara e precisa, de forma a propiciar uma repressão mais eficaz e impedir a apropriação indevida do termo por alguns Estados, pelo que tal tema, muito embora não constitua novidade, continua a ser extremamente relevante.

Assim, são objetivos do presente artigo: a) explicitar a evolução histórica do terrorismo internacional para, assim, compreender as dificuldades de sua conceituação; b) identificar o que poderia ser entendido como terrorismo internacional, apontando e analisando suas características basilares; c) demonstrar que a prática do terrorismo e a resposta dada por alguns Estados a tais atos constituem graves violações aos direitos humanos; d) ressaltar a necessidade da tipificação do terrorismo em um tratado internacional como forma de salvaguardar a paz e a segurança internacionais, bem como o respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

## 2. TERRORISMO

### 2.1 Antecedentes Históricos do Terrorismo Internacional

Não obstante se tenha registro da prática de atos que podem ser qualificados como terroristas na Antiguidade<sup>3</sup> e na Idade Média,<sup>4</sup> o terrorismo, na forma como hoje é conhecido, teve sua origem no século XVIII, com a Revolução Francesa. A palavra “terror” foi utilizada com uma conotação política pela primeira vez na França Revolucionária, tornando-se uma forma de governo. De

fato, a partir de 1793 os jacobinos de Robespierre implantaram o regime de terror como forma de impor a autoridade do novo Estado através da utilização da violência. Estima-se que, em um período de nove meses, 300.000 suspeitos foram presos e 17.000 pessoas foram oficialmente executadas, sendo que muitas outras morreram na prisão, sem qualquer espécie de julgamento (FRAGOSO, 1981, p. 14). Todavia, rapidamente as autoridades revolucionárias cessaram de praticar tal política, o que explica a queda de Robespierre e sua condenação, em 27 de julho de 1794, por "terrorismo", já que aquelas não poderiam responsabilizá-lo pelo terror que elas próprias haviam proclamado. Tem-se então que o terror, meio de legítima defesa da ordem social estabelecido pela Revolução, foi substituído pelo terrorismo, visando unicamente o terror exercido abusivamente pelo Estado (PELLET, 2004, p. 11).

A sistematização do terrorismo se deu no século XIX, com a sua utilização pelos Anarquistas e Niilistas, que, através do cometimento de assassinatos e atentados a bomba, dirigidos contra figuras notórias dos regimes em vigor, intentavam espalhar o terror contra o Estado e incitar a sociedade contra a máquina estatal, para, dessa forma, acabar com a opressão do governo, pondo fim ao próprio governo (CARR, 2002, p. 167). O terrorismo, assim, passou a ser utilizado por tais grupos como um meio de ação, cujo objetivo era atrair a atenção da população de um determinado país para uma situação considerada opressiva, com vistas a criar um ambiente favorável à derrubada do poder vigente. Tem-se, então, segundo Leonardo Nemer Caldeira Brant, que a atuação de tais grupos inverte a lógica do termo, transformando o terrorismo de "um ato de Estado" para "atos praticados contra o Estado" (BRANT, 2005, p. 259). De fato, o terrorismo se apresenta para os Anarquistas e Niilistas como o mecanismo mais eficiente para destruir as instituições e convenções do Estado, tornando-se, dessa forma, uma verdadeira técnica de ação política (FRAGOSO, 1981, p. 15). Importante salientar, contudo, que conforme bem explicita Marta Moreno, apesar da proliferação dos atos terroristas em tal época, o terrorismo era, até então, um fenômeno de dimensões restritas, uma vez que atentava exclusivamente para a ordem interna do Estado em cujo território os referidos grupos atuavam (MORENO, 2004, p. 334).

Todavia, no período entre guerras, passou o terrorismo a ser visto como um fenômeno de interesse global,<sup>5</sup> notadamente após o assassinato, em 09 de outubro de 1934, do Rei Alexandre I da Iugoslávia e do ministro francês das relações exteriores, Louis Barthou, por um terrorista croata. Tal fato acabou por levar o Conselho de Segurança da Sociedade das Nações a convocar a primeira Conferência Internacional para a Prevenção e Repressão do Terrorismo, concluída em 1937 na cidade de Genebra e da qual resultaram dois instrumentos: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo e a Convenção para a criação de um Tri-

bunal Penal Internacional. Todavia, nenhuma dessas convenções entrou em vigor, sendo que a primeira foi firmada por 24 Estados e ratificada somente pela Índia e a segunda firmada por 13 Estados, não tendo sido objeto de nenhuma ratificação (SILVA, 2003, p.241). Tem-se que o fracasso de tal conferência pode ser debitado ao fato de ter sido a mesma realizada às vésperas da Segunda Guerra Mundial, ou seja, em um período onde reinava um latente espírito de confronto entre as potências européias.

Apenas na década de 1960, ante o alarmante aumento de atos terroristas perpetrados contra a aviação civil, a sociedade internacional veio a retomar a questão do terrorismo, com a adoção da primeira convenção internacional sobre o tema, que tratava especificamente da segurança aérea. Ressalte-se também que foi em tal década que se assistiu ao surgimento do terrorismo enquanto fenômeno internacional, com o atentado cometido em 1968 pela OLP contra uma aeronave da companhia EL AL sobre o aeroporto de Atenas, sendo este o primeiro ato terrorista fora do país de origem do grupo autor das ações (BRANT, LAMAR, 2004, p. 182).

Nos anos 70, a sociedade internacional assistiu ao recrudescimento de ações terroristas relacionadas com o conflito entre Israel, o povo palestino e alguns Estados árabes. Ainda, verificou-se, na Europa, a atuação de grupos terroristas como as Brigadas Vermelhas (Itália), o grupo Baader-Meinhof (Alemanha Ocidental), o IRA (Irlanda do Norte) e o ETA (Espanha) dentre outros. Pode-se destacar também a atuação do Exército Vermelho no Japão. O sequestro e assassinato de 11 atletas israelenses durante os Jogos Olímpicos de Munique por oito terroristas do grupo palestino Setembro Negro, em 05 de setembro 1972, teve um papel decisivo para a percepção de que o terrorismo não mais transitava entre fronteiras geográficas, mas ia onde seus alvos estivessem. Em vista de tal fato, a Assembléia Geral das Nações Unidas acabou por aprovar, em 18 de dezembro do mesmo ano, a Resolução 3034 (XXVII) na qual encarregou um comitê especial de estudar o problema do terrorismo internacional e apresentar informes sobre as questões examinadas. Não obstante a apresentação pelo comitê de informes à Assembléia Geral nos seus vigésimo oitavo, trigésimo segundo e trigésimo quarto períodos de sessões, não se chegou a grandes resultados (KOUFA, 1999).

*De acordo com Leonardo Nemer Caldeira Brant: Vários desentendimentos provocados no seio da comissão impediram o estabelecimento de um acordo final. Na realidade, a ambigüidade do conceito se tornava aparente na insistência dos Estados Unidos em se elaborar uma Convenção geral e universal contrastando com o desejo ardente de outras comissões que admitiam unicamente a ratificação de Convenções de alcance limitado. De fato*



*todo o problema residia na distinção entre a condenação do fenômeno do terrorismo e o recurso ao uso da força legitimado pela ação dos movimentos de libertação nacional. Diante da dificuldade em se superar este impasse inicial, a idéia de uma Convenção universal e geral foi abandonada e o comitê foi extinto em 1979. (BRANT, 2005, p.264).*

Nos anos que se seguiram, a comunidade internacional continuou a lidar com a questão através de tratados específicos e de resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral das Nações Unidas condenando atos terroristas de forma pontual e difusa. Todavia, em virtude dos atentados de 11 de setembro de 2001 e da "Guerra ao Terror" proclamada pelos Estados Unidos da América,<sup>6</sup> passou o terrorismo a fazer parte da pauta principal da agenda mundial, pelo que, segundo Ulrich Beck, tornou-se ainda mais evidente a urgência da definição e tipificação da conduta terrorista em uma convenção geral formalizada sob ampla base consensual, criando-se um espaço legal unitário e universal para a persecução interestatal dos terroristas (BECK, 2003, p. 35).

Por fim, vale ressaltar que, o então Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, Kofi Annan reconheceu a premência da definição do terrorismo internacional em uma convenção global, tendo se pronunciado neste sentido perante a Assembleia Geral em 1º de outubro de 2001, ocasião na qual asseverou que:

*[...] é evidente que (as 12 Convenções e Protocolos relativos ao terrorismo internacional), mesmo uma vez aplicadas, não serão suficientes para por termo ao terrorismo, mas fazem parte do quadro jurídico que exige este esforço. (...) Será necessário, igualmente, chegar a um acordo para uma Convenção global sobre o terrorismo internacional. (ANNAN apud PELLET, 2003, p. 14).*

## **2.2 A DIFICULDADE DA CONCEITUAÇÃO DO TERRORISMO INTERNACIONAL**

Uma das maiores dificuldades ao se discutir questões relativas ao terrorismo se assenta justamente na ausência de uma definição inequívoca e amplamente aceita desse fenômeno. A variedade de atos que podem ser englobados em tal conceito e a heterogeneidade da própria sociedade internacional – da qual resultam diferentes percepções existentes sobre o que constitui o terrorismo-, fazem com que, atualmente, a adoção de um instrumento geral no qual conste uma definição de tal flagelo seja encarada pelos estudiosos do Direito Internacional como praticamente impossível.

De fato, segundo Patrícia Eugenia Kreibohm, a análise das

relações internacionais demonstra que, não raramente, aquele considerado como terrorista por alguns Estados é geralmente saudado como lutador da liberdade por outros,<sup>7</sup> o que decorre do fato de que a aplicação do termo terrorismo sempre depende do ponto de vista adotado para analisá-lo e dos interesses, idéias e emoções de seu observador.(KREIBOHM, 2005, p. 12)

De fato, verifica-se que o termo "terrorismo" não é neutro, sendo abordado, geralmente, a partir de perspectivas com um alto conteúdo político e ideológico. Neste sentido, adverte Gilbert Guillaume que:

*[...] o termo 'terrorismo' evoca, em linguagem corrente, uma violência extrema, vítimas inocentes, um clima de angústia. Ele remete ao fanatismo e à barbárie. Desde então, ele é freqüentemente utilizado para desqualificar o adversário e mobilizar a opinião pública a seu encontro. Devido a este fato, torna-se difícil defini-lo sem condenar ou absolver, como testemunham os debates concernentes à ação dos movimentos de libertação nacional e de secessão ou as discussões sobre o terrorismo de Estado. (GUILLAUME, 2004, P.28)*

Da mesma forma, aduz Colin Warbrick que "o termo 'terrorismo' traduz reprovação: ele necessariamente veicula a idéia de ilegitimidade. Sua absoluta imprecisão traz consigo a possibilidade de uso por lados opostos do conflito." (WARBRICK, 2003, p. 279) Com efeito, a falta de uma conceituação precisa do que seja terrorismo serve, no mais das vezes, à apropriação oportunista do termo, posto que o que permanece obscuro, dogmático ou pré-crítico não impede o uso pelas chamadas "potências legítimas" das mesmas noções quando lhes parece oportuno (BORRADORI, 2004, p. 113).

Assim, em virtude das dificuldades já apontadas, desde a fracassada Convenção de Genebra de 1937 até os dias atuais, nenhum instrumento internacional logrou êxito em definir o termo terrorismo. Com efeito, embora exista uma série de tratados<sup>8</sup> que buscam a repressão de atos terroristas, tal ameaça é tratada freqüentemente em função da ação praticada, seus objetivos e conseqüências, o que reflete o mal estar internacional vis-à-vis do terrorismo como crime internacional (BRANT, 2005, p. 154).

Não obstante, a ausência de consenso na sociedade internacional acerca do terrorismo não impediu a busca, principalmente pela Organização das Nações Unidas, de um conceito capaz de gozar de ampla aceitação internacional. Verificam-se, dessa forma, várias tentativas neste sentido. Tem-se, por exemplo, a apresentação em 1990, pela Comissão de Direito Internacional, do projeto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade, do qual constava, expressamente, uma definição de terrorismo

internacional.<sup>9</sup> Porém, como não houve consenso no seio da comissão acerca de tal conceito, este foi abandonado, pelo que, no projeto apresentado em 1996, já não havia a previsão do terrorismo internacional como crime autônomo.<sup>10</sup> A Assembleia Geral, por sua vez, em 09 de dezembro de 1994, adotou a Resolução 49/60 onde terrorismo é conceituado como a prática de “atos criminosos planejados ou calculados para provocar estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em particulares por motivos políticos” (ONU, 1995). Ao seu turno, o Conselho de Segurança, na Resolução 1566, de 08 de outubro de 2004, definiu terrorismo como sendo a prática de:

*[...] atos criminosos, inclusive contra civis, cometidos com a intenção de causar a morte ou lesões corporais graves ou de tomar reféns com o propósito de provocar um estado de terror na população em geral, em um grupo de pessoas ou em determinada pessoa, intimidar a uma população ou obrigar a um governo ou a uma organização internacional a realizar um ato, ou se abster de realizá-lo. (ONU, 2004).*

Destaque-se, ademais, o desenvolvimento no seio da Organização das Nações Unidas dois importantes estudos que buscam uma definição de terrorismo que possa ser aceita amplamente pela sociedade internacional. Em primeiro lugar, tem-se a instituição pela Assembleia Geral, em 1996, de um Comitê Especial (conhecido como Comitê Especial da Resolução nº 51/210), objetivando a criação de instrumentos internacionais contra o terrorismo.<sup>11</sup> Como resultado das pesquisas desenvolvidas, foi apresentado em 2001 um projeto de Convenção Internacional no qual consta uma definição geral dos atos tipificadores do delito de terrorismo. Contudo, tal definição encontra-se longe de gozar de unanimidade, sendo que existem várias propostas para sua emenda. Neste sentido, segundo Federico Andreu-Guzmán:

*“os debates realizados desde 2000 põem em evidência as dificuldades de ordem política, ideológica e jurídica para o estabelecimento de uma definição do delito de terrorismo internacional. Diversos aspectos apresentam dificuldades, especialmente, no que diz respeito a diferenciar claramente o terrorismo da “luta legítima dos povos e no exercício de seu direito à autodeterminação e à legítima defesa contra a agressão e a ocupação”. Diversas delegações insistiram acerca da necessidade de estabelecer uma definição do crime de terrorismo internacional, que distinga este fenômeno das formas legítimas de luta, como forma do exercício do direito à autodeterminação e à independência”. (ANDREU-GUZMÁN, 2012, p. 119)*

Finalmente, tem-se a criação de um Grupo de Alto Nível pelo então Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, que faz parte do Painel da ONU sobre Ameaças, Desafios e Mudanças para o século XXI. Tal grupo, no relatório intitulado “Um mundo mais seguro: a responsabilidade que compartilhamos”, salienta a necessidade de que seja adotada pelos Estados, no seio da Assembleia Geral, uma conceituação comum de terrorismo, definindo tal conduta como:

*[...] qualquer ação, associada a ações já especificadas pelas convenções existentes no aspecto do terrorismo, as Convenções de Genebra e a Resolução 1566 (2004) do Conselho de Segurança, que tem a intenção de causar morte ou ferimentos graves a civis ou não combatentes, quando o propósito de tal ato, por natureza e contexto, é intimidar a população, ou compelir o governo ou organização internacional a fazer ou se abster de fazer algo.<sup>12</sup>*

Entretanto, em que pesem os esforços expendidos para a construção de um conceito que possa gozar de uma aceitação ampla, permanece o termo terrorismo sem uma definição jurídica formalmente acordada no âmbito internacional, situação que acaba por limitar a possibilidade de elaboração pela Organização das Nações Unidas de uma estratégia ampla e eficaz de combate ao delito.

Da mesma forma, também dentre os doutrinadores não existe consenso quanto ao termo terrorismo, pelo que existe uma gama de definições – jurídicas ou não – acerca de tal fenômeno. Assim, Noam Chomsky, filósofo norte americano de origem judaica, define terrorismo como o “uso calculado ou ameaça de emprego de meios danosos contra populações civis em nome de convicções políticas, religiosas ou ideológicas, em sua essência, sendo isso feito por meio de intimidação, coerção ou instilação do medo.” (CHOMSKY, 2002, p. 104).

Para Cuello Calón, “terrorismo significa a criação, mediante a execução repetida de delitos, de um estado de alarma ou de terror na coletividade, ou em certos grupos sociais, para impor ou favorecer a difusão de determinadas doutrinas sociais ou políticas.” (CUELLO CALÓN, apud FRAGOSO, 1981, p. 6).

Gilbert Guillaume, após salientar que o terrorismo deve ser definido objetivamente, sem um julgamento sobre a motivação de seus autores, conceitua-o como sendo “qualquer uso da violência em condições de atentar contra a vida de pessoas ou à sua integridade física no quadro de uma empreitada que tem por objetivo provocar o terror para atingir determinados fins.” (GUILLAUME, 2004, p.29).

Antonio Cassese, depois de debruçar-se sobre as definições contidas nas legislações internas, bem como nas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e no direito humanitário, asse-

vera que "qualquer ato violento contra pessoas inocentes com a intenção de forçar um Estado, ou qualquer outro sujeito internacional, para seguir uma linha de conduta que, de outro modo, não seguiria, é um ato de terrorismo." (CASSESE *apud* PELLET, 2003, 18).

Finalmente, adotando o conceito constante no documento final elaborado no III Simpósio Internacional, realizado em junho de 1973 pelo Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, que, em sua opinião, sintetiza com precisão o fenômeno, Heleno Cláudio Fragoso aduz que terrorismo internacional significa:

*[...] conduta coercitiva individual ou coletiva, com emprego de estratégias de terror violência, que contenham um elemento internacional ou sejam dirigidas contra alvos internacionalmente protegidos, com a finalidade de produzir um resultado que se oriente no sentido do poder.*

*A conduta contém elemento internacional quando: (a) o agente e a vítima são cidadãos de diferentes países; (b) a ação é realizada, no todo ou em parte, em mais de um Estado.*

*São alvos protegidos internacionalmente: (a) civis inocentes; (b) diplomatas acreditados e pessoal de organizações internacionais, atuando no exercício de suas funções; (c) aviação civil internacional; (d) correios e outros meios internacionais de comunicação; (e) membros de forças armadas não beligerantes.*

*O fim de agir, essencial a toda espécie de terrorismo, é aqui também destacado. Exige-se a superveniência de um resultado que se dirija a mudar ou a preservar as estruturas políticas, sociais ou econômicas, ou a política de um Estado ou território determinado, por meio de estratégias coercitivas. (FRAGOSO, 1981, p. 13).*

Ao se analisar tais definições acerca do fenômeno terrorista, não obstante as evidentes diferenças existentes entre elas, percebe-se que estas apontam, de forma mais ou menos semelhante, para algumas características essenciais do terrorismo, possibilitando, dessa forma, sua delimitação, ainda que em linhas gerais.

Antonio Cassese, neste sentido, ressalta que:

*[...] três principais elementos parecem ser requisitos do crime de terrorismo internacional (i) os atos precisam constituir uma conduta criminosa na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais (por exemplo, agressão, assassinato, seqüestro, tomada de reféns, extorsão, explosão, tortura, incêndio*

*proposita, etc.); (ii) eles precisam ser direcionados a disseminar o terror (isto é, medo e intimidação) através de ação violenta ou de ameaça dirigida contra um Estado, a população ou determinados grupos de pessoas, (iii) eles devem ser política, religiosa ou de outra forma ideologicamente motivados, isto é, não motivados pela busca de fins pessoais. (CASSESE, 2003, p. 124). 13*

Leonardo Nemer Caldeira Brant e Jorge Mascarenhas Lasmar, com base em estudo proposto por Gilbert Guillaume, asseveraram que atividades criminais podem ser consideradas terroristas quando reúnem três elementos:

*1 - Perpetração de certos atos de violência de natureza a provocar mortes ou causar graves danos corporais. Existe neste ponto uma certa adaptação da legislação americana e da constante na Convenção Européia. A violência contra bens somente seria admitida como terrorismo nos casos que causasse graves danos ao ser humano.*

*2 - Um Empreendimento individual ou coletivo visando a perpetração destes atos. Não seria considerado terrorismo um ato isolado sem uma preparação apropriada. A caracterização como ato terrorista exigiria a elaboração anterior de um planejamento e a busca por um objeto preciso.*

*3 - O objetivo visado deve ser o de criar terror em um indivíduo, em um grupo de indivíduos ou no público em geral. É neste componente que reside a originalidade do fenômeno. A escolha das vítimas se dá não enquanto entidades individuais, mas a partir da sorte, enquanto escolha de uma significação simbólica e cognitiva. O ato terrorista busca obter concessões ou atitudes favoráveis a seu autor. (BRANT, LASMAR, 2004, p. 188).*

Assim, pode-se apontar como características essenciais do terrorismo, (i) a utilização criminosa e planejada da violência ou da ameaça como meio de intimidação de pessoas, (ii) o objetivo de atingir um indivíduo, um grupo de pessoas ou uma sociedade predeterminada e (iii) uma motivação de cunho político-ideológico-religiosa.

Pode-se, ainda complementar tais características com a lição de Celso D. Albuquerque Mello, para quem o terrorismo a) é imprevisível e arbitrário, b) não dá à sua vítima meios de evitá-lo, e c) é amoral, no sentido de que não leva em consideração argumentos humanitários. (MELLO, 2004, p. 1032).

### 3. TERRORISMO E DIREITOS HUMANOS

#### 3.2 Terrorismo como Grave Violação dos Direitos Humanos

Tendo-se chegado a um conceito de terrorismo, pode-se desde já destacar que a existência de uma vinculação direta entre tal conduta criminosa e direitos humanos cada vez mais vem sendo reconhecida pela sociedade internacional, seja em instrumentos internacionais, seja através de resoluções, declarações e informes dos órgãos componentes da Organização das Nações Unidas.

De fato, a percepção emergente na sociedade internacional acerca do liame entre a prática de atos terroristas e a violação dos direitos humanos é apontada por Kalliopi K. Koufa em seu relatório apresentado no dia 07 de junho de 1999 à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no qual foi ressaltado que:

*Parece haver um consenso generalizado acerca da relação direta e indireta entre terrorismo e o respeito dos direitos humanos. Ademais, os efeitos devastadores do terrorismo na vida, liberdade e dignidade do indivíduo têm sido claramente expressados e documentados nos debates e nas declarações pertinentes sobre terrorismo por parte dos órgãos e organismos competentes das Nações Unidas, assim como das organizações intergovernamentais regionais. (KOUFA, 1999).*

Carlos Fernández de Casadevande Romani e Francisco Jiménez García, comungando do posicionamento da Relatora Especial para Terrorismo e Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos, vão ainda além, asseverando a existência de uma norma de direito internacional geral, segundo a qual o terrorismo constitui uma grave violação dos direitos humanos. Acerca de tal fato, salientam que:

*[...] do exame da prática internacional em suas distintas ordens – normativas, institucionais, jurisprudenciais e diplomáticas – poderíamos concluir que existe um consenso, que do ponto de vista jurídico se traduziria na existência de uma norma de Direito Internacional geral ou direito consuetudinário, segundo a qual os atos de terrorismo podem se qualificados como violações graves dos direitos humanos [...]. (ROMANI, GARCÍA, 2005, p. 41).<sup>14</sup>*

Pode-se apontar como marco da percepção internacional que o terrorismo é uma atividade atentatória aos direitos humanos a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada sob os

auspícios da Organização das Nações Unidas em 25 de junho de 1993 na cidade de Viena. Com efeito, a partir de tal época, os documentos firmados pelos órgãos da referida organização internacional passaram a abordar e chamar a atenção para esta dimensão da conduta terrorista.

No que toca à Assembléia Geral das Nações Unidas, verifica-se que esta, em uma série de resoluções, qualifica atos terroristas como graves violações dos direitos humanos, conclamando os Estados membros da referida organização internacional a combatê-los sem perder de vista tal circunstância. (KOUFA, 1999).<sup>15</sup>

Por sua vez, verifica-se que também o Conselho de Segurança das Nações Unidas declara, inequivocamente, em suas Resoluções 1566, de 08 de outubro de 2004 e 1624, de 14 de setembro de 2005, dentre outras, que a prática de atos terroristas constitui grave violação aos direitos humanos.

Adotando a mesma perspectiva com relação ao terrorismo, o Secretário Geral das Nações Unidas, em seu Informe de 02 de setembro de 2003, sobre a aplicação da Declaração do Milênio, afirma que o terrorismo é em si mesmo uma violação dos direitos humanos e deve ser combatido como tal. (ONU, 2003).<sup>16</sup> De forma semelhante, no Informe de 08 de agosto de 2003, acerca da Proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, o Secretário Geral assevera que o terrorismo destrói os direitos humanos daqueles aos quais está dirigido, acabando com sua capacidade de se realizarem plenamente como seres humanos e ameaçando o desenvolvimento de sociedades baseadas em princípios democráticos, no estado de direito e no respeito aos direitos humanos, incluídos os direitos econômicos e sociais. (ONU, 2003)<sup>17</sup>

Da mesma forma, a Alta Comissinada das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em seu Informe de 27 de fevereiro de 2002, ressalta que o terrorismo é uma ameaça ao direito humano mais fundamental, o direito à vida, sendo a elaboração de um enfoque comum contra o terrorismo uma forma de defender os direitos humanos. (ONU, 2002).

Também a Comissão de Direitos Humanos declarou, por diversas vezes, que o terrorismo é forma de violação dos direitos humanos, devendo ser reprimido pela sociedade internacional como tal.<sup>18</sup>

Tendo em mente tal percepção, que, conforme já salientado, vem ganhando corpo na sociedade internacional, Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial sobre Terrorismo e Direitos Humanos da Sub-comissão de Prevenção à Discriminação e de Proteção às Minorias da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em seu relatório preliminar de 07 de junho de 1999, concluiu que:

*[...] o terrorismo põe sob ameaça aqueles valores sociais e políticos que se relacionam, direta ou indiretamente, com o pleno gozo dos direitos hu-*

*manos e das liberdades fundamentais, a saber, as esferas da:*

- 1) *Vida, liberdade e dignidade do indivíduo;*
- 2) *Sociedade democrática;*
- 3) *Paz social e ordem pública. [...]*

*Portanto, é evidente que há uma estreita relação entre terrorismo e desfrute dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Esta relação é vista claramente quando grupos de indivíduos recorrem a atos de terrorismo e, ao fazê-lo, matam ou causam lesões em indivíduos, os privam de sua liberdade, destroem seus bens ou utilizam as ameaças ou a intimidação para semear medo. [...]*

*De fato, matar pessoas inocentes, destruir bens e fomentar um clima de alarme e terror não só equivale a violar os direitos das vítimas, mas também a promover outras graves violações dos direitos humanos. (KOUFA, 1999).*

Em seu Informe de 27 de junho de 2001, tem-se que a referida relatora concluiu também que:

*As ações terroristas, tanto se são cometidas pelos Estados como por atores não estatais, podem violentar o direito à vida, o direito de não ser objeto de torturas nem de detenção arbitrária, os direitos das mulheres, os direitos das crianças, o direito à saúde, à subsistência (alimentação), à ordem democrática, à paz e à segurança, o direito à não discriminação e todas as demais normas de proteção dos direitos humanos. Na realidade, não existe provavelmente um só direito humano que não esteja exposto aos efeitos do terrorismo. (KOUFA, 2001)*

Dessa forma, percebe-se, de todas as resoluções e declarações anteriormente citadas, que não parecem existir dúvidas – antes o contrário – de que o terrorismo constitui uma atividade que põe em risco os direitos humanos reconhecidos pela sociedade internacional. Com efeito, nelas, a vinculação entre terrorismo e direitos humanos é clara, como também é a consideração de que a prática de atos terroristas viola os direitos humanos internacionalmente reconhecidos de maneira flagrante.

Feita tal aproximação entre terrorismo e direitos humanos, cabe ressaltar, de acordo com Carlos Fernández de Casadevande Romani e Francisco Jiménez García, que muito embora se tenha a evidente percepção de que os tratados vigentes acerca dos direitos humanos contemplam a proteção e a violação destes sob a

perspectiva do Estado<sup>19</sup>, tal circunstância de modo algum significa que não possam existir violadores dos direitos humanos distintos dos Estados (como é o caso do indivíduo ou de grupos e organizações terroristas), nem que tais violações não possam dar ensejo a uma responsabilidade internacional diferente.<sup>20</sup> Ademais, as disposições constantes no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem,<sup>21</sup> no art. 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,<sup>22</sup> no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>23</sup> e no art. 17 da Convenção Européia de Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais<sup>24</sup> se aplicam, como se percebe da leitura dos mesmos, tanto aos Estados como aos grupos e indivíduos. (ROMANI, GARCIA, 2005, p.34).

Tem-se então, que a atividade terrorista, seja ela praticada por Estados, grupos ou indivíduos, constitui uma flagrante violação dos direitos humanos, sendo que a resposta a ser dada pela sociedade internacional acerca de tal fenômeno não pode perder de vista tal dimensão.

### **3.3. Resposta ao Terrorismo e Violação aos Direitos Humanos**

Levando-se em consideração a explanação anterior acerca do terrorismo enquanto ameaça aos direitos humanos, sabe-se que, por outro lado, o combate ao fenômeno terrorista pode, em determinadas circunstâncias, também colocar em risco os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, fato este que não pode ser olvidado. Com efeito, tem-se percebido que a chamada “guerra contra o terror”, tem servido como pretexto para que alguns Estados adotem medidas atentatórias aos direitos humanos não apenas dos supostos “terroristas” (o que por si só já seria extremamente grave), mas da população em geral, tudo isso supostamente legitimado pelo superior interesse de descobrir, prender e condenar os responsáveis por atos de terrorismo.

Assim, verifica-se a criação, principalmente após os atentados ocorridos em 2001 (EUA), em 2004 (Madri) e 2005 (Londres), de leis que acabaram por permitir e legitimar a prática de vários atos violadores aos direitos humanos pelo Estado, em nome da luta contra o terrorismo. Tem-se, por exemplo, a condução de operações em sigilo, a instalação de escutas telefônicas, a instituição de vigilância policial, a detenção de imigrantes (mesmo sem qualquer elemento que justifique a suspeita de uma atuação criminosa), a imposição de restrições à liberdade de movimento, de expressão e de associação, dentre outras.

Amparados por tal legislação, os Estados Unidos utilizam a base de Guantánamo desde janeiro de 2002 para deter suspeitos de envolvimento com o terrorismo internacional (principalmente com relação a Al Qaeda) e combatentes detidos no Afeganistão e

Iraque, sendo que alguns ali permanecem há vários anos sem acusação ou culpa formada. Ainda, o governo norte-americano, apesar de definir a luta contra o terrorismo como “guerra”, nega aos detidos em os direitos estabelecidos pela Convenção de Genebra, sob o argumento de que não são eles “prisioneiros de guerra”, mas sim “combatentes inimigos”, criando uma figura até então inexistente no mundo jurídico. Também não gozam os detidos do status de acusados segundo a lei norte-americana, pelo que estes se encontram em uma espécie de “limbo” fora das leis nacionais e internacionais. Neste sentido, de acordo com Giorgio Agamben:

*A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW (prisioneiro de guerra), segundo a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas “detainees”, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos “Lager” nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no “detainee” de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação. (AGAMBEN, 2007, p. 14).*

Além de tais flagrantes violações aos direitos humanos e ao direito humanitário, tanto em Guantánamo quanto em Abu Ghraib (para onde foram levados alguns dos detidos durante o confronto no Iraque), a prática de tortura física e psicológica foi adotada como uma política deliberada de tratamento dispensado aos prisioneiros ali detidos.

Em virtude de tais fatos, a Organização das Nações Unidas, através de sua Comissão de Direitos Humanos, após ouvir ex-detidos e advogados, elaborou um relatório de 54 páginas,<sup>25</sup> dando conta das atrocidades perpetradas em Guantánamo. Em tal instrumento foram relatadas sérias violações aos direitos humanos praticadas na base militar americana, como, por exemplo, a utilização de técnicas de interrogatório consistentes no uso de cachorros, na exposição a temperaturas extremas, na privação de sono durante vários dias seguidos e no isolamento prolongado. Tam-

bém de acordo com os Comissários da ONU, com o intuito de compelir os detidos a colaborar em seus interrogatórios, ainda eram adotados, dentre outros, os seguintes procedimentos: retirada de vestes ou produtos de higiene pessoal, manutenção da luz da cela permanentemente acesa, intimidação e imposição de condições de privação sensorial. A utilização reiterada de violência excessiva foi verificada especialmente em três tipos de situações: durante os traslados, durante as operações das Forças de Resposta Inicial e durante a alimentação forçada de detidos em greve de fome.

Cabe ressaltar que a edição de leis restritivas aos direitos humanos no combate ao terrorismo não é exclusividade dos Estados Unidos, sendo que outros países, também vem conduzindo sua luta contra tal flagelo da mesma forma que aquele.

Assim, pode-se perceber sem sombra de dúvida que a “guerra ao terror” vem sendo travada sem qualquer preocupação com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente em vários instrumentos multilaterais. De fato, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT), a Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (CGRTPG) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), dentre outros, prevêem o direito à liberdade de circulação,<sup>26</sup> à liberdade de pensamento, consciência e religião,<sup>27</sup> à liberdade de opinião e expressão,<sup>28</sup> o direito à intimidade,<sup>29</sup> além de proibir o encarceramento arbitrário,<sup>30</sup> a tortura e o tratamento cruel,<sup>31</sup> assim como a propaganda em favor da guerra.<sup>32</sup>

Como resposta a tais violações, a sociedade internacional, principalmente através da Organização das Nações Unidas, já deixou bem claro que a luta contra o terrorismo não pode ser travada sem a observância dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, conclamando a todos os Estados a atuarem na resposta a tal ameaça em conformidade com as disposições do Direito Internacional.

Neste sentido, pode ser destacada a Resolução 60/158, acerca da Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais na Luta Contra o Terrorismo, aprovada em 16 de dezembro de 2005, na qual a Assembléia Geral, dentre outras disposições:

*1. Reafirma que os Estados devem assegurar-se de que as medidas que se adotem para combater o terrorismo estejam em consonância com as obrigações que lhes incumbem conforme o direito internacional, em particular as normas internacionais relativas aos direitos humanos, aos refugiados e o direito humanitário; [...]*

*7. Reafirma que, na luta contra o terrorismo, é imprescindível que todos os Estados respeitem e pro-*

*tejam a dignidade das pessoas e suas liberdades fundamentais, assim como as práticas democráticas e o império da lei, como afirma o Secretário Geral em seu informe, apresentado em cumprimento da resolução 58/187 da Assembléia Geral; [...]*

*11. Sublinha que, ao se desenvolver, como se concluiu da Cúpula Mundial 2005, uma estratégia para promover respostas amplas, coordenadas e coerentes contra o terrorismo é necessário que em todo o processo se tenha plenamente em conta a proteção dos direitos humanos, as liberdades fundamentais, as disposições do direito internacional humanitário e do direito internacional dos refugiados; [...]*

*13. Salaria aos Estados que, na luta contra o terrorismo, levem em consideração as resoluções e decisões das Nações Unidas sobre os direitos humanos e os alerta para que tenham em conta as recomendações dos procedimentos e mecanismos especiais da Comissão de Direitos Humanos e os comentários e opiniões pertinentes dos órgãos das Nações Unidas criados em virtude de tratados de direitos humanos; [...].<sup>33</sup>*

**Refletindo ainda tal preocupação, podem ser citadas as Resoluções 59/161, 58/187 e 57/219 da Assembléia Geral e 2004/87, 2004/44 e 2002/35 da Comissão de Direitos Humanos, que em sua totalidade reafirmam que os direitos humanos não podem ser deixados em segundo plano em nome do combate ao terrorismo.**

**Após estudar as resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas e de outros organismos internacionais, bem como a jurisprudência das Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, Federico Andreu-Guzmán concluiu que, na luta contra o terrorismo, todo Estado deve observar, pelo menos, os seguintes critérios (i) toda medida de luta antiterrorista deve estar emoldurada dentro do estrito respeito do império do estado de direito e das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, (ii) a declaração do Estado de urgência ou exceção e a utilização de poderes de exceção para evitar os atos de terrorismo deve ser feita dentro dos limites prescritos pelo direito internacional e em conformidade com os princípios da legalidade, proporcionalidade e necessidade, (iii) em qualquer tempo e circunstância devem ser mantidos e assegurados os direitos e liberdades fundamentais reconhecidas como intangíveis, tanto pelos tratados como pelo direito internacional consuetudinário (por exemplo: proibição da tortura e**

**dos tratamentos desumanos, proibição da privação arbitrária da liberdade, direito a um tribunal independente e imparcial, direito a ser submetido a julgamento em um prazo curto após a detenção sem excessiva demora, direito de ser informado, em uma língua compreensível e de maneira detalhada, acerca da natureza e dos motivos da acusação a que responde etc.), (iv) as pessoas privadas de sua liberdade devem ser mantidas em locais oficiais de detenção, onde haja um registro dos detentos, ao qual devem ter acesso seus advogados e familiares, (v) toda medida de privação de liberdade deve estar sob controle judicial, inclusive em caso de detenção administrativa, sendo que, em qualquer circunstância as pessoas privadas de sua liberdade devem ter o direito de impetrar habeas corpus, assim como de comunicar-se com seus advogados, (vi) as investigações criminais devem se realizar sob controle judicial e (vii) todo procedimento relativo à expulsão, extradição e devolução deve ser feito de acordo com o estipulado pelo direito internacional dos direitos humanos.(ANDREU-GUZMÁN, 2012, pp. 172/174)**

Dessa forma, se não há dúvida de que todo Estado tem o direito e o dever de combater atos que atentem contra a segurança de sua população e que podem ser qualificado como "atos terroristas", também não se pode olvidar que tal combate deve ser travado de forma a não se desprezar os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

#### **4 CONCLUSÃO**

Ao final da presente pesquisa pode-se concluir que, muito embora não haja consenso, o fenômeno terrorista se já se encontra delineado em linhas gerais na seara internacional como a utilização criminosa e planejada da violência ou da ameaça, motivada por questões de cunho político, ideológico ou religioso, como forma de criar terror contra um indivíduo, um grupo de pessoas ou uma sociedade predeterminada ou, ainda, de obrigar um governo ou uma organização internacional a fazer ou deixar de fazer algo. Não obstante, conforme demonstram os resultados alcançados pelo Comitê Especial da Resolução nº 51/210, questões políticas (como a dos movimentos de libertação nacional) impedem a elaboração de um instrumento no qual o terrorismo internacional encontre uma definição amplamente aceita.

Dessa forma, pode-se verificar que a inexistência de um conceito do terrorismo no âmbito internacional decorre mais de questões políticas do que da ausência de um consenso acerca dos elementos caracterizadores de tal conduta. Deve-se ressaltar, contudo, que as divergências existentes entre os Estados atualmente se revelam de difícil superação, vez que não se percebe qualquer intenção por parte destes de abrir mão de suas convicções, ainda

que em prol de um valor comum (a paz e a segurança internacionais), que, assim, parece estar relegado a um plano secundário.

Não obstante tais dificuldades (que embora se apresentem de forma bastante evidente, não são de todo insuperáveis), a tipificação do terrorismo em um instrumento universal, além de possibilitar um combate coordenado, e, portanto, mais eficiente contra tal ameaça, permitiria que as Nações Unidas pudessem se valer de sua autoridade moral, seu caráter universal e sua credibilidade perante a sociedade internacional para proclamar que a prática de atos terroristas, por ser uma atividade violadora dos direitos humanos mais básicos e uma ameaça à paz e à segurança internacionais, é em qualquer circunstância uma tática inaceitável, pouco importando a pretensa legitimidade da causa que se defende (como, por exemplo, a libertação nacional ou a resistência contra a ocupação estrangeira). Tal proclamação por parte da ONU deixaria claro que a prática de atentados terroristas não se justifica sob qualquer pretexto, deslegitimando qualquer ação neste sentido e permitindo a adoção de medidas legais pela sociedade internacional contra qualquer Estado ou grupo de pessoas que viesse a utilizar violência ou ameaça para causar terror na população civil como meio de se atingir seus objetivos.

Saliente-se também que a definição do fenômeno terrorista, além de proporcionar condições para o estabelecimento de medidas mais eficazes para o combate do terrorismo internacional, impediria que certos Estados (notadamente as potências internacionais) se aproveitassem da imprecisão do termo para qualificar de terrorismo qualquer comportamento ou atuação contrária aos seus interesses, utilizando tal argumento como justificativa para a adoção de respostas muitas vezes desenvolvidas à margem das Nações Unidas, do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos como medidas "contraterroristas". Tem-se então que a tipificação do terrorismo acabaria por proteger duplamente a paz e a segurança internacionais, na medida em que, de forma concomitante, permitiria uma resposta mais eficiente ao flagelo terrorista e impediria a apropriação indevida de tal expressão como justificativa para a adoção de procedimentos unilaterais de represália.

## 5 REFERÊNCIAS

- AGAMBEM Giorgio. *O Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004, 139 p.
- ANDREU-GUZMÁN, Federico. *Terrorismo y Derechos Humanos*. Disponível em <<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Informe?CMD=VEROBJ&M LKOB=29924465454>> Acesso em 28 de abril de 2013.
- BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2003, 61 p.
- BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. 216 p.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. LASMAR, Jorge Mascarenhas. *O Direito Internacional e Terrorismo Internacional: Novos Desafios à Construção da Paz*. In BRIGAGÃO, Clóvis. PROENÇA JÚNIOR, Domício. *Paz e terrorismo: textos do Seminário Desafios para a política de segurança internacional*. São Paulo: Hucitec, 2004. p. 179-195
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. Belo Horizonte: O Lutador, 2005. 1291 p.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Terrorismo Internacional e os Impasses do Direito Internacional*. MERCADANTE, Araminta de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos de (Org). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 250-290.
- CARR, Caleb. *A Assustadora História do Terrorismo*. São Paulo: Ediouro, 2002, 288 p.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, inc, 2003, 528 p.
- CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 160 p.
- CHOMSKY, Noam. *Poder e Terrorismo*. Rio de Janeiro: Record, 2005. 203 p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e Criminalidade Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, 136 p.
- GUILLAUME, Gilbert. *Terrorismo e Justiça Internacional*. In: BRANT, Leonardo Nemer (Coord.) *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27-37.
- KOUFA, Kalliopi K. *Terrorismo e Direitos Humanos. Relatório apresentado à Comissão de Direitos Humanos em 07 de junho de 1999 (E/CN.4/Sub.2/1999/27)*. Disponível em <<http://www.un.org>> Acesso em 28 de abril de 2013.
- KREIBOHM, Patricia Eugenia. *El terrorismo Contemporáneo como Problema Teórico: categorías de análisis, debates e interpretaciones*. In *Terrorismo Siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Suárez, 2005.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 925 p.
- MORENO, Marta. *Terrorismo: Em busca de uma definição universal*. In: BRIGAGÃO, Clóvis. PROENÇA JÚNIOR, Domício. *Paz e terrorismo: textos do Seminário Desafios para a política de segurança internacional*. São Paulo: Hucitec, 2004, p. 239-252.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/46/10. Informe da Comissão de*



*Direito Internacional (1991)* Disponível em < [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_46\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_46_10.pdf)>. Acesso em 28 de abril de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/51/10. Informe da Comissão de Direito Internacional (1996)* Disponível em < [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_51\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf)>. Acesso em 28 de abril de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/RES/49/60*. Disponível em <<http://www.un.org/spanish/terrorismo/ag/ares4960.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *S/RES/1566 (2004)*. Disponível em <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1566%20\(2004\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1566%20(2004))>. Acesso em 28 de abril de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Doc A/C.6/56/L.9. Texto do artigo 2, preparado pelo Coordenador do Grupo de Trabalho*. Disponível em <[www.un.org/spanish/terrorismo/sc/comespinf.htm](http://www.un.org/spanish/terrorismo/sc/comespinf.htm)>. Acesso em 28 de abril de 2013.

PELLET, Sarah. *A ambigüidade da noção de terrorismo* In: BRANT, Leonardo Nemer (Coord.) *Terrorismo e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9-20.

PELLET, Sarah. *O Conflito no Afeganistão e os Prisioneiros na Base Americana de Guantánamo – Da Razão do mais Forte ou como os Estados Unidos Reinventaram o Direito Internacional*. In: BRANT, Leonardo Nemer (Coord.) *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 305-319.

ROMANI, Carlos Fernández de Casadevande. GARCÍA, Francisco Jiménez. *Terrorismo y Derechos Humanos: una aproximación desde el derecho internacional*. Madrid: Fundación de Víctimas del Terrorismo, 2005, 181 p.

WARBRICK, Colin. *O Terrorismo e Direitos Humanos*. In SYMONIDES, Janusz. *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Disponível em <[http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027\\_por.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027_por.pdf)>. Acesso em 28 de abril de 2013.

## NOTAS DE FIM

1 Professor de direito penal do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUC/Minas, hassansouki@hotmail.com

2 Habermas assevera que o dia 11 de setembro de 2001 talvez pudesse ser chamado de o primeiro acontecimento histórico mundial no sentido mais estrito, vez que a presença das câmeras e da mídia no local ainda durante o decorrer do atentado transformou um acontecimento local em um acontecimento global e toda a população do mundo em testemunha ocular dos fatos. (BORRADORI, 2004).

3 De acordo com Caleb Carr, os romanos se valiam de ataques contra civis

- o que denominavam de "guerra punitiva"-, como forma de impressionar povos recém-conquistados com o temível poder de Roma, e assim, através da intimidação, minar qualquer apoio a líderes locais e evitar possíveis rebeliões. (CARR, 2002, p. 29)

4 É geralmente citado como exemplo da prática de atos terroristas neste período a atividade de um grupo conhecido por "Hashshashin", que espalhou o medo pela Pérsia nos séculos XI a XIII. Tal organização praticava o assassinato de cristãos e muçulmanos que consideravam inimigos de sua fé e de sua seita. (CARR, 2002, p. 70)

5 Questões relativas ao terrorismo foram tratadas, por exemplo, em diversas conferências internacionais para a unificação do direito penal, realizadas entre 1927 e 1935.

6 Salientando a contradição de tal situação, Noam Chomsky chama a atenção para o fato de que o atual líder da "Guerra ao Terrorismo", é o único Estado condenado pela Corte Internacional de Justiça por "terrorismo internacional". CHOMSKY, 2005, p. 64).

7 Pode-se citar como exemplo óbvio o hezbollah, tido pelo mundo islâmico como uma organização de resistência ao Estado sionista de Israel e por este último, assim como pelos Estados Unidos e alguns Estados europeus, como uma organização terrorista.

8 Segundo o departamento de Informação Pública da Organização das Nações Unidas, existem atualmente treze instrumentos internacionais universais versando sobre o combate a atos terroristas. Em nenhum deles é encontrada uma definição de terrorismo. (ONU, 2013).

9 Artigo 24. Terrorismo Internacional

Um indivíduo que como um agente ou representante de um Estado cometa ou ordene a comissão de alguns dos seguintes atos: empreendimento, organização, assistência, financiamento, encorajamento ou tolerância de atos contra outro Estado e dirigidos contra pessoas ou propriedades de forma a criar um estado de terror nas mentes de figuras públicas, grupos de pessoas ou do público em geral. (A/46/10. Informe da Comissão de Direito Internacional, 1991)

10 Não obstante, alguns membros da CDI assinalaram que "o terrorismo internacional poderia ser considerado como crime contra a paz e a segurança da humanidade quando os atos de terrorismo forem especialmente graves e de caráter massivo" e, dessa forma, estes poderiam ser incluídos na categoria de crimes contra a humanidade (Ver A/51/10. Informe da Comissão de Direito Internacional, 1996).

11 Resultaram do trabalho do comitê os textos aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas da Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas e da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo.

12 Ver A/59/565 - Informe do Grupo de Alto Nível sobre as ameaças, desafios e mudanças para o século XXI.

13 "Three main elements seem to be required for the crime of international terrorism: (i) the acts must constitute a criminal offence under most national legal systems (for example, assault, murder, kidnapping, hostage-taking, extortion, bombing, torture, arson, etc.); (ii) they must be aimed at spreading terror (that is, fear or intimidation) by means of violent action or the threat thereof directed against a State, the public, or particular groups of persons; (iii) they must be politically, religiously, or otherwise ideologically motivated, that is not motivated by the pursuit of private ends".

14 "Del examen de la práctica internacional en sus distintos órdenes - normativos, institucionales, jurisprudenciales y diplomáticos - podríamos concluir que existe un consenso, que desde el punto de vista jurídico se traduciría en la existencia de una norma de Derecho Internacional general o derecho consuetudinario, según el cual los actos de terrorismo pueden ser calificados como violaciones graves de los derechos humanos [...]"

15 Neste sentido: Resolução 48/122, de 07 de fevereiro de 1994; Resolução 49/60 de 17 de fevereiro de 1995 e Resolução 59/195 de 22 de março de 2005.

16 Ver A/58/323.

17 Ver A/58/266

18 Neste sentido: Resolução 2002/35, de 22 de abril de 2002 e Resolução 2003/37, de 23 de abril de 2003

19 O que se explica pelo fato de que todo o ordenamento internacional sobre a matéria surgiu com o intuito de equilibrar o poder do Estado de impor obrigações às pessoas e a impotência destas para garantir o correspondente respeito a seus direitos.

20 A responsabilidade do indivíduo ou de grupos aparece reconhecida no Direito Internacional tanto no âmbito da pirataria como nas violações dos direitos humanos constitutivas de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade

21 "Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados."

22 "Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de conceder direito algum a um Estado, grupo ou indivíduo para empreender atividades ou realizar atos destinados à destruição de qualquer dos direitos e liberdades reconhecidos no Pacto ou limitá-los em maior medida do que a prevista nele".

23 "Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a prevista nela; [...]"

24 "Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção".

25 Doc. E/CN.4/2006/120.

26 DUDH - Art. 13º; PIDCP - Art. 12; CADH - Art. 7º.

27 DUDH - Art. 18º; PIDCP - Art. 18; CADH - Art. 12.

28 DUDH - Art. 19º; PIDCP - Art. 19; CADH - Art. 13.

29 DUDH - Art. 12º; PIDCP - Art. 17; CADH - Art. 11, §2º.

30 DUDH - Art. 9º, Art. 10º e Art. 11º; PIDCP - Art. 9º, Art. 10º e Art. 11º; CADH - Art. 7º e Art. 8º.

31 DUDH - Art. 5º; PIDCP - Art. 7º; CADH - Art. 5º, §2º. CCT - Art. 2º, CGRTPG - Art. 13.

32 PIDCP - Art. 20.

33 "1. Reafirma que los Estados deben cerciorarse de que las medidas que se adopten para combatir el terrorismo estén en consonancia con las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional, en particular las normas internacionales relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario; [...]"

7. Reafirma que, en la lucha contra el terrorismo, es imprescindible que todos los Estados respeten y protejan la dignidad de las personas y sus libertades fundamentales, así como las prácticas democráticas y el imperio de la ley, como afirma el Secretario General en su informe, presentado en cumplimiento de la resolución 58/187 de la Asamblea General; [...]"

11. Subraya que, al desarrollar, como se acordó en la Cumbre Mundial 2005, una estrategia para promover respuestas amplias, coordinadas y coherentes contra el terrorismo es necesario que en todo el proceso se tengan plenamente en cuenta la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y las disposiciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los refugiados; [...]"

13. Alienta a los Estados a que, en la lucha contra el terrorismo, tomen en consideración las resoluciones y *decisiones de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos*, y *los alienta a que tengan en cuenta las recomendaciones de los procedimientos y mecanismos especiales de la Comisión de Derechos Humanos y los comentarios y opiniones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos*; [...]" (A/RES/60/158).



Quem se prepara, não para.