

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.29 | Maio / Agosto 2016

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO



ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.29 | Maio / Agosto 2016

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

 **Newton**

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

DIRETOR ACADÊMICO: Celso Braga

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.29, maio / ago. 2016

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

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

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara
Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina
Carlos Augusto Teixeira Magalhães | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil
Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil
César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil
David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha
Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Brasil
Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
Gustavo Costa Nassif | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal
José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil
Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil
Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Universidade do Oeste de Santa Catarina | Escola Superior Associada de Goiânia, Chapecó, Santa Catarina, Brasil
Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil
Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil
Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Rubén Martínez Dalmau | Universidad de València, València, Espanha
Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Salette Oro Boff | Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil
Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas do Centro Universitário Newton Paiva | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>

Editora de Arte | Projeto Gráfico | DIAGRAMAÇÃO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

COLABORAÇÃO: Pedro de Paula (estagiário do curso de Jornalismo)

sumário



APRESENTAÇÃO	
Michael César Silva.....	6-9
LA GESTIÓN AMBIENTAL: incidencia en el comercio y en el mercado	
Alcides Francisco Antúnez Sánchez Edison Napoleón Fuentes Yáñez	10-31
A PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE	
Ingrid Paula Gonzaga e Castro Larissa Faleiro Sousa	32-48
ADOÇÃO INTERNACIONAL: a necessidade da proteção dos direitos culturais do menor	
Luciana Cristina Reis Costa Sabrina Alves Zamboni	49-62
AUTONOMIA FINANCEIRA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: recomendações importantes e análise das comissões regulatórias norte-americanas sob uma perspectiva comparada	
Bruno Araujo Ramalho	63-74
A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS DE SAÚDE NO BRASIL	
Emmanuelle Konzen Castro	75-84
A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO: entre Dworkin e Waldron	
Adriano Souto Borges	85-96
JUS POSTULANDI E O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: a mitigação do princípio da irrenunciabilidade	
Kleber José Stocco	97-106
CIDADANIA AMBIENTAL: fundamentos éticos para uma sociedade sustentável e transnacional	
Mayara Pellenz Rafaela Baldissera	107-119
LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS	
Leandro Bussolotto	120-127
A NECESSIDADE DO PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	
Stephanie Carolyn Perez	128-144

apresentação



A sociedade contemporânea perpassa por diversas transformações que impõem uma maior reflexão, debate e aprofundamento sobre diversas questões controversas, que influenciam a reconstrução dos paradigmas do Direito no contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, impõem-se a releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da moderna doutrina e do indispensável exame da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, permitindo-se, assim, a (re)apreciação de suas peculiares repercussões hermenêuticas *in concreto*.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se apresenta como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da análise crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

Com muita satisfação, cumpre-nos informar à comunidade acadêmica que a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva fora classificada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), em sua última avaliação, no *Estrato B4* do Sistema *Qualis* de Periódicos, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, obteve, ainda, sua inserção em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *Diadorim* (Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), dentre outros.

Gostaríamos, de registrar nossos sinceros agradecimentos aos eminentes membros do Conselho Editorial e do Conselho de Pareceristas, por todo apoio e tempo dispensados, a qualificação da publicação e a avaliação dos trabalhos científicos. Agradecemos, ainda, aos autores pela submissão dos artigos e estudos, resultantes de suas pesquisas, cujos debates e reflexões contribuíram para o desenvolvimento crítico do conhecimento jurídico.

O presente número do periódico compõe-se por dez trabalhos científicos, de autores internacionais e nacionais, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes análises sobre questões do contexto contemporâneo do Direito, sob a imprescindível perspectiva do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, apresentamos como contribuição estrangeira, o texto “La gestión ambiental: incidencia en el comercio y en el mercado”, de autoria do professor cubano Alcides Francisco Antúnez Sánchez, máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente e docente na Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma/Cuba e do professor equatoriano Edison Napoleón Fuentes Yáñez, máster e profesor titular na Universidad Técnica Estatal de Quevedo/Equador. Os autores analisam a questão da política e gestão ambiental em Cuba e os impactos incidentes no comércio e no mercado, com destaque em seu articulado para os progressos significativos havidos na política ambiental cubana, notadamente, em relação a gestão pública dos recursos naturais e a relevância atribuída ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável.

Ingrid Paula Gonzaga e Castro, doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/Goiás e professora da especialização em Direito na Faculdade de Montes Belos/Goiás e Larissa Faleiro Sousa, mediadora judicial, discutem no artigo “A prescrição virtual sob o prisma do Estado Democrático e o princípio da não culpabilidade” sobre a possibilidade de aplicação da prescrição virtual dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, perpassando pela análise do posicionamento dos

Tribunais Superiores sobre a problematização em comento.

O terceiro artigo, escrito por Sabrina Alves Zamboni, mestre em Direito Público pela PUC Minas, professora de Direito Público na Faculdade Minas Gerais e na Universidade Estácio de Sá e Luciana Cristina Reis Costa, bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais, discutem a questão da adoção internacional de crianças e adolescentes brasileiros por estrangeiros, sob o viés da necessidade de proteção dos direitos culturais do menor e da discussão dos direitos humanos da criança, do seu real interesse e o bem-estar desses adotados.

Bruno Araujo Ramalho, mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), apresenta instigante profícuo estudo sobre a questão da autonomia financeira das agências reguladoras, por meio da análise comparativa entre o formato de autonomia orçamentário-financeira de comissões regulatórias norte-americanas e as existentes nas agências reguladoras brasileiras.

No quinto artigo, Emmanuelle Konzen Castro, mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, discorre sobre a aplicação da teoria da reserva do possível pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. O estudo propõe com suporte no Direito Comparado avaliar os problemas interpretativos que permeiam o uso da referida teoria no Brasil, por meio da análise da decisão BVerfGE 33,303 do Tribunal Constitucional Federal alemão, para assim indicar possíveis equívocos e deturpações que ocorreram ao se importar a expressão e aplicá-la para denegar direito fundamental indispensável à vida.

Adriano Souto Borges, mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, em artigo intitulado “A leitura moral da Constituição: entre Dworkin e Waldron”, aborda a referida temática a partir de uma perspectiva filosófica que contribui para interessantes reflexões no âmbito da Teoria do Direito, tendo por fundamento o embate entre Dworkin e Waldron, sobre a legitimidade da interpretação judicial relativa à moralidade.

Tendo como ponto de partida a apreciação do *Jus Postulandi* e o Processo Judicial Eletrônico (PJE) na Justiça do Trabalho, Kleber José Stocco, mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito/SP e advogado, lança relevantes críticas à aplicação do *Jus Postulandi* com o advento do Processo Judicial Eletrônico Trabalhista, considerando-o, nesse cenário, uma verdadeira forma de renúncia em contraponto ao Princípio da Irrenunciabilidade do Direito do Trabalho.

No oitavo artigo, Mayara Pellenz, mestre em Direito pela Faculdade Meridional/RS e professora da graduação em Direito da Faculdade IBES/SOCIES (Blumenau/SC) e da pós-graduação em Direito da Faculdade Avantis (Balneário Camboriú/SC), e Rafaela Baldissera, mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional/RS, propõem em seu texto revisar o conceito de cidadania diante dos fenômenos da Globalização e da Transnacionalidade. Discorrem sobre a chamada cidadania ambiental e os fundamentos éticos para construção de uma sociedade sustentável e transnacional, argumentando que a cidadania tem por pressuposto um projeto mais amplo que começa pela dimensão ambiental.

“Licitações sustentáveis” é a contribuição de Leandro Bussolotto, mestrando em Direito da Faculdade Meridional/RS e advogado, que examina em seu artigo o problema da institucionalização da discricionariedade nas decisões judiciais diante do dever legal do gestor público de conferir efetividade às licitações sustentáveis em respeito ao princípio constitucional da eficiência administrativa e do meio ambiente equilibrado. Aborda, ainda, em seu estudo, as consequências prejudiciais da discricionariedade que ensejam insegurança jurídica na elaboração de políticas públicas voltadas a sustentabilidade nas aquisições e contratações governamentais na administração pública.

Fechando o presente número da revista, outra importante discussão no contexto do Direito contemporâneo é apresentada ao leitor por Stephanie Carolyn Perez, mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogada.

A autora realiza interessante releitura da necessidade do prévio exaurimento da via administrativa antes do ajuizamento da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, sob a perspectiva da legislação, doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trazendo relevante contribuição.

Cumpramos a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, nacionais e estrangeiros, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico. Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos artigos aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

PROFESSOR DOUTOR MICHAEL CÉSAR SILVA

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

LA GESTIÓN AMBIENTAL: incidencia en el comercio y en el mercado

THE ENVIRONMENTAL STEP: incidence in commerce and the market

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ 1
EDISON NAPOLEÓN FUENTES YÁNEZ 2

RESUMEN: En Cuba se han alcanzado avances significativos en la política ambiental y dentro de esta la gestión ambiental, ejecutada por los servidores públicos dentro del entramado de la Administración Pública y los órganos con competencia para ello. Esto ha permitido articular las estrategias de conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y del ambiente en general como principal paradigma. Estos avances han sido inclusivos al desarrollo normativo desde el texto constitucional hasta las materias civil, administrativa, tributaria del bien jurídico ambiente para su protección, fundamentado desde la doctrina constitucional, donde se establecen los derechos ambientales para el ciudadano, la participación ciudadana mediante el ejercicio del poder popular, que permita alcanzar el principio del desarrollo sostenible. Se ejecuta un análisis en lo referente a los instrumentos de mercado y comercio, vinculados al control público. Por tales razones, el objetivo del artículo es analizar la política y la gestión ambiental en Cuba, se parte de la lectura de la doctrina de la Unión Europea, de todo el iter histórico de esta gestión en la nación, y de los instrumentos legales que la establecen.

Palabras claves: Política; Gestión; Instrumentos; Mercado; Participación.

ABSTRACT: The environmental step, debtor whose property is attached for the public servants within the framework of the Public Administration and organs have attained significant advances in the environmental policy within this and themselves with competition for it in Cuban. This has enabled articular the strategies of conservation and sustainable use of the natural resources of the environment and in general. These advances have been inclusive to the normative development from the constitutional text to the civil matters, white-collar worker, taxpayer of the very juridical environment, well founded in the constitutional doctrine, where the environmental rights become established for the citizen, the civic intervening participation the exercise of the popular power to attain the beginning of the sustainable development. The objective of the article is to examine the policy and environmental step in Cuba; it split myself of the reading of the doctrine of the European Union, the historic iter of this step at the nation, the legal instruments that establish her

Keywords: Policy; Step; Instruments; Market; Participation.

1 Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente. Licenciado en Derecho. Profesor Auxiliar - Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma, República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu | antunez63@nauta.cu
2 Máster. Docente Investigador. Profesor Titular - Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Los Ríos, República del Ecuador. Abogado de la República. Email: efuentes@uteq.edu.ec

1. INTRODUCCIÓN

A partir de que la Asamblea General de Naciones Unidas convocara la Conferencia sobre el Medio Humano en 1972, reconocida como la Declaración de Estocolmo, se marcó un hito en el desarrollo de la problemática ambiental, por primera vez en un foro internacional se discutían problemas de la humanidad. Fue el inicio fundacional del Derecho Ambiental, al ser el primer documento en un foro de esta magnitud, señalado por algunos autores como el maridazgo que existe entre el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional. La década de los noventa, en la Conferencia de Río se aprobaron cuatro documentos: la Agenda 21 o Plan de Acción, la Declaración de Río que contiene 27 principios, algunos de los cuales comprenden el compromiso de los países de introducir ciertos instrumentos de política en su Derecho Ambiental interno; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Las palabras del profesor LOPERENA ROTA (2003),

[...] actuar local es un imperativo racional y físico, ya que no nos está dada la capacidad de actuar globalmente. Pero, por otro lado, tiene el significado de resaltarla importancia de cualquier actuación positiva para el medio, por pequeña que parezca. Es justo lo contrario de lo que practicamos individualmente y a nivel de instituciones públicas cuando caemos en la desidia ambiental al mostrarnos escépticos sobre los resultados globales de una acción concreta, ya sea positiva o negativa. Eso es, entre otras cosas/ignorar que todo el proceso civilizatorio del que disfrutamos y resulta evidente es obra de muchas generaciones de millones de seres humanos, y no fruto de la genialidad ocasional de algunos de sus individuos. Entendido de este modo, el actuar local cobra una vitalidad relevante, siempre que no se pierda de vista el pensar global en la labor planificadora previa.

En América Latina, lo concerniente a la gestión ambiental, el actuar de la Administración Pública, el comercio y el mercado guardan relación con los principios del Derecho Ambiental y del Derecho Administrativo, al tener un impacto directo dentro de la normativa jurídica, con el principio de legalidad, el de responsabilidad, el precautorio, el de prevención, y el de quien contamina paga, el de eficacia y el de eficiencia. La segunda década del siglo XXI, uno de los principios que se aprecia que está revolucionando el actuar de la Administración Pública y dentro de esta al Derecho Administrativo es el de participación pública, renovándose y replanteándose, es: “el principio de la participación pública, este exige la participación democrática en los procedimientos decisorios sobre materias de repercusión ambiental”. Toda vez que desde el 1982, la Carta Mundial de la Naturaleza 29 afirmaba en el punto 23 de la misma que:

[...] toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.

El artículo tiene como objetivo demostrar las transformaciones que han acontecido en la gestión ambiental, su incidencia en la evolución y renovación del Derecho Administrativo en la actuación de la Administración Pública y el ciudadano, con la aparición del Derecho Administrativo Ambiental, como tendencia en la Unión Europea, un acercamiento a su contextualización en el ordenamiento jurídico cubano a partir de un análisis comparado.

2. LA GESTIÓN AMBIENTAL COMPARTIDA, ANÁLISIS HISTÓRICO JURÍDICO

La preocupación por la preservación del bien jurídico ambiente generalizada a partir de la segunda mitad del siglo XX, al mismo tiempo que las sociedades desarrolladas constataban los límites de un sistema económico basado en el consumo indiscriminado de recursos naturales no renovables el cual produjo degradación, irreversible al medio ambiente. La decisión de las Naciones Unidas de declarar al año 1970 como el “Año internacional del medio ambiente”, protección exteriorizada en tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental, para lograr el principio del desarrollo sostenible con la aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) en las Empresas de Alta Tecnología. La aparición y recrudecimiento de los adversos ambientales, como: el calentamiento climático, el tráfico ilegal de productos radioactivos, la deforestación, la degradación de la biodiversidad, las mareas negras, la contaminación acústica aérea, el vertido de productos tóxicos en ríos y mares, la diseminación de organismos genéticamente modificados o el tráfico de especies protegidas se han convertido en problemas de tal gravedad que la intervención jurídica en varios niveles es hoy día urgente, tanto de manera preventiva como represiva, efectos producidos en su generalidad por el cambio climático, al decir de CARBALLEIRA RIVERA (1997), JUSTE RUIZ (1999) Y LAVANDEIRA (2014).

La historia devela que los cambios que se han presentado en el mundo a partir de la Revolución Industrial han hecho que el ser humano se preocupe por la situación que tiene el medio ambiente, acrecentada en el siglo XXI con el desarrollo tecnológico. Demostrándose en más de tres centurias, el hombre ha logrado afectar de manera notoria las constantes físicas del planeta y la existencia de las especies que habitan en él, afectando la biodiversidad. Al reconocerse el Derecho Ambiental como rama del Derecho, ha madurado a partir de la aprobación de las primeras disposiciones jurídicas internacionales desde la década de los años 70 en el pasado siglo. La situación apuntada lleva a analizar la conexión de los problemas ambientales y la práctica de los mecanismos de control ejecutados por los servidores públicos, apreciado con los orígenes del ius ambientalismo como parte de la agenda pública internacional. Desde las conferencias ambientalistas realizadas desde Estocolmo en 1972 hasta las realizadas en Río de Janeiro y en otros escenarios han continuado este debate, se valora como se han analizado los problemas ambientales mundiales y las medidas para su mitigación, con aportes significativos, pero sin una solución adecuada.

La lectura a la obra Encíclica CENTESIMUS ANNUS, corrobora como desde tiempos remotos ya se señalaba: “el hombre, impulsado por el deseo de tener y gozar, más que de ser y de crecer, consume de manera desordenada los recursos de la tierra y de su misma vida. En la raíz de la insensata destrucción del ambiente natural hay un error antropológico, por desgracia muy difundido en nuestro tiempo”; “cree que puede disponer arbitrariamente de la tierra, sometiéndola sin reservas a su voluntad como si ella no tuviese una fisonomía propia y un destino anterior creado por Dios, y que el hombre puede desarrollar ciertamente pero no debe traicionar. En vez de desempeñar su papel de colaborador de Dios en la obra de la creación, el hombre suplanta a Dios y con ello provoca la rebelión de la naturaleza, más bien tiranizada que gobernada por él”. Se adiciona a la destrucción irracional del ambiente natural, la más grave del ambiente humano: cuando el hombre construye un sistema sociocultural que ignora la dimensión ética y religiosa, usando su libertad para considerar al hombre sólo como un productor y consumidor de bienes y servicios, destruyendo instituciones del Derecho Natural o creadas por el hombre mismo en su búsqueda del bien. La misma Encíclica califica después al ambiente (en ambos aspectos) como un bien colectivo “cuya salvaguardia no puede estar asegurada por los simples mecanismos del mercado” y afirma que “es deber del Estado proveer a la defensa y tutela de los bienes colectivos” (2015).

El Derecho Ambiental, atraviesa horizontalmente todas las ramas del Derecho, puede hablarse de un Derecho Civil Ambiental, un Derecho Penal Ambiental, un Derecho Constitucional Ambiental,

un Derecho Administrativo Ambiental, un Derecho Económico Ambiental como línea de este ensayo científico, entre otros vínculos con otros saberes y ciencias. Viene a conmovir muchas estructuras arcaicas del Derecho, cuyas raíces se hunden en el Derecho Romano y se renuevan con la concepción liberal decimonónica del Derecho Napoleónico, al decir de MARTIN MATEO (1991), REAL FERRER (1998) y JORDANO FRAGA (2007).

La llamada sostenibilidad o sustentabilidad -al margen de cualquier discusión etimológica-se ha convertido en el centro de las concepciones que sobre el desarrollo se han esgrimido, sobre todo desde el Informe BRUTHLAND. En la Declaración de Johannesburgo de 2002, se reafirmó este compromiso efectivo con el desarrollo sustentable, al decir del profesor CÁNOVAS GONZÁLEZ (2006). Se aprecia en una primera lectura, que su dimensión constitucional como asidero jurídico dentro de la historia política de América Latina, confirma que de los 22 países que la integran, la renovación de sus instituciones jurídicas, reflejan los cambios constitucionales entre los años 1972 y 1999 del pasado siglo, 16 de sus países modificaron sus constituciones políticas al incorporar las preocupaciones de la sociedad en la materia ambiental. Permitted reconocer un número importante de disposiciones que refrendan la protección ambiental y la promoción de un modelo a seguir para lograr el principio del desarrollo sostenible. En doce de estos textos constitucionales que fueron publicados entre los años 1972 y 1992, en el período de veinte años que medió entre la conferencia de Estocolmo y en las conferencias realizadas en Río de Janeiro sobre esta protección al bien jurídico ambiente.

En el siglo XXI el PNUMA ejecutó el análisis denominado “*economía verde*”, para conocer la evolución de la protección ambiental en los países de América Latina dentro de las metas del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, permitieron conocer cómo se regula la protección ambiental, este arrojó: “casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: a la cabeza cláusulas constitucionales ambientales, luego una ley general, ley de bases marco u orgánica del ambiente y leyes sectoriales ambientales”. Corrobora, como la preocupación por la protección del bien jurídico ambiente y el desarrollo sostenible en la región de Iberoamérica, ha llevado a insertar la temática ambiental a partir de las leyes fundamentales; en el siglo XXI, se ratifica ante las evidencias que confirman lo señalado en los estudios realizados en el término de los años de 1976 hasta el 1992; en el 2013, los países de América Latina y el Caribe muestran un desarrollo de la legislación ambiental, varía acorde a la tradición jurídica de cada país, pero en general han mantenido en común establecer las líneas generales de la política ambiental nacional, los principios de la misma y de los instrumentos y herramientas para implementarlas por parte de la Administración Pública con sus servidores públicos, profundizándose con una legislación propia ambiental, reseñado por LORENZETTI (2008), CAFERRATA (2009), NOGUEIRA FERNÁNDEZ (2010), RINALDI (2013) y BELLORIO CLABOT (2013).

CAFERRATA (2013), señalaba que las novedades del Derecho Ambiental en la región de América Latina, se distinguen por estar reconocidas en los ordenamientos jurídicos internos de México con una Ley Federal de Responsabilidad Ambiental y una Ley General del Cambio Climático, una Ley de Derechos de la Madre Tierra en Bolivia y una Ley de Tribunales Ambientales en Chile y los derechos otorgados a la naturaleza a través de la Constitución en el Ecuador. Hechos, que demuestran la necesidad de continuar la actualización de las legislaciones a partir de la normativa constitucional, de las leyes marcos ambientales y en los sistemas de gestión ambiental dentro del derecho sustantivo, vinculándola a las políticas ambientales para lograr conformar la empresa responsable con el ambiente (ERA), los autores se incorporan a esta tendencia, al ser la que permitirá alcanzar el desarrollo sostenible en América Latina en unión de los instrumentos de gestión para lograr una adecuada tutela del bien jurídico ambiente, concebido como la base de la categoría de los -instrumentos de mercado de carácter cooperador-, al compatibilizar la tutela ambiental con el crecimiento económico, al decir del de autores como MARTIN MATEO (1994), KISS (1997), SHELTON (1997), VILLAMIL SERRANO Y MATIES GARCÍA (1998), STEWARD (2001), PIÑAR MAÑAS (2002).

Se confirma desde la perspectiva legal, la implementación de las políticas en materia de protección ambiental por parte de la Administración Pública, los métodos de control público ambiental aplicados para su tutela, la relación del Derecho Ambiental con otras ramas del Derecho, en especial con el Administrativo por ser el eje transversal y con otros saberes por su interdisciplinariedad, transversalidad y multidisciplinariedad, lo refrendan autores como JORDANA DE POZAS (1942), LOPERENA ROTA (1998), EMBID IRUJO (2000), BETANCOR RODRÍGUEZ (2001), MORA RUIZ (2007), DE LUCA y LOZANO CUTANDA (2010) y PAREJO ALFONSO (2013).

Se valora, como los Estados incluyen la coyuntura de la democracia participativa a partir del nuevo constitucionalismo en la región de América Latina; en su configuración constitucional en los textos de Ecuador, Venezuela y Bolivia, han tratado la cuestión ambientalista con mayor rigor dentro de su desarrollo normativo, lo refrendan BRAÑES BALLESTEROS (1997), RINALDI (2013), y BELLORIO CLABOT (2013). Se constata, que el control ambiental como función pública, trascendió del control tradicional realizado a la empresa y la industria dentro de las formas de gestión, en sus inicios solo para evaluarles la contabilidad y los sistemas de gestión ambiental, ahora se dirige a controlar la naturaleza en el primer decenio del siglo XXI, concebidas a través de la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, a la biodiversidad y la de seguimiento al cambio climático, confirmado por VAN LEEUWEN (2013) y ANTÚNEZ SÁNCHEZ(2015), al aparecer en este contexto la institución jurídica del dominio público, en el ensayo el dominio marítimo-terrestre en esta actividad de gestión para la protección de los ecosistemas ante la problemática ambiental que se dirige a la sexta extinción de la naturaleza.

En Cuba, la contextualización de lo analizado *up supra* se aprecia a partir de la configuración constitucional, en su aplicación se instituye el principio constitucional de actuación a los órganos estatales y se convierte en el soporte informador del ordenamiento jurídico, en los artículos 10 y 11. El artículo 27, consagra la protección ambiental como una función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para que intervengan en la protección del medio ambiente inspirados en el principio del desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de “hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras” con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional. Fue la primera nación en incorporar el principio de desarrollo sostenible en la región de América Latina, refrendado por MÉNDEZ LÓPEZ (2003), CÁNOVAS GONZÁLEZ (2006), VILLAVELLA ARMENGOL (2011), HERNÁNDEZ AGUILAR (2011), MONZÓN BRUGERAS (2011), TOLEDANO CORDERO (2012), y CUTIÉ MUSTELIER (2016).

Esta protección al bien público ambiente para su tutela, se articula a partir del reparto de las atribuciones y competencias dentro del ordenamiento jurídico, parten desde la Constitución a partir de los principios de organización y actividad de los órganos estatales establecidos en el artículo 68, en virtud de estos se integran y desarrollan sus acciones sobre la base de la democracia socialista, en las tareas de su competencia, la obligatoriedad de las disposiciones de los órganos superiores para los inferiores, la subordinación y la rendición de cuentas de estos últimos a los superiores, lo que garantiza la articulación y el control de la política ambiental en las formas de gestión. La lectura de la doctrina de la Unión Europea, en especial como referente se toma a España a tenor de su origen idiomático, el antecedente de la normativa en la nación desde el período de la conquista dentro del ordenamiento jurídico. Lo que marca el vínculo con los principios del Derecho Administrativo como el de descentralización, información, prevención, legalidad, eficacia, eficiencia, desconcentración, participación ciudadana, cooperación y el de responsabilidad compartida, al decir de MARTÍN MATEO (1989), VILLAR PALASÍ (1992), GARCÍA URETA, DESDENTADO DAROCA, MARTIN-RETORTILLO BÁQUER (2000), LOPERENA ROTA, GARCÍA DE ENTERRÍA (2001), PRIEUR, GARRIDO FALLA (2002), REVUELTA PÉREZ (2003), y PAREJO ALFONSO (2012).

En Cuba, se estableció un modelo institucional nuevo, sustentado en una instancia coordinadora de la gestión ambiental, coexistiendo con la distribución de competencias previas respecto a los

recursos naturales y a los sub sistemas ambientales. Por ello, la función pública ambiental, ejecutada por los servidores públicos se complementa con la declaración de soberanía estatal sobre los recursos naturales y el medio ambiente, proclamada en el artículo 11 del texto constitucional en unión a los artículos 10 y 27 del texto constitucional. Estos artículos conforman las bases constitucionales fundamentales que validan la práctica del control público desde la dimensión administrativa para proteger el bien jurídico ambiente con observancia de la legalidad. Reproducen el principio del desarrollo económico y social sostenible contenido en los principios 3 y 4 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, como un bien público tutelado. Demuestra que el desarrollo de la gestión ambiental, es un proceso que ha estado marcado por un grupo de condiciones naturales, históricas, políticas y económicas específicas, han ejercido una influencia en nuestro devenir y, sobre todo, en la conceptualización y práctica de la gestión ambiental integral que se trata de ejecutar por los servidores públicos. A partir de lo que se establece en la Ley No. 81 de 1997, se define que la gestión ambiental aplica la política ambiental establecida mediante un enfoque multidisciplinario, se ha tenido en cuenta el acervo cultural, la experiencia nacional acumulada y la participación ciudadana, al decir del profesor FERNÁNDEZ-LEGRA (1999).

En su evolución, en más de cincuenta años, ha sido en constante perfeccionamiento y maduración, con logros ambientales relacionados con el desarrollo de la educación, la eliminación de la pobreza extrema, el acceso al empleo, la salud, la equidad. Al mismo tiempo, la creación y desarrollo de instituciones ambientales de investigación, ello ha permitido el constante conocimiento de nuestros recursos naturales, vinculadas al trabajo decente, ante el carácter humanista de este proceso. Simultáneamente a ello, creció la institucionalidad ambiental con la aprobación de la Constitución de 1976 y, en consecuencia, el desarrollo del cuerpo de instrumentos legales correspondientes que la contextualizaron. Los retos conceptuales y prácticos contenidos en los documentos aprobados por los Congresos del Partido, han guiado y guían la dirección de su desarrollo, en sus etapas y momentos respectivos. Por ello, con la creación de la Comisión Nacional para la Protección del Medio Ambiente (COMARNA) en 1976 y del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) en 1994, representan los más importantes hitos en el desarrollo de la gestión ambiental nacional.

Este desarrollo organizado de la gestión ambiental, iniciado con COMARNA, en sus líneas generales aparecen descritas en la extinta Ley No. 33 de 1981 de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales. Ley, revolucionaria en su tiempo, pero ejecutada tardíamente en algunos aspectos de su implementación institucional. No obstante, hay que reconocer que el período de 1976-1994, representó una etapa de *-aprendizaje y de hacer sobre el terreno-* de la gestión ambiental cubana. En este íter, la Administración Pública elaboró a posteriori la Estrategia Ambiental Nacional (EAN), al amparo de la Ley No 81 de 1997, actos que marcan la maduración de su conceptualización y desarrollo en la identificación de los instrumentos de gestión ambiental. Trajo como resultado que aparecieran otras disposiciones jurídicas encaminadas a potenciar la Estrategia de Educación Ambiental para proteger la diversidad biológica, dirigidas a mitigar la lucha contra la desertificación y la sequía, la seguridad biológica, entre otras acciones.

Con ello se recreó el pensamiento ambiental cubano, pero con la ausencia de la auditoría ambiental dentro de los instrumentos de gestión en la normativa ambiental. La creación del CITMA, dentro de la Administración Pública, sustentado en el Decreto Ley No. 147 de 1994, como el organismo que tiene el encargo público de garantizar la adecuada obediencia de las políticas públicas y a la normativa ambiental *-ecuación para la vida-*, permitió alcanzar un nivel superior en la nitidez del diseño del sistema nacional para alcanzar el principio del desarrollo sostenible como paradigma, señalado por Cánovas González (2006), REY SANTOS (2007), y CRUZ SARDIÑAS (2014). Estos elementos permitieron que el pensamiento y la acción ambiental cubana, creciera y se perfeccionara tanto cuali como cuantitativamente, en lo legislativo, político, educativo, científico, tecnológico, social, económico, ejerciendo su influencia positiva en el proceso de toma de decisiones de los servidores públicos. Se transitó, hacia la

búsqueda de las soluciones desde adentro, reconociéndose el valor de lo local, tomado en cuenta las realidades, con espíritu creador e iniciativas, frente a la reconocida crisis de civilización, que ha llevado a la crisis ambiental, tal y como lo expresara en sus estudios CARABALLO MAQUEIRA (2007).

Se preconiza, que la gestión ambiental nacional pondera los principios del Derecho Ambiental como: el de legalidad, responsabilidad, prevención, precaución, cooperación, información, quien contamina paga y el de desarrollo sostenible, establecidos a partir de lo preceptuado en el texto constitucional en el artículo 27, desarrollado en la Ley No. 81 de 1997, al decir de autores como CÁNOVAS GONZÁLEZ (2012) y ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2015). Los que no están distanciados de los principios que, desde el Derecho Administrativo por ser su eje trasversal, se vinculan con esta actividad de protección del bien jurídico ambiente, como: el de centralización, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, y autocontrol, al decir de MARTIN REBOLLO (1976), MUÑOZ MACHADO (1993), PARADA (1998), GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), GARRIDO FALLA (2002), MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER (2006), MORA RUIZ (2007), JORDANO FRAGA (2007) Y PAREJO ALFONSO (2012) como referentes académicos.

3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

El siglo XXI inicia dando respuestas a los daños ambientales originados por el cambio climático, lo que trae aparejado que en las diversas áreas geográficas del planeta se preparen los Estados para dar respuestas a este fenómeno natural. Cuba, por su posición geográfica en la región del Caribe no está ajena a tal responsabilidad, visible en el azote de los ciclones y períodos prolongados de sequía que acosan a la nación tras el fenómeno del Niño y de la Niña, al decir del profesor STERN (2007) y desde el Derecho por REY SANTOS (2007), SANZ RUBIALES (2014), y LAVANDEIRA (2014).

Las críticas sobre el impacto negativo de la industria por la contaminación y del sector secundario al abordar los Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM), al ser analizados los artículos especializados se aprecia que centran en su potencial valor añadido para contribuir al desarrollo humano y social, que como sujeto activo le corresponde su implementación y control administrativo a través de los servidores públicos a la Administración Pública. *“Los ODM aún son realizables. La pregunta crítica hoy es cómo conseguir que el camino hacia el cambio progrese a partir de ahora mucho más rápidamente.”*

La gestión ambiental como sistema muestra el avance del Derecho Ambiental en la región de Hispanoamérica, el marco jurídico en que se sustenta para cumplir las responsabilidades y las funciones de los ciudadanos y de la Administración Pública como bien público tutelado. Ello le ha dado un carácter expansivo al Derecho Administrativo, al concebirse sujetos privados que participan en el control público, quedando atrás la función monopolizadora que la Administración Pública ha tenido desde sus inicios. Se parte de la concesión de que organizaciones privadas obtienen funciones y prerrogativas públicas delegándosele esta función *-secundum quid-* al traer causa y origen de las puras necesidades técnicas que posee la Administración, señalado por ALONSO GARCÍA (1989), BERMEJO VERA (1998), FERNÁNDEZ (1999), EMBID IRUJO (2000), FERNÁNDEZ RAMOS (2002), ESTEVE PARDO (2005), y ALENZA GARCÍA (2010).

En esta protección ambiental ha sido incorporada en los ordenamientos jurídicos a través de instituciones, categorías, consideraciones técnicas, principios, herramientas y mecanismos necesarios para prevenir o corregir los efectos adversos al ambiente y a los recursos naturales generados en los procesos productivos y de consumo en las formas de gestión públicas y privadas. La novedad jurídica se aprecia en la introducción de los *-permisos negociables-* por la contaminación atmosférica en la tutela ambiental, estos ya se ejecutan en la Unión Europea con el fin de mitigar los efectos adversos que se producen a la contaminación de la atmósfera, perfilándose el reconocimiento de un Derecho Mercantil Administrativo en lo concerniente a la contratación y del Derecho Económico Administrativo para los procesos de financiación, al decir de ARIÑO ORTIZ (2004), MUÑOZ MACHADO y ESTEVE PARDO (2009).

El fortalecimiento de la gestión ambiental, en la medida que se ha tomado conciencia por los

Estadistas en concebir políticas públicas relacionadas con la protección de la naturaleza como un bien público al decodificarse los paradigmas de intervención pública. La tutela ambiental en materia de protección se ha configurado como una función pública, en su sentido amplio se ha ejecutado por los servidores públicos, de esta manera se ha garantizado la protección al bien jurídico ambiente; aunque la tendencia es que se ejerza este control por el sector privado como se ha citado, a través de la técnica contractual con poderes delegados de contenido concesional y por la técnica de fomento. No solo aplicada en el bien jurídico ambiente, se aprecia ya en el control de las telecomunicaciones, al transporte, al control de pasajeros en zonas aeroportuarias, y en la vigilancia de las playas por la Cruz Roja -socorristas de seguridad acuática-

La lectura de VÁQUER CABALLERÍA (2002), SANTAMARÍA ARINAS (2006), ESTEVE PARDO (2008), significan que la frontera que viene reconociéndose entre lo público y lo privado dista mucho del ejercicio privado de funciones públicas que, si bien no está huérfano de teorización, hoy es un fenómeno que por su ingente cantidad de aplicaciones, donde se desborda la teoría tradicional y parece que exige una reflexión más detenida a la que queda convocada como uno de los desafíos más imponentes del Derecho Administrativo para el siglo XXI. Se aprecia, como existe una entrega creciente de determinadas funciones a la colaboración público-privado, que tradicionalmente tenía bien asentada su tesis en la añeja tesis de la concesión de servicios o de la concesión demanial y que hoy ha impactado a prácticamente todas las técnicas de intervención administrativa por la Administración Pública, incluyendo a la clásica autorización que hoy por hoy apenas es reconocible en las ya seculares definiciones de DUGUIT (1925), POSADA (1931), MAYER (1949), quienes desde el pasado siglo han abordado este tema secular.

En Cuba, se constata como el control ambiental se ha ejecutado por la función inspectiva de forma mayoritaria, regulado en la Resolución No. 103 del 2008 del CITMA, esta inspección al evaluar las formas de gestión acredita la condición ambiental y concede la etiqueta-certificación a los productos y servicios. El sector turístico de forma mayoritaria ha sido objeto de este control ambiental para su acreditación, sin desdeñar el sector productivo, el que despunta en este sentido. La inspección se constriñe en su actuar al control público de los ecosistemas de interés de la nación. Se complementa a nuestro criterio con la inspección sanitaria ejecutada por el Ministerio de Salud Pública, la cual evalúa a los sujetos estatales y privados en su totalidad, al amparo de la Ley No. 41 de 1983, Ley de la Salud Pública, y con otras normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente construido, la inversión extranjera, la minería, la política de aguas, y la agrícola.

Con la actualización del modelo económico y social en el siglo XXI, a raíz de las decisiones políticas adoptadas en el 6^o y 7^{mo} Congreso del Partido, permitieron conocer la decisión a nivel de Estado en crear la Contraloría General de la República, sustentada en la Ley No. 107 de 2009 como lo refiriera ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2016). De esta manera, el país se insertaba en las tendencias internacionales declaradas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores, participa en el control público con la auditoría como manifestación de la función pública de tutela ambiental, concebida por autores como una actividad de control y otros refieran concebirla como un servicio público, aunque esta última tendencia no ha tenido un adecuado constructo aún que señale el reconocimiento de esta tesis desde la doctrina de forma absoluta, al decir de criterios de autores como DUGUIT (1925), FONT LLOVET (1994), DROMI (1998) y MATILLA CORREA (2014).

Este órgano supremo de control, deberá dar continuación al fomento de esta actividad pública para reforzar con ello la protección al bien tutelado ambiente a través del control público con la ejecución de la inspección y la auditoría ambiental, las que se reconocen desde la doctrina administrativa como la noción estricta de gestión del medio ambiente, articulándose a través de una actividad de control y de limitación, aquí es donde se reconoce la orientación del Derecho Administrativo Ambiental desde la doctrina constatada, al darle entrada a los instrumentos de mercado de carácter cooperador, como se viene señalando desde la Unión Europea y especial el referente del derecho Español por

catedráticos como MARTÍN MATEO (1994), MORA RUIZ (2007), BUSTAMANTE ALSINA (2008), FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2010), NOGUEIRA LÓPEZ (2010), y PAREJO ALFONSO (2013).

Este control público, aplicado al ámbito de la protección del bien jurídico ambiente, se distingue de la función inspectiva al evaluar los procesos contables en materia ambiental, los sistemas de gestión y el cumplimiento de la legalidad, tal y como lo conciben autores desde Hispanoamérica como JORDANA DE POZAS (1942), FONT LLOVET (1994), PARADA, MACERA (1998), EMBID IRUJO, CANALS I AMETLLER, ARENA (2000), GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, NOGUEIRA LÓPEZ, RAMÍREZ SÁNCHEZ y ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2016).

En Cuba, se identifican entre los principales problemas en relación con la eficiencia en el uso de los recursos: la sostenibilidad de la producción y el consumo en el ámbito nacional, el difícil acceso a las tecnologías de avanzadas, la no adecuada aplicación de los instrumentos de gestión, la no implementación de la contabilidad ambiental, no ejecutar compras públicas con un diseño sostenible y responsable a todos los productores de las formas de gestión que participan en el tráfico mercantil, concebidos dentro de la Estrategia Ambiental y en el Plan de Lucha contra la Contaminación. Desde esta perspectiva, se valora como el marco regulatorio complementario a la Ley No. 81 de 1997 en la nación, aún no garantiza la adopción de enfoques preventivos adecuados, aparejados a la indisciplina tecnológica que impera en la mayoría de los sujetos de gestión del sector estatal al ser mayoría; los que no valoran de manera adecuada los avances científicos, denominada desde la doctrina como *-cláusula de progreso científico-*, aspectos que deberán ser tenidos en cuenta en la futura actualización normativa en materia ambiental y la del Derecho de la Empresa al realizarse la contratación mercantil. Al estar esta cláusula condicionada al principio de seguridad jurídica que permita garantizar el equilibrio entre la mejor tecnología a implementar y los costes económicos que puedan acarrear a futuro, analizados desde el Derecho Económico Administrativo. Este análisis deberá de examinar el coste ambiental de esta actividad, permitirá evaluar la eficacia de la función pública de la tutela ambiental, tal y como lo han significado LOPERENA ROTA (1998), GARCÍA DE ENTERRÍA (2001), ESTEVE PARDO, REVUELTA PÉREZ (2003), FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2008), y SÁNCHEZ MORÓN (2010).

Ahora, podría afirmarse que en Cuba se reconozca el Derecho Administrativo Ambiental, se valora que existen algunos atisbos al implementarse una corriente mercantilista en este sentido, apreciado a partir del pago de las personas jurídicas y naturales por el servicio del agua que se recibe por la red pública; la implementación de planes económicos para el uso del agua en la demanda agrícola de los sujetos privados y estatales; la etiqueta ecológica imprimiendo una cultura ambientalista en el mercado destinada a los consumidores a partir de la entrada al comercio con productos con este valor añadido, la regulación normativa de los sistemas de auditoría ambiental para la acreditación de los sujetos de gestión, el autocontrol para evaluar la legalidad como principio y la eficacia de la Administración en la tutela ambiental, la implementación del reciclado de envases de vidrio y plástico, el uso de ciclos como alternativa del transporte y la salud, los incentivos fiscales en materia ambiental al atemperarse los tributos ambientales, al decir de la lectura comparada de estudiosos como MARTÍN MATEO (1992), GALVÉ GÓRRIZ (2000), MORA RUIZ (2007), PAREJO ALFONSO (2012), y LAVANDEIRA (2014).

La diferencia radica que en el ordenamiento jurídico cubano no se ha privatizado la tutela ambiental; en el caso, para ejecutar el control público a través de la función inspectiva en materia ambiental por sujetos privados, como ocurre en la Unión Europea; aunque para la auditoría sí hay sociedades mercantiles concesionadas y habilitadas para su ejecución, a partir de los requerimientos que en la doctrina del Derecho Administrativo a criterio de ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2015). En la función inspectiva, se debe reconocer la actuación en esta actividad desde el pasado siglo por sujetos privados, habilitados por la Administración Pública para el control de la política de protección al consumidor en materia de precios, en atención a su conducta ética y moral ante la sociedad de los sujetos que lo practicaron de manera voluntaria, pero no funcionaron como una organización privada, tal y como se aprecia de la lectura de la doctrina de la Unión Europea constatada, al decir de MUÑOZ MACHADO, TARRES VIVES (1998),

NOGUEIRA LÓPEZ (2000), FERNÁNDEZ RAMOS (2002) y ESTEVE PARDO (2006).

Es importante dejar sentado, que un punto de coincidencia después de la lectura de la doctrina administrativa y de cómo se desarrolla el control público ambiental para exigir la Responsabilidad Administrativa, se discurre en la multiplicidad de cuerpos normativos para su control en el ordenamiento jurídico comparado analizado, válido también para el número de servidores públicos encargados de esta función pública en Cuba. Ello trae como consecuencias que el control no sea efectivo ni eficaz, ante la no comprensión de toda la amalgama de disposiciones normativas que requiere por su especialización, que bien podría pensarse en conformar un Código Contravencional que agrupe a estas figuras no constitutivas de delito en el ordenamiento jurídico patrio.

4. LOS INSTRUMENTOS DE MERCADO, SU INCIDENCIA EN LA POLÍTICA SOCIO AMBIENTAL

La historia señala que partir de los años 60 del pasado siglo, los empresarios en las formas de gestión comienzan a sentir la necesidad de enfrentar un segmento de mercado que reclamaba un tipo de producto y servicios respetuosos con la naturaleza, ante una legislación más estricta en la materia ambiental a la que estaban obligados a cumplir. La década de los 90, denominada “la Década de la Tierra” por DRUMWRIGHT es cuando este movimiento pro ambiental comienza a tener una mayor relevancia dentro de la sociedad, provocó cambios en la conducta de los principales agentes del mercado y la aparición de diversos frentes de presión que viene promoviendo la defensa del ambiente.

El siglo XXI, la evolución de los valores de la sociedad, reconocida en el comportamiento de compra de numerosos individuos interesados por el impacto derivado de sus actos de consumo impulsaron la llamada transformación “verde” del ámbito empresarial en el mundo, con mayor relevancia en los países desarrollados por su poderío económico y en menor dimensión en los países en desarrollo. Se valora, como es innegable cuestionar el cambio cualitativo en la protección de los ciudadanos frente a la satisfacción de los intereses dentro del contexto de la crisis de Estado Social, las actuales corrientes se manifiestan con el fenómeno de la privatización, donde en la denominada modernidad se caracteriza por la importancia del Estado y el mercado, donde hay un mayor protagonismo de la sociedad en la postmodernidad, en la relación Administración Pública y ciudadanos a partir de ponderarse el principio de cooperación “*la opinio iuris*”, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA (2001), ATIENZA (2009), GARRIDO FALLA, HERNÁNDEZ MESA, BETANCOR (2010).

Se justiprecia, que la preocupación ante la degradación ecológica a nivel mundial, la tendencia creciente entre los consumidores en la búsqueda de información de los productos o los servicios ante la estrecha relación entre la compra de un producto ecológico y la posibilidad de pagar un precio más elevado que por el de un producto tradicional, son elementos que demuestran que los consumidores cada vez poseen una mayor conciencia ambiental y están dispuestos a adquirir productos y servicios amigables con la naturaleza en pos de su beneficio personal. De aquí que se le considere como mercados exigentes donde solo accederán los que ponderen la condición ambiental de su empresa y de su producto o servicios que presten, encuadrado dentro del Derecho Administrativo Económico. Desde esta perspectiva, se valora la articulación en las relaciones que aparecen entre la Administración Pública y los ciudadanos en atención a los intereses generales, en este caso del bien público ambiente. Este es un elemento novedoso para el Derecho Administrativo, ante las decisiones que va imponiendo la complejidad del desarrollo científico en la rama de la biotecnología, donde la presencia de la sociedad es un elemento imprescindible ante los adelantos que se han incorporado con la utilización de las Ciencias Informáticas.

LINDE PANIAGUA y BURGUILLO CUESTA (2014), consideraron que los mercados con asimetrías de información la literatura teórica ha remarcado el papel de la buena reputación como instrumento capaz de mejorar la eficiencia ante ese fallo de mercado. Este resultado se da, sobre todo en mercados en

los cuáles los compradores y los vendedores están involucrados en relaciones que duran más de un período, de tal manera que los vendedores tienen incentivos para invertir en reputación y serán reacios a ponerla en peligro a cambio de ganancias en el corto plazo derivadas de la venta de productos de baja calidad. En este caso concreto la reputación, por sí sola, sería suficiente para solucionar el problema de asimetría de información. La alternativa más consistente al modelo de reputación, sería la existencia de una certificación que asegure a los compradores que el bien es respetuoso con el medio ambiente y por la que los vendedores tienen que pagar.

La etiqueta ambiental, los programas ambientales, los programas de certificación y de adquisición de productos ecológicos tienen como objetivo fortalecer los mercados con orientación ambiental. Otros ejemplos de instrumentos basados en el mercado incluyen las tarifas ambientales, las cuotas de usuario, los subsidios, los sistemas de reembolso de depósitos y otros mecanismos, todos están orientados a alentar o desalentar a los responsables de tomar decisiones con respecto a las características ambientales de los bienes y de los servicios, al decir de MARTÍN MATEO (1994), SANZ RUBIALS (2000), DOPAZO FRAGIO, AUDIVERT ARAU (2001), CARBALLO PENELA, LOZANO CUTANDA (2010), FERNÁNDEZ RAMOS, FRAJ ANDRÉS (2013). Su uso es obligatorio, coexiste desde 1991 en un distintivo de carácter comunitario para la agricultura ecológica y para la producción pre envasada y a su vez es de uso voluntario para los productos no producidos en la Unión Europea. A partir de la norma ISO 14020, es una exigencia que indica los aspectos ambientales de un producto o servicio. Es un instrumento de mercadeo, dirige el comportamiento de compra de un consumidor. Su promoción e implementación aporta la búsqueda del mejoramiento ambiental de un país en pos de alcanzar el desarrollo sostenible. Está concebida como una técnica ideada para comercializar productos que contengan una ventaja ambiental, se convierte en una ventaja comercial, como valor añadido. Las Administraciones Públicas en los Estados prestan interés en la regulación jurídica de los instrumentos de mercado vinculados a la tutela del bien jurídico ambiente en respuesta a la Cumbre de Johannesburgo en el 2003, con referencia explícita al etiquetado ambiental como instrumento de fomento.

Al valorarse las consideraciones de la catedrática JAQUENOD DE ZOGON (1991), la que afirmara de manera clara que “el ascenso del hombre a la dominación, parece atribuible al hecho de que fue el único animal terrestre que se propuso someter su medio en lugar de adaptarse a él. Últimamente, el dominio del planeta Tierra por el hombre se ha convertido en algo tan intenso, que altera el hábitat de todas las criaturas con vida, incluyéndose a sí mismo”. Señalaba esta autora citada, que tampoco podría decirse que forma parte de una rama especial del Derecho Público, ya que es difícil mantener la tradicional separación entre el régimen jurídico público y el privado debido a la infiltración de las instituciones jurídico-públicas en el régimen que rige las relaciones entre los particulares, y a una privatización de las reglas que presiden la organización y funcionamiento del Estado y sus instituciones.

El segundo aspecto se refiere a la preocupación en torno al cumplimiento de la normatividad. La mayoría de los programas de etiquetado y certificación tienden a excluir los riesgos tóxicos o los relacionados con la salud humana. Como instrumento de mercado es concebido desde la doctrina del Derecho Administrativo Ambiental, como la tarjeta de presentación del producto y su garantía de calidad. En la doctrina jurídica en la Unión Europea se considera que deba ser entendida desde una doble perspectiva, de consecución del mercado interior y de mejora de la información de los consumidores. Le corresponderá entonces, por su relación con el Derecho de Propiedad Industrial, que la información sea clara y legible, prohibitiva de publicidad falsa o engañosa, y del logotipo que la identifique en cada país.

Permitirá, fomentar la ERA ante una cultura empresarial caracterizada en su mayoría por la no adecuada utilización de los instrumentos financieros, no evaluadora de la dinámica del mercado, donde no se analizan los niveles de información de cómo opera la competencia empresarial con el empleo de técnicas comerciales, las tecnologías y la innovación para su desarrollo futuro, a tono con la norma

ISO 26 000 y el Libro Verde implementado en la Unión Europea, evaluado con la auditoría para el comportamiento ambiental de una organización, ligada al autocontrol empresarial, convirtiéndose en una actividad de relevancia económica para los empresarios, pero falta ganar en cultura organizacional y liderazgo empresarial desde la Ciencia de la Administración.

Analizadas las tendencias en cuanto a la política de acreditación en otros contextos, de la política del Estado y del Gobierno cubano en el siglo XXI, se aprecia cómo se entroniza la esfera ambiental no solo como escenario de todas las actividades del país, sino como el preciado objeto de protección y conservación para lograr la sostenibilidad en la actualización del modelo económico y social. Se destaca que el logro empresarial se alcanzará con el reconocimiento dentro de las formas de gestión estatal en el sector estatal de su condición ambiental y no solo por el respeto y el cumplimiento de los planes técnico-económicos como se ponderaron en el pasado siglo XX a partir de que se configure la ERA, al decir de ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2015).

La Constitución de Cuba estipula:

[...] el Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones, son regulados por la ley” [...] “Estas empresas y entidades responden de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros, dentro de las limitaciones establecidas por la ley. El Estado no responde de las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco responden de las de aquel.

A la Administración Pública le corresponderá, definir la política tecnológica para reorientar el desarrollo industrial, el control de las tecnologías en uso en el país y las nuevas a adquirir, a fin de promover la modernización en atención a la eficiencia energética, la eficacia productiva y el impacto ambiental que puedan generar factores que contribuyan a elevar la soberanía tecnológica en la actualización del modelo económico y social ante una industria que utiliza técnicas incompatibles con las tecnologías limpias con más de medio siglo de explotación y heterogeneidad, poco competitiva en el comercio, visible en la contratación pública al no ponderar las normas técnicas ambientales. Toda vez que la normativa ambiental viene regulando que como medio de asegurar la calidad de los bienes y servicios y proteger a los consumidores en el comercio nacional se tendrá en cuenta la aplicación de normas ambientales. Se valora que alcanzar el principio del desarrollo sostenible es considerado en la actualidad como el paradigma más acuciante dentro del Derecho Ambiental, la lectura de la doctrina Hispanoamericana viene señalando que el desarrollo sostenible se encuentra en la base de la categoría de *“instrumentos de mercado de carácter cooperador”*, que compatibilice la tutela ambiental con el crecimiento de la economía, de aquí la articulación del Derecho Administrativo Ambiental. Ello ha permitido que se vaya consolidando como un principio general del Derecho Administrativo Ambiental, a partir de la actualización de las técnicas jurídicas de tutela ambiental con la gestión compartida en el medio ambiente como se ha señalado por catedráticos de la talla de MARTÍN MATEO (1997) y MORA RUIZ (2005).

Desde Hispanoamérica, el modelo de gestión ambiental, con predominio de la Administración Pública se percibe hoy con limitaciones, tanto para la aplicación de los mecanismos de intervención y de control que esta utiliza en su actuar. Sus rasgos distintivos se consideran con la expedición de la autorización administrativa, la vigilancia y control ocasional o puntual, el permiso negociable, el control administrativo externo, la generalización del autocontrol, la descentralización de los controles en su fase externa con sujetos privados que verifican, validan y certifican la condición ambiental a los sujetos de gestión, donde se valora que por la multidimensionalidad de la cuestión ambiental se encuentran interconectadas las Ciencias Naturales, las Ciencias Económicas, las Ciencias de la Administración y la Ciencia del Derecho.

Los instrumentos de mercado de carácter cooperador, vienen demostrando la evolución del

Derecho Administrativo Ambiental desde el actual siglo, refuerzan los poderes de intervención en el sentido del control y la exigencia de la responsabilidad por parte de la Administración Pública. De hecho, la gestión compartida del medio ambiente implica el modelo de gestión descentralizada, toda vez que se aprecia un reparto de tareas entre la Administración y los particulares. De aquí, que también se aprecie la plena significación del deber-derecho de proteger al medio ambiente como una garantía constitucional, ello permite significar la función participativa y descentralizada de la tutela ambiental, se demuestra así que hay un proceso de liberalización, ejemplo de ello está en el control público al sector industrial, a las telecomunicaciones, y a la energía como se ha reseñado por LÓPEZ MENUJO (1991), CORTINA HUESO (2005) y DIEZ PICASO (2008).

En el contexto del mercado verde hay una doble naturaleza, la económica y la jurídica. Actos administrativos que se validan con su inscripción en los registros públicos habilitados por la Administración Pública, siendo una de las estrategias de protección del medio ambiente, a partir del grado de trascendencia y efectos públicos que pueden generar eficacia jurídico-pública a través de la actuación del Notario como fedatario público. Desde la Ciencia de la Administración podría incorporarse el modelo de la triple hélice, que permita contextualizar el principio de participación, principio estructural desde el Derecho Administrativo Ambiental, conectado al principio del desarrollo sostenible como el mega principio del Derecho Ambiental, al decir del padre del Derecho Ambiental el profesor MARTÍN MATEO (1997). Se aprecia, como aparece el principio de *-responsabilidad compartida-*, el que se deberá configurar como el principio instrumental de una tutela ambiental renovada, donde se impone revisar las relaciones entre la Administración Ambiental y los ciudadanos, ello permitirá alcanzar una participación más amplia y activa de los agentes económicos, de los poderes públicos, de los sujetos de gestión y del público en general -ciudadanos y consumidores- y por qué no la Universidad como el ente formador, aún sin una contextualización adecuada.

Para ello, es a partir de que la información pública, la participación ciudadana y el acceso a la justicia ambiental, que se constituye la trilogía a la que se refiere el principio 10 de la Declaración de Río de 1992, conforme al cual

[...] el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que disponga las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la participación de la población, poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Estas tres vías buscan que cada persona potencialmente afectada, pueda participar en la gestión ambiental de modo relevante, fortaleciéndose con ello la legislación ambiental, y el marco institucional en que se desarrolla la gestión.

Se concibe que un ciudadano informado estará en mejores condiciones para participar en procedimientos administrativos que protejan al bien jurídico ambiente, ampliándose a planos muy diversos para tomar decisiones con incidencia en la función de la tutela ambiental. La posición del ciudadano como consumidor, a partir de las exigencias del Derecho de Consumo, puede tener coincidencia con la protección al bien jurídico ambiente. En un análisis del derecho positivo cubano, el acceso oportuno a la información viene garantizado en el artículo 63 del texto constitucional, al establecerse el deber de todo sujeto de gestión estatal de darle respuestas a los planteamientos de la ciudadanía en un plazo adecuado. Faltaría entonces, que en la ley ordinaria se establecieran estos plazos, así como

su adecuación a la materia ambiental, que permita una tutela adecuada. La que en la nación cubana aún dista, también de su regulación en un cuerpo jurídico que norme la condición ambiental de los productos y los servicios en la relación consumidor de producción nacional, donde se pondere la garantía de la información, y la transparencia de la función pública en este sentido. Toda vez que en la red de comercio si se comercializan productos con este valor añadido, en relación al principio de información.

La tendencia del Derecho Administrativo en el siglo XXI, al decir de SORIANO GARCÍA (2011), viene señalando que hay que actualizar la Teoría del Estado por su reflejo en el Derecho Público. Habrá que definir el aumento de poder de la Administración Pública al acentuar su protagonismo en la vida social que permita la adecuada recuperación de su papel de poder político al reorganizar las funciones administrativas al servicio de los ciudadanos. Con ello podrá hacer suyas potestades que vienen desde el Derecho de la Competencia y del Derecho del Consumo, como novísimos poderes que ameritan estudios con un análisis desde lo económico del Derecho, al ser concebido el mercado como bien público en el análisis costo-beneficio y costo-efectividad.

Lo señalado deberá ser reforzado con el principio de legalidad desde la sede judicial. Hoy existe una tendencia a liberalizar a la Administración haciendo como indicó PAREJO ALFONSO (2013), del principio de legalidad una mera orientación. De esta forma habrá que repensar categorías del Derecho Administrativo, donde se pondera el aumento de títulos sobre dominio público, sobre el servicio público, al decir MUÑOZ MACHADO (1998), DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, SALCEDO JANINI (2004). Toda esta situación, lleva a valorar la expresión y contextualización de la línea tendencial de los instrumentos de mercado y comercio, la que no es la más adecuada, hay retos que vencer por la Administración Pública cubana, que nacen desde la obsolescencia tecnológica y vejez de la industria nacional, la no adecuada cultura empresarial desde el sector estatal al ser esta mayoría en el tráfico mercantil, la ausencia dentro del ordenamiento jurídico de regulaciones acerca del Derecho de la Empresa, del Derecho del Consumo, de la Contaminación Industrial, del Fomento Ambiental, de la Biodiversidad, entre otras normas por aprobarse y otras por su renovación como la Ley del Medio Ambiente, la de Aguas, la de Salud, y la Penal. Que hoy se considera distan de la claridad y precisión que refería el profesor MARTIN RETORTILLO-BÁQUER (2006), quien viene señalando en sus estudios, al decir que se camina hacia una Administración negociada, con mayor participación de sujetos privados y mayor flexibilidad de las técnicas públicas de control, con la intercambiabilidad de las fórmulas de ordenación.

En la segunda década del siglo XXI, la nación cubana con la actualización del modelo económico y social pondera el reconocimiento dentro del tráfico mercantil del sector privado en la economía nacional por su importancia y relevancia para aumentar el PIB, se aprecia desde la creación de las Cooperativas No Agropecuarias direccionadas por la Administración Pública, entre las que se destacan el sector del comercio y los servicios públicos. Se aprecia que habrá que accionarse para concretar que la protección del medio ambiente forme parte de la cultura general integral del ciudadano, en ella juega un papel preponderante la educación ambiental para el desarrollo sostenible en la sociedad y la economía como valor desde las edades tempranas. Entonces a la Administración Pública le corresponderá vincular la protección del medio ambiente con los planes de desarrollo económico y social con la identidad y la soberanía nacional, donde desde las Ciencias Ambientales aún no tiene un reconocimiento adecuado.

Este actor, que no es nuevo, reaparece en este escenario, está reconocido en la doctrina mercantil como empresario individual y social, pues desde el triunfo de la Revolución existían personas que ejecutaban esta labor como sujetos privados. Desde la década de los años 90 del pasado siglo XX se viene incrementando con el debacle del campo socialista como una de las políticas de empleo en la nación cubana; el reto que queda en la segunda década del siglo XXI está en reconocer dentro del sector privado en una Ley de Sociedades en el ordenamiento jurídico, toda vez que hay un Código Comercio en vigencia desde el pasado siglo XVII traído desde España cuando la nación cubana era

una de sus colonias, renovar la actual norma que regula las cooperativas no agropecuarias, ponderar la apertura del Registro de Comerciantes, aperturar un mercado mayorista donde tenga acceso el comerciante privado, estudiar la política tributaria en cuanto a los términos de pago de impuestos al iniciarse un negocio para que sean más extensos.

Se pondera que para obtener mejores beneficios del sector privado ha de conjugarse el permiso a actividades intensivas en conocimiento y fomentar los vínculos entre el sector privado y estatal, que constituyen las dos cuestiones fundamentales que permitirán absorber la fuerza de trabajo excedente y convertir al sector privado en un elemento de desarrollo para la economía cubana vinculada al Derecho Público. Por lo tanto, no se debe subestimar ni estigmatizar. Hay que entender su aporte real, no solo como opción de empleo, sino como un elemento que va a dinamizar la economía doméstica y el intercambio de bienes y servicios entre las personas naturales. La técnica de la autorización ha sido dada a aquellas actividades que tengan una fuente de suministros clara, legal, posible, concebida dentro de los instrumentos de comando y control.

Una de las cuestiones de más importante sobre el sector privado en la actualidad no son los obstáculos que tiene el mismo, es una de las tantas cosas a ver en el reordenamiento, es en la necesaria evolución que requiere el sistema social. También la propiedad estatal tiene muchísimos obstáculos. Hay que ver las cosas en su conjunto, y el sector privado es sólo un asunto más a prestarle atención. Se están cambiando reglas del juego, pero habrá que hacerlo de manera que no solo den eficiencia económica, sino que por encima de todo que fortalezcan el proyecto social cubano, como lo refería ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2016). En ello no se puede perder el rumbo, habrá que continuar decodificando paradigmas en pos de alcanzar el desarrollo sostenible para lograr calidad de vida, tal y como lo refieren TROCONIS (2005) y BELLORIO CLABOT (2013).

5. A MANERA DE CONCLUSIONES

El siglo XXI muestra que uno de los principios que está revolucionando el actuar de la Administración Pública y dentro de esta al Derecho Administrativo es el de participación pública, exige la participación democrática en los procedimientos decisorios sobre materias de repercusión ambiental. Se aprecia con la entrega creciente de determinadas funciones a la colaboración público-privada, que de forma tradicional la tenía asentada en sus tesis de la concesión de servicios o de la concesión demanial y que hoy ha impactado a prácticamente todas las técnicas de intervención administrativa, incluyendo a la clásica autorización que hoy por hoy apenas es reconocible.

La protección del bien jurídico ambiente en el siglo XXI se exterioriza en tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental a partir del desarrollo industrial, equilibrado para generar recursos, empleos y promover la educación ambiental como bases del bienestar social y la calidad de vida, para lograr el principio del desarrollo sostenible con la aplicación de la RSE al conformarse la ERA para el desarrollo sostenible.

Los instrumentos de mercado de carácter cooperador, demuestran que la evolución del Derecho Administrativo Ambiental, refuerza los poderes de intervención en el sentido del control y la exigencia de la responsabilidad por parte de la Administración Pública. La gestión compartida del medio ambiente implica el modelo de gestión descentralizada, por el reparto de tareas entre la Administración y los particulares.

La política y gestión ambiental cubana ha estado formulada desde la década de los 80 del pasado siglo, sin embargo para la política y gestión ambiental participativa aún no se ha consolidado, a pesar de la inclusión de los procesos participativos de la ciudadanía y sustentación en un marco legal, la integración de la organización y participación ciudadana en las políticas públicas ambientales y en los procesos de gestión ambiental ha quedado en el formalismo de la norma, en la práctica no es la adecuada.

A la Administración Pública cubana, le corresponderá definir la política tecnológica para reorientar el desarrollo industrial, el control de las tecnologías en uso, a fin de promover la modernización en atención a la eficiencia energética, la eficacia productiva y el impacto ambiental para elevar la soberanía tecnológica en la actualización del modelo económico, implementadas en la contratación pública al ponderar las normas técnicas ambientales. Como el medio de asegurar la calidad de los bienes y servicios y proteger a los consumidores en el comercio nacional para la aplicación de normas ambientales.

Los retos por vencer por la Administración Pública cubana serán: renovar la industria con tecnologías limpias, potenciar la cultura empresarial, actualizar del ordenamiento jurídico a partir del Derecho de la Empresa, del Derecho del Consumo, de la Contaminación Industrial, del Fomento Ambiental, de la Biodiversidad, de Aguas, de la Salud, y la Penal. Como ponderar a futuro el desarrollo de las Ciencias Ambientales dentro de la Educación Superior con egresados en la gestión ambiental en los perfiles de ingeniero ambiental y licenciado en ciencias ambientales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.,V. *Antología de la Revista Cubana de Derecho Ambiental*. Panorama del Derecho Ambiental Cubano, en CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (compilador). La Habana: Editorial Geotech-CITMA, 2015, p.7 y ss.

AA.,V. *Retos y tendencias del Derecho Ambiental contemporáneo*, en HERNÁNDEZ TORRES, V. (compiladora). La Habana: Editorial ONBC, 2011.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio. *Revista Multiciencias*, no. 3, Venezuela, p.1-27, 2015.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental: regulación en el derecho cubano. *Revista Apuntes de Ciencia & Sociedad*, no. 1. Perú, 2016a.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. El ordenamiento jurídico agroambiental cubano. Una ojeada a partir de la pertinencia de las Ciencias Ambientales en la reforma del modelo económico cubano. *Revista Videre-Dourados*, Brasil, 2016b.

AUDIVERT ARAU, R. *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*. Barcelona: Editorial Cedecs, 2001, p.15-133.

ALENZA GARCÍA, J. Potestad de inspección. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, España, p.1894 y ss., 2010.

ALONSO GARCÍA, E. La participación de individuos en la toma de decisiones sobre el medio ambiente en España. Aspectos constitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 61, p. 49-65, 1989.

ALVES SILVA, L.F. *Derecho Ambiental*. Brasil: Editorial Lumen, 2014.

AFONSO DA SILVA, J. *Direito Ambiental Constitucional*. Brasil: Editorial Método, 2009.

ARIÑO ORTIZ, G. *Principios del Derecho Administrativo Económico*. Granada: Editorial Comares, 1999.

BRAÑES BALLESTEROS, R. *Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental*. PNUMA-ONU, 1^{ra} edición, México, pp.9-114, 2001.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid: Editorial La Ley, 2001.

BELLORIO CLABOT, D. El nuevo paradigma ambiental y jurídico. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Argentina, 2013.

- BERMEJO VERA, J. La Administración Inspectora. *Revista de Administración Pública*, no 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, p.1-20, 1998
- BUSTAMANTE ALSINA, J. *La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea*. Argentina: Editorial Abeledo Perrot S.A, 2008.
- CAFERRATA, N. *Introducción al Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Editorial PNUMA, 2003.
- CAFERRATA, N. *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA, 2013.
- CARMONA LARA, M. *Derechos fundamentales y medio ambiente*. México: Editorial UNAM, 2007.
- CARBALLO PENELA, A. *Ecoetiquetado de bienes y servicios para un desarrollo sostenible*. España: Editorial Aenor, 2010.
- CARABALLO MAQUEIRA, L. El pensamiento ambiental cubano. In: VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora). *Derecho Ambiental Cubano*. 2^{da} edición. La Habana: Editorial Félix Varela, 2007.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad, en el Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. In: ALBO, Ana María Álvarez-Tabío; CORREA, Andry Matilla (coordinadores). *Libro homenaje a Fernando Álvarez Tabío*. Editorial de la Universidad de La Habana, 2010.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. *Necesidades y potencialidades del Derecho Ambiental cubano*. Dirección Jurídica CITMA. Cuba, 2012.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T. El cambio climático. Análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, no. 156, España, p.161-186, 1997.
- COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO. *Nuestro futuro común*. Madrid: Editorial Alianza, 1998.
- CONESA FERNÁNDEZ, V. *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*. 1^{ra} edición. España: Editorial Mundi-Prensa, 2003.
- CUTINI, A. El derecho de información del consumidor ecologista. Etiquetas ecológicas y procedimiento EMAS III. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, no. 26, España, 2014, p.289-312.
- DE BESSA ANTUNES, P. *Derecho Ambiental*. Sao Paulo; Editorial Atlas, 2012.
- DE LA TORRE, I. Fundamentos de la Responsabilidad Social de la Empresa. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, no. 1, Madrid, 2009, p.71-86.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. Administración local y medio ambiente. Funciones, medios y problemas. *Revista de Estudios de la Vida Local*, no. 207, p. 409-454, 1980.
- DE LUCAS, J. El principio de solidaridad como fundamento de derecho al medio ambiente. *REDA*, número 35, España, 1994.
- DIEZ SÁNCHEZ, J. *Función inspectora*. 1^{ra} edición. España: Editorial Instituto de Administración Pública, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. 2^{da} edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- DOPAZO FRAGIO, P. *El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental*. Madrid: Editorial Exlibris, 2001, p. 80-297.

- DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Editorial Fontemoing, 1927.
- ESTEVE PARDO, J. *Derecho del medio ambiente*. 2^{da} edición. España: Editorial Marcial Pons, 2008.
- ESTEVE PARDO, J. De la policía administrativa a la gestión de riesgos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 119, España, 2003.
- ESTEVE PARDO, J. La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible. *Revista de Administración Pública*, no. 149, 1999, p.37-61.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El sistema comunitario de etiquetado ecológico*. España: Universidad de Cádiz, 2013.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. La inspección ambiental. *Revista Medio Ambiente y Administración Local*, España, p. 1-26, 2012.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 21-29.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental. *Revista Derecho Ambiental*, no. 24, España, 2000.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. La inspección ambiental. *Revista Medio Ambiente y Administración Local*. España, 2002, p.1-26.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. *Las auditorías ambientales*. España: Ediciones Tirant lo Blanch, 2008.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental. *Boletín Económico ICE*, no. 2824, España, 2004.
- FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, A. *Ley No. 81 de 1997*. En más de 150 preguntas y respuestas. La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1999.
- FRAJ ANDRÉS, E. *Orientación y marketing medio ambiental: un estudio empírico sobre las razones por las que las empresas desarrollan estrategias medio ambientales*. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Zaragoza, España, 2013.
- GARRIDO FALLA, F.; HERNÁNDEZ MEZA, L. *Inspección y vigilancia, medidas de seguridad y sanciones administrativas*. España: Editorial Lex, 2010.
- GARRIDO FALLA, F. *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*. España: Editorial Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GARCÍA URETA, A. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 35-36.
- GARCÍA URETA, A. *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario*. Fundamentos, sectores de actuación y límites. Madrid: Editorial Iustel, 2008, p. 404-418.
- GARCÍA URETA, A. Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, no. 54, España, p. 1-36, 2016.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. Algunas reflexiones sobre el desarrollo de la gestión ambiental cubana. *Revista Cuba: Medio Ambiente y Desarrollo*, no. 2, La Habana, 2002, p.1-8.
- GARRIDO PEÑA, F. El paradigma ecológico y la crisis de la ideología jurídica moderna. Gerardo

Ruiz-Rico Ruiz (coordinador). *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Universidad de Jaén, España, 1995, p. 15-28.

GARRIGUES, J. *El etiquetado ecológico*. Verde por dentro, verde por fuera. España: Editorial La Ley, 2002, p.17-33.

GÓMEZ OREA, D. Gestión ambiental en la empresa. Responsabilidad de productores y consumidores. *Revista Industria y ecogestión*, España, 2009.

INFORME. 7^{mo} congreso del Partido Comunista de Cuba. Editorial Poligráfico Holguín, Cuba.

JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Editorial José María Bosch, 1995.

JORDANO FRAGA, J. La Administración en el Estado Ambiental de Derecho. *Revista de Administración Pública*, no. 173, España, p. 101-141, 2007.

JORDANA DE POZAS, L. Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, no 5. España. p. 41-54, 1942.

JAQUENOD DE ZSOGÖN, S. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Madrid: Editorial Dykinson, 1991, p. 372 y ss.

KISS, A. *Los principios generales del derecho del medio ambiente*. España: Universidad de Valladolid, 1975.

LAVANDEIRA, X. Cambio climático y políticas impositivas de control. *Revista Universidad de Vigo*, España, p.1-24, 2014.

LEÓN GONZÁLEZ, J. Política y gestión ambiental participativa en Venezuela. *Revista Derecho y Reforma Agraria*, número 37, Mérida, 2011.

LOZANO CUTANDA, B. El futuro de la flor europea: la nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, no. 1, España, p.1-21, 2010.

LOZANO CUTANDA, B. *Tratado de Derecho Ambiental*. España: Editorial CEF, 2014.

LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental Administrativo*. 5^{ta} edición. España: Editorial Dykinson, 2004.

LOPERENA ROTA, D. *Desarrollo sostenible y globalización*. Argentina: Ediciones Thomson-Aranzadi, 2003, p. 3-16.

LOPERENA ROTA, D. *Los principios del Derecho Ambiental*. España: Editorial Civitas, 1998, p. 87 y ss.

LOPERENA ROTA, D. *La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución*. Estudios sobre la Constitución Española, en Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p.1455-1484.

LORENZETTI, R. *Teoría del Derecho Ambiental*. 1^{ra} edición. México: Editorial Porrúa, 2008.

LÓPEZ MENUDO, F. El derecho a la protección del medio ambiente. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 10, España, 1991.

LIBRO VERDE. *Marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 2003.

LIBRO BLANCO EN CIENCIAS AMBIENTALES. *Agencia Nacional de la Calidad y Evaluación*. España, 2004.

MANCINI, M. El bien jurídico protegido en el Derecho Ambiental, en VV. AA., *Tutela Ambiental*, 1ª edición, Editorial Ciudad, Argentina, 2003.

MACHADO, P. *Derecho Ambiental Brasileiro*, 11ª edición, Sao Paulo: Editorial Malheiros, 2003.

MARTÍN MATEO, R. El ambiente como objeto de derecho. *Derecho y Medio Ambiente*, no. 4, España, 1980.

MARTÍN MATEO, R. *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Editorial CEURA, 1985.

MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1ª edición, España: Editorial Trivium, 1991.

MARTÍN MATEO, R. *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*. España: Editorial Trivium, 1994, p.430-435.

MARTÍN MATEO, R. *Derecho Administrativo Ambiental*. 6ª edición. España: Editorial Trivium, 1997.

MARTÍN MATEO, R. Medi ambient i Constitució. María Jesús Montoro Chiner (coordinadora), *Estudis de Dret ambiental, Generalitat de Catalunya-Departament de Medi Ambient*, Barcelona, 1995, p. 11-26.

MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L. *Derechos fundamentales y medio ambiente*. España: Universidad Complutense de Madrid, 2006.

MARQUES DE ALMEIDA, J. Gestión ambiental y auditoría. *Revista Contaduría y Administración*, número 205, México, 2002.

MACERA BERNARD, F. *El deber industrial de respetar el ambiente*. España: Editorial Marcial Pons, 1998.

MATILLA CORREA, A. Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica. *Revista Jurídica*, México, p. 383-449, 2014.

MIRANDA HERNÁNDEZ, G. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. *Revista Cuadernos de Inspección del Territorio*, España, p.1-21, 2012.

MORA RUIZ, M. *La gestión ambiental compartida. Función Pública y Mercado*. España: Editorial Lex Nova, 2007.

MORA RUIZ, M. Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general. *Revista Derecho y Conocimiento*, España, 2012.

MORA RUIZ, M. La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis? *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*. España, 2014.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial. *Revista Indret*, España, p.5-47, 2000.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, no. 12, España, p. 61-96, 1998.

PAREJO ALFONSO, L. *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*. 1ª edición. España: Editorial Tirand lo Blanch, 2015.

PAREJO ALFONSO, L. *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*. España: Editorial Aranzadi, 2013.

PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 5ª edición revisada y actualizada. Valencia: Editorial Tirad lo Blanch, 2012, p. 171 y ss.

PAPA FRANCISCO. *La guerra es la negación de todos los derechos*. ONU. Estados Unidos de América, 2015.

PALOMAR OLMEDA, A. La protección del medio ambiente en materia de aguas. *Revista de Administración Pública*, no. 110, España, 1986.

PEÑA SOLÍS, J. La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica. Manual de Derecho Administrativo. Volumen 3. *Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo*. Venezuela, 2003.

PÉREZ, E. *Gestión Pública ambiental*. Proyecto BID-CONADE, México, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. Artículo 45. Medio ambiente. In: ALZAGA VILLAAMIL, O. (coordinador). *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid: Editorial Edersa, 1984, p.239-279.

PIGRETTI, E. *Derecho Ambiental Profundizado*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2004.

PRIEUR, M. *Droit de l'environnement*. 2ª edición. París: Editorial Dalloz, 1991.

PNUMA. *El constitucionalismo en América Latina con la práctica democrática y la participación ciudadana*. 2013.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. *El control jurídico del medio ambiente a través del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios*. España: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Toledo, 2013.

REY SANTOS, O. Sobre los Instrumentos de la gestión ambiental. In: VIAMONTES GUILBEAUX, E. (coordinadora). *Derecho Ambiental Cubano*. 2ª edición. La Habana: Editorial Félix Varela, 2007, p. 172.

REY SANTOS, O. Derecho Ambiental y cambio climático: una relación en evolución, *Temas emergentes y tendencias actuales del Derecho Ambiental*. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba - Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, 2007.

REBOLLO PUIG, M. La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, no. 54, España, 1999.

REBOLLO PUIG, M. *La actividad inspectora*. España: Editorial Iustel, 2011.

RIVERO ORTEGA, R. *El Estado vigilante*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.79-85.

RINALDI, G. Estudios sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y Caribeño. In: PNUMA. *El constitucionalismo en América Latina con la práctica democrática y la participación ciudadana*. 2013.

SANZ LARRUGA, F. Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible. In: *VI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo*, Palma de Mallorca, 2011.

SANZ RUBIALS, I. *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*. España: Editorial Marcial Pons, 2000, p. 7-19.

SANZ RUBIALS, I. *Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de*

emisiones. España: Ediciones Tirant Lo Blanch, 2014.

SANZ RUBIALS, I. Principio de legalidad y potestad sancionado en la Administración Local. *Revista de estudios de Administración Local y Autonómica*, no.264, España, 1994.

SANZ RUBIALES, I. *El mercado de los derechos a contaminar*. España: Editorial Lex Nova, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, M. El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. *Revista de Administración Pública*, no. 137, p. 31-55, 1995.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: EditorialCEC, 1980.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*. 6ª edición. España: Editorial Tecnos, 2010.

SANTOLAYA MACHETTI, P. *Descentralización y Cooperación*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1984.

SORIANO GARCÍA, J. *El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI*. España: Editorial Aranzadi, 2011, p. 1-29.

STERN, N. *La verdad del cambio climático*. Trad. de Albino Santos. Barcelona: Editorial Paidós, 2007.

TOLEDANO CORDERO, D. *El derecho al disfrute de un medio ambiente sano. Reconocimiento constitucional y formas de garantía*. Cuba: Universidad de La Habana, 2012.

VAN LEEUWEN, S. El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI. *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, volumen 30, no. 1, Estados Unidos de América, 2013.

VILLAR PALASÍ, J. Poder de Policía y Precio Justo. El problema de las tasas del mercado. *Revista de Derecho Público*, no. 48, España. p. 11-83, 1991.

VILLAVELLA ARMENGOL, C. Los derechos humanos y el medio ambiente su tratamiento en el Derecho Constitucional comparado. *Revista electrónica de estudios jurídicos CUBALEX*, La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2011, p.1-10.

Recebido em: 01/10/2016

Aprovado em: 08/11/2016

A PRESCRIÇÃO VIRTUAL SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

THE VIRTUAL LIMITATION DEMOCRATIC STATE AND PRESUMPTION OF NO CULPABILITY PRINCIPLE

INGRID PAULA GONZAGA E CASTRO 1

LARISSA FALEIRO SOUSA 2

RESUMO: A abundante quantidade de ações em tramitação sem que possa ser visualizada uma resposta breve constitui um dado alarmante à sociedade que vê um empecilho em exercer o seu direito de ação. No presente artigo discute-se sobre a aplicabilidade da prescrição virtual no Estado Democrático. Para tanto, serão apresentados alguns conceitos de prescrição virtual e explorada a origem desse instituto. Somado a isso, alguns obstáculos à sua utilização prática serão apresentados, já que o tema provoca celeuma no cenário jurídico atual, entre esses óbices são examinados alguns princípios constitucionais, dentre os quais: o princípio da não culpabilidade, devido processo legal e economia processual. Deste modo, o escopo deste artigo é o aprofundamento do estudo de uma modalidade de extinção de punibilidade que padece de positivação e merece ser vista com cautela, já que a prescrição virtual pode extirpar das prateleiras ações que dado o grande lapso temporal não importarão em nenhuma consequência jurídica. O estudo será ampliado mediante a apreciação dos posicionamentos dos tribunais superiores no que se refere à aplicação da prescrição em comento. Por meio deste estudo verifica-se que a prescrição virtual pode ser utilizada para impedir que processos infrutíferos continuem tramitando inutilmente e consequentemente onerando o Estado.

Palavras-chave: Estado Democrático; Prescrição virtual; Princípios constitucionais; Tribunais superiores.

ABSTRACT: The abundant amount of shares being processed without a brief response can be displayed is an alarming society that sees an obstacle to exercise their right of action. In this article we discuss the applicability of virtual prescription in a democratic state. For this, we present some virtual prescription concepts and explored the origin of this institute. Added to this, some obstacles to practical use will be presented as the theme causes a stir in the current legal scenario, between these obstacles examines some constitutional principles, among them: the principle of no guilt, because legal and procedural economy process. Thus, the scope of this article is to study the deepening of criminality extinguishing mode that suffers from positivation and should be viewed with caution, since the virtual prescription can extirpate the shelves actions that given the large time gap will not matter in any legal consequence. The study will be expanded by assessing the positions of the Superior Courts in relation to its application of the limitation period under discussion. Through this study it appears that the virtual prescription may be used to prevent fruitless processes continue being processed and thus unnecessarily burdening the state.

Keywords: Democratic State; Virtual prescription; Constitutional principles; Superior court.

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Professora da Especialização em Direito na Faculdade de Montes Belos/Goias (FMB-GO). Professora de Mediação e Conciliação Judicial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E-mail: ipgcastro@tjgo.jus.br

2 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Goiás (Uni-Anhanguera). Mediadora Judicial. E-mail: larissafaleirosousa@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o sistema judiciário brasileiro tem chamado a atenção dos cidadãos no que se refere à sua morosidade em conceder a prestação jurisdicional. Em meio a essa situação, métodos alternativos de solução de conflitos bem como mecanismos que atenuem a espera pela efetiva proteção e prestação do direito estão em destaque e constituem, principalmente, um objetivo dos órgãos estatais.

Sob esse prisma, será tratado acerca da prescrição virtual sob o enfoque da problemática que envolve sua aplicabilidade no Poder Judiciário brasileiro. Isso porque, os tribunais superiores são contrários ao seu emprego sob o argumento de que configuraria violação ao princípio da presunção da não culpabilidade. De outra sorte, há aqueles que defendem sua aplicabilidade sob o prisma do princípio da economia processual que decorre do devido processo legal.

Deste modo, o objetivo do presente estudo foi analisar a viabilidade da prescrição virtual em um cenário jurídico abarrotado de mecanismos burocratizados, e sobretudo, refém de leis obsoletas, a fim de que possa ao final, verificar se quando da sua aplicação possa existir violação ao princípio da presunção da não culpabilidade ou devido processo legal. Além disso, dado a importância e hierarquia dos tribunais superiores o tema foi estudado à luz do entendimento destes órgãos.

A escolha do tema reside na importância de se aplicar o princípio da celeridade e economia processual ao processo penal, com o fito de se evitar o trâmite de processos fadados ao insucesso, tendo em vista que a demora na prestação jurisdicional, além de causar onerosidade ao Estado, é prejudicial ao réu que sofre os dissabores de uma tramitação processual que fora por vezes desnecessária.

Nesse diapasão, a prescrição penal constitui causa de extinção de punibilidade prevista no artigo 107, V do Código Penal. Assim, existem quatro modalidades deste instituto quais sejam: em abstrato; superveniente ou intercorrente; retroativa e virtual.

Importante destacar que prescrição virtual constitui criação doutrinária e jurisprudencial, portanto, não está positivada. Teve seu surgimento nos Tribunais de Alçada de São Paulo e desde então não foi bem recepcionada por diversos juristas e tribunais, sob o argumento de que a sua aplicação ofende vários princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo penal.

Assim, este artigo se reserva a explorar com mais cautela uma forma de extinção de punibilidade que padece de positivação. O crescente aumento de demandas no Judiciário tem contribuído para que processos fiquem parados por anos, sem qualquer diligência. Essa inércia é temerária já que provoca insegurança aos cidadãos que convivem com a impunidade, bem como ao réu que sofre os dissabores de um processo que já deveria ter sido arquivado.

Neste ínterim, a prescrição virtual pode solucionar expressivamente o problema da morosidade na concessão da prestação jurisdicional. Essa espécie de prescrição, como se verá adiante, não fomenta a “política da impunidade”, de outro modo, tenta abolir resquícios do Direito Penal do Inimigo de uma sociedade que pune aquele que já está absolvido pela lei.

2. PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição no direito penal constitui matéria de ordem pública e materializa um direito público do réu, que não foi processado em tempo hábil que ensejasse uma condenação. Ela tem natureza jurídica material já que está intrinsecamente relacionada ao poder-dever de punir do Estado.

O direito penal subjetivo, ou seja, o *jus puniendi* pode ser dividido em abstrato e concreto. O *jus puniendi* é abstrato quando exige que o Direito Penal Objetivo não seja violado, sob pena de aplicação de uma sanção penal (pena ou medida de segurança) conforme a adoção pelo Brasil do Sistema Vicariante de aplicação de pena. De outra sorte, será concreto quando o Estado usa sua legitimidade para aplicar a sanção prevista na norma incriminadora ao autor da infração penal.

Ao longo da evolução do direito penal várias teorias foram criadas com o fito de fundamentar a existência da prescrição.

A Teoria Psicológica (ALMEIDA, 2011, p.11) determina que o decurso do tempo elimina o nexo psicológico entre o fato e o agente. Dentre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal percebe-se que há como finalidade a reprovação pela prática do crime, de forma que o transcurso do tempo faz com que o elo entre o fato típico e o agente seja rompido, de forma que o caráter retributivo perde o seu sentido.

Para a Teoria da Prova (ALMEIDA, 2011, p.11) o decurso do tempo prejudica a colheita de provas, seja testemunhal ou pericial, pois as lembranças e documentos acerca dos fatos ocorridos podem ser extintos ou alterados.

A Teoria da Coerção (ALMEIDA, 2011, p.12) supõe que durante o decurso do tempo o agente esteja se corrigindo diariamente, razão pela qual a aplicação da pena seria inútil.

Já Teoria do Esquecimento (ALMEIDA, 2011, p.12) estabelece que o lapso temporal faz com que a sociedade esqueça dos delitos que foram praticados. Um dos objetivos da sanção penal consiste em manter o equilíbrio social. Para esta teoria, quanto maior a gravidade do delito maior deve ser o prazo prescricional.

A Teoria da Readaptação Social (ALMEIDA, 2011, p.12) presume que a ausência de novos crimes configura readaptação social e sendo a reinserção social um dos fundamentos da aplicação da pena, não haveria justificativa para impor a sanção penal.

Nesse diapasão, a prescrição tem basicamente três fundamentos, quais sejam: decurso do tempo, correção do condenado e negligência da autoridade.

O decurso do tempo constitui um grande fundamento para a prescrição, haja vista que com o passar dos anos o Estado encontra muita dificuldade para apurar o fato considerando que a acessibilidade às provas fica mais comprometida conforme se depreende do estudo da Teoria da Prova.

Além disso, o grande lapso temporal sem que o réu cometa uma nova infração presume a reintegração social do agente, e sabendo que uma das funções da pena é a reintegração social, não haveria justificativa em sancioná-lo. Por fim, a prescrição castiga a negligência da autoridade para que a inércia dos órgãos estatais seja combatida.

Sob esses preceitos, a prescrição virtual veio para corresponder os anseios hodiernos de uma prestação jurisdicional mais célere. Assim, antes de se estudar, efetivamente, este instituto e sua aplicação, faz-se mister definir a prescrição hipotética para que a sua compreensão torne mais exitosa.

Deste modo, torna-se imperiosa a citação de alguns conceitos, acerca do tema retro citado.

Capez (2004, p.551), a define como sendo: “A prescrição reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz no momento futuro da condenação”.

Nesse ínterim, vê-se que a declaração de prescrição virtual trabalha com uma pena hipotética que seria aplicada ao réu.

Sob a mesma linha de raciocínio, Lozano (2002, p. 181):

Consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa, e no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação trata a lume um prazo prescricional já decorrido.

Ainda, a prescrição virtual pode ser entendida como aquela que é reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia, tendo por base a suposta pena em concreto que seria fixada na sentença pelo magistrado. (TARTUCE, 1995, p.113-114)

Importante destacar que tais conceitos foram elaborados antes do advento da Lei n. 12.234 de 2010, quando ainda era possível o reconhecimento da prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Todavia, conforme alteração contida no parágrafo primeiro do art. 110 do Código Penal em nenhuma hipótese a prescrição terá seu termo inicial antes do recebimento das peças inaugurais penais.

O objeto prescrição hipotética é trabalhar sempre com uma pena base que, provavelmente, seria imposta ao réu no caso de uma futura condenação. Assim, o magistrado deverá fazer uma análise minuciosa sobre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao réu, em respeito ao artigo 59 do Código Penal.

O instituto em análise configura uma forma de inibir um trabalho em vão, ou seja, um trabalho que não terá finalidade alguma. É sobretudo uma forma de se evitar uma atividade completamente infrutífera.

Ela, portanto, é aquela decretada com base na perspectiva de que no caso de condenação, fatalmente ocorrerá a prescrição retroativa. (BARROS, 2011, p. 639)

Deste modo, é possível a formação de um conceito compactado de prescrição virtual, tendo como alicerce os ensinamentos dos doutrinadores anteriormente citados. Assim, a prescrição virtual pode ser conceituada como: Modalidade prescricional inclusa no estudo do direito penal que permite ao juiz extinguir a punibilidade do acusado, antes de sentenciá-lo, tendo por base a pena que seria virtualmente aplicada ao réu.

O seu nascedouro foi os Tribunais de Alçada de São Paulo a partir dos anos 90 e, desde então, despertou uma celeuma infundável no cenário jurídico, de posicionamentos contrários e favoráveis à sua aplicação.

Baltazar (2003, p.105), traz em sua obra um breve histórico a respeito do nascedouro da prescrição em comento digno de ser transcrito:

[...] Por outro lado, nossa legislação processual penal contém uma excessiva dose de formalismo, também responsável pela morosidade no desencadeamento da *persecutio criminis*. Essas situações, inexoravelmente, levam ao retardamento do processo, de maneira que, após a condenação, já ocorrera o prazo prescricional retroativo, ou seja, o réu foi punido no papel, mas não na prática, pois a prescrição retroativa anula todos os efeitos, principais e acessórios da sentença. É muito comum ainda, e cada vez mais, vem ocorrer situação em que processos, mesmo antes de findados, já indicam a inequívoca existência futura de prescrição. Em resumo, o Estado movimentou a máquina judiciária por um período prolongado, com dispêndio financeiro considerável, entretanto não conseguiu impor uma punição concreta ao autor do delito. Em razão desse quadro, surgiu uma corrente, na doutrina e jurisprudência, defendendo a tese de uma e outra modalidade de prescrição, oriunda da prescrição retroativa: a chamada prescrição antecipada, com o objetivo de se evitarem tramitação processual desnecessária e julgamentos inúteis.

Importante notar na súmula editada pelo Tribunal da Cidadania, que a sustentação para a inviabilidade da aplicação da prescrição em perspectiva reside, principalmente, no fato de ausência de previsão legal, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal*. Trata-se, ademais, de instituto repudiado

pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. 2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC: 18569 MG 2005/0180807-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2008).

Deste modo, a prescrição antecipada não tem respaldo legal, além de ser rechaçada pela maioria dos tribunais superiores. Trata-se, portanto, de uma construção dos estudiosos do direito, que se concretiza na doutrina e em algumas jurisprudências.

Com efeito, um exemplo de aplicação da prescrição em perspectiva pode materializar o que foi esboçado até o momento. Assim, suponha-se, hipoteticamente, um acusado de lesões corporais leves cujo crime tenha se consumado em 05 de outubro de 2010, com denúncia recebida em 05 de novembro de 2011. Imagine-se que em dezembro de 2014 o processo ainda esteja em fase de instrução. A prescrição punitiva propriamente dita, que toma por base a pena abstrata, ainda não ocorreu, porque no caso prazo prescricional é de quatro anos. Todavia, o juiz percebendo a primariedade do réu verifica que no caso de condenação ele jamais alcançaria a pena máxima de um ano.

O raciocínio do magistrado é de que a pena será inferior a um ano, de forma que no momento em que a sentença for prolatada, fatalmente deverá ser extinta a punibilidade por ocorrência da prescrição. Deste modo, tendo em vista que entre o recebimento da denúncia e o estágio atual do processo decorreu um período superior a três anos, o juiz antecipadamente decreta a prescrição.

Certamente, se esse caso fosse resolvido à luz das normas do ordenamento jurídico penal, dever-se-ia aguardar todo o desenrolar do processo para somente no momento ulterior, qual seja a sentença, declarar a extinção da punibilidade do agente.

Fato esse que, evidentemente, poderia ser evitado garantindo-se o direito do cidadão ao devido processo legal em tempo hábil para que efetivamente, a prestação jurisdicional seja alcançada.

3. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Importante analisar os aspectos constitucionais da aplicação da prescrição virtual, protuberantemente, sob o enfoque do princípio da presunção da não culpabilidade e do devido processo legal.

O Estado Democrático se reveste de princípios que norteiam a atuação estatal e delimitam, principalmente, a prática jurisdicional a fim de evitar injustiças sociais. Deste modo, as normas devem ser um reflexo dos preceitos constitucionais e de forma alguma podem macular a aplicação desses preceitos.

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil elenca diversas garantias que são prerrogativas atribuídas aos particulares em face do Estado, tais como a vida, igualdade, propriedade, liberdade, etc. A presunção da não culpabilidade está disciplinada no inciso LVII do referido artigo, e garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal preceito tem duas vertentes: o primeiro está intrinsecamente adstrito à prova, pois cabe ao polo acusatório o ônus de prova quanto a existência do fato e da autoria e a segunda vertente é relativa a impossibilidade de adoção de medidas restritivas ao acusado quando do curso do processo penal quando fundamentadas tão somente na necessidade de condenação.

Mendes (2013, p. 519) sob o princípio em comento:

Enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração Universal de Direitos do Humanos, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, por meio da cláusula constante do artigo 153, § 36 da Constituição de 1967/69.

O princípio da presunção da não culpabilidade é fruto de uma importante revolução ocorrida há séculos, que teve como principais expoentes *Rousseau*, *Montesquieu*, *Beccaria* e *Voltaire*. Tourinho Filho (2009, p. 220), em sua obra, remonta os momentos históricos acerca das ocasiões que culminaram na evolução do instituto da presunção da não culpabilidade:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige” (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106).

Desta forma, garante-se ao réu a presunção da não culpabilidade até que uma sentença transitada em julgado o declare condenado, sujeitando-o às normas insculpidas no Código Penal. De modo que este princípio tende a impossibilitar qualquer efeito inerente à uma futura condenação.

Não obstante, recentemente no julgamento do HC 126.292, o STF acabou por mitigar o princípio da presunção da não culpabilidade, de forma a esboçar entendimento no sentido de que a pena poderá ser cumprida após decisão de julgamento em segunda instância, ou seja, não há necessidade de o processo ser julgado no STJ ou no STF.

Essa mudança jurisprudencial ocorreu porque o Pretório Excelso entendeu que as cortes superiores são restritas à análise da legalidade/constitucionalidade das normas, de forma que a materialidade delituosa e mesmo autoria já são questionadas em primeiro grau até o julgamento da decisão em segunda instância.

Nesse lume, os opositores entendem que a prescrição antecipada presume um estado de culpabilidade que não tem nenhuma existência e tampouco fundamento processual. Assim, tal modalidade prescricional anteveria um responsável pela infração penal, sem lhe dar o direito de provar o contrário.

Embora despicendo ressaltar, a prescrição não declara o réu culpado, de outro modo, extingue a punibilidade que a ele seria aplicada. Evidentemente, quando da declaração da prescrição penal é evidente que o fato fora típico, ilícito e culpável, entretanto, devido ao lapso temporal a pena não poderia ser aplicada.

Destarte, conforme entendimento dos tribunais superiores, a prescrição virtual viola o princípio da inocência tendo em vista que não se respeita o devido processo legal, já que, cabe ao réu durante a marcha processual provar a sua inocência, esse direito seria então mitigado para que antes mesmo da instrução criminal o magistrado declarasse a perda do *jus puniendi* estatal.

A par disso, importante se faz a transcrição de um trecho do parecer do Procurador de Justiça Félix Fischer:

As hipóteses de prescrição integram um rol de tipologia fechada. Assim, a denominada prescrição retroativa só pode ser reconhecida existindo um referencial, qual seja uma decisão concreta, e não um mero prognóstico. Em primeiro lugar, uma coisa leva à outra. Qual será o próximo passo do eufórico pragmatismo? Julgar, via de seleção de casos, só as infrações penais mais graves, tornando letra morta todas as demais normas incriminadoras? Queremos crer, concessa vênua, que isto, *ex hypothesis*, poderia acontecer e seria caos! (AMORIM, 2005, p.2).

Com feito, há quem entenda também que a aplicação da prescrição virtual viola o princípio da razoabilidade. Assim Nunes (2002, p. 9-11) destaca que:

Dentro do atual contexto de evolução da ciência jurídica, identifica-se um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com o início de uma fase onde se desponha a normatização de postulados. Nessa incipiente era, os operadores do direito extraem princípios do ordenamento jurídico enquanto todo harmônico, imputando-lhes densidade normativa, a fim de aplicá-los no deslinde de questões desprovidas de solução.

A corrente majoritária defende que o réu tem direito a uma sentença de mérito, que é proferida após a sua tentativa de convencer o juiz da sua inocência, para que exista uma possibilidade de absolvição.

A adoção desta nova modalidade prescricional pressupõe que o juiz fixará a pena base do réu tendo como pressuposto apenas o que foi colhido na fase inquisitorial e o que pôde ser apresentado durante a instrução probatória.

Diante disso, haveria suposta violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois não seria possível que o magistrado previsse se a sentença seria ou não condenatória, sendo que a adoção da prescrição virtual resultaria em uma prévia condenação do agente onde não foi oportuni-zado momento para reação da defesa.

Tal fato para a corrente majoritária representa uma verdadeira afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que durante a instrução probatória o juiz pode dar nova definição jurídica ao fato apresentado (*emendatio libelli*), ou ainda durante a instrução pode ficar comprovado que ocorreu um fato diverso daquele narrado na exordial (*muttacio libelli*) o que teria como consequência uma pena mais gravosa e, evidentemente, reflexos na prescrição.

O processo deve ser desenvolvido em todas as suas etapas já que a condenação não poderia ser aceita pela parte como uma verdadeira declaração de culpabilidade. Sob esse aspecto, só a sentença gera o *status* de condenado, por isso há um obstáculo constitucional que não permite reconhecer a prescrição antecipada, já que ela se baseia em dado aleatório. (MORRONE, 2003, p.110)

A ideia de que a prescrição penal antecipada viola o princípio da presunção da não culpabilidade foi inclusive utilizada em julgado no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, senão vejamos:

Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência de prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais a ampla defesa e da presunção de inocência. A prescrição antecipada, ainda que sob a agilização da Justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito, na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer de uma sentença condenatória. (2º Câmara Criminal-RSE26012-0-Rél. Des. Plínio Cachuba- Acórdão de 01.04.1993- RT 701/3060).

No mesmo sentido, tem-se importante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

A prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado da sentença condenatória, ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser aceita pela parte. Urge desenvolver um processo em todas as suas etapas. Só a sentença gera o *status* de condenado. Impor-se-iam, ademais todas as consequências, de que são exemplos configuração de antecedente penal e título executório no cível. Insta-se inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal. (6º Turma- RHC 2.926-9- Ministro Vicente Cernicchiaro- Acórdão de 17.08.1993- DJU de 28.02.1994).

Noutro giro, para Souza (2004, p.114) o argumento de que a prescrição antecipada viola tal princípio não merece destaque, isso porque:

[...] a sentença que virtualmente se trabalha para reconhecer-se a prescrição antecipada é a condenatória, mas isso não implica dizer que houve o seu real conhecimento. Não há que se falar em condenação e posterior extinção de punibilidade. Ao contrário, não há que se falar nem sentença, muito menos em sentença condenatória. A carência da ação, como dito no capítulo pertinente, impossibilita o ajuizamento de qualquer ação e a realização da persecução penal.

Somado a isso, não há qualquer óbice que o juiz analisando as circunstâncias do caso em concreto e verificando que provavelmente, quando da sentença a punibilidade do agente estará extinta, consulte a defesa para verificar se haverá interesse no prosseguimento do feito. (TOURINHO FILHO, 2009, p.595).

O fato de o juiz possuir elementos suficientes para analisar a pena hipotética foi utilizado pela 7ª Câmara Criminal do TJ/RS para permitir a aplicação da prescrição antecipada, vejamos:

[...] Princípio de direito administrativo, voltado para a necessidade de boa aplicação do direito público, recomenda que não seja instaurada a ação penal, por falta de interesse de agir, quando, em razão da *própria pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo Juiz, a partir das considerações inerentes ao art. 59 do CP*, for possível a percepção de que a sentença, se condenatória, não se revestiria de força executória, em face das regras que regulam a prescrição. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antônio Paganella Boschi – RSE nº 70001569318, j. 02/08/2001).

Sob o entendimento de que o réu tem o direito subjetivo a uma sentença de mérito, o Tribunal de Justiça do Paraná não reconheceu a ocorrência da prescrição retroativa antecipada:

Recurso em sentido estrito. Lesões corporais graves. Prescrição decretada antes de proferida a sentença condenatória. Ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e presunção de inocência. Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. A decretação antecipada, ainda que sob a justificativa de agilização da justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da sentença condenatória. Recurso provido para anular a decisão e ordenar que a ação penal prossiga em seus ulteriores termos, na forma prevista em lei. (Tribunal de Justiça do Paraná – 2ª Câmara Criminal – SER 026012000 – Rel. Des. Plínio Cachuba – Acórdão de 01.04.1993).

Nessa acepção, o princípio da presunção da não culpabilidade pode ser entendido como obstáculo a utilização da prescrição hipotética, já que o processo não será desenvolvido em todas as suas fases para que a acusação demonstre a culpabilidade do réu. Todavia, há quem defenda que não haveria qualquer objeção quando da materialização da prescrição virtual haja vista que a sentença que a declara não tem o condão de condenar e tampouco traz desvantagens para o réu.

Não obstante, os sujeitos processuais bem como os doutrinadores não podem se ver engessados pela vigência de norma retrógradas. O direito tem um fim social e almeja a justiça, interromper esse raciocínio pode ser prejudicial para as partes.

4. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Como é cediço, os direitos fundamentais passaram por diversas modificações. Com o escopo de ilustrar tal processo, Karel Vasak intitula a evolução desses direitos como “gerações”, sendo deno-

minadas direitos de primeira geração, segunda geração, terceira geração e quarta geração.

Não obstante, o termo gerações pressupõe que uma se sobrepõe a outra, quando na realidade não é isso que acontece, ao contrário, existe uma ideia de complementariedade, já que existe um caráter cumulativo, de forma que melhor seria empregar o termo dimensões dos direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 27)

O devido processo legal está presente na primeira dimensão, já que os direitos desta categoria representam uma abstenção por parte dos poderes públicos, representando, portanto, eficácia vertical dos Direitos Fundamentais de forma a impedir a arbitrariedade por parte do Estado no curso do processo penal. Corolário a esse princípio é o contraditório e a ampla defesa.

Conforme Silva (2002, p.167), o primeiro país do mundo a inserir “normas denominadas garantistas” em sua constituição foi o Brasil, sendo que tal fato ocorreu na Constituição de 1824, sob a qual o Estado e até mesmo a sociedade tinham o dever de respeitar os direitos individuais.

Assim, a República Federativa do Brasil elenca na sua atual Constituição, diversos fundamentos, que estão disciplinadas logo no primeiro artigo constitucional, fato que denota a sua importância e observância sobre todas as normas prescritas no prosseguimento do Texto Maior.

Dentre os fundamentos constantes no artigo primeiro, a dignidade da pessoa humana (inciso III) concede unidade às garantias fundamentais e tem como principal objetivo afastar a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado em detrimento da liberdade individual. (MORAES, 2009, p.21)

O devido processo legal nasce como um direito do indivíduo a fim de assegurar que a dignidade da pessoa humana seja observada em todas as esferas da vida, além disso corrobora com os preceitos do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e de diversos direitos, sobretudo, inerentes ao processo.

A incorporação da garantia do devido processo legal, de forma expressa no texto constitucional de 1988, juntamente a outras garantias específicas que também estão prescritas na lei, acabou por criar uma situação de superafetação. (TUCCI, 2004, p.84)

O devido processo legal engloba diversas garantias inerentes ao processo, mormente, a sua tramitação sem protelações, de modo a garantir que a resposta jurisdicional seja célere e passível de cumprimento. Assim, decorre do devido processo legal o princípio da economia processual.

A EC n. 45/2004 de modo a ampliar os direitos e garantias fundamentais acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXVIII que estabelece a todos, seja no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo bem como os meios que possam garantir a celeridade da sua tramitação.

O princípio da economia processual tem por escopo fazer com que a legislação processual ofereça soluções que colocam fim a burocratização dos processos, de modo a simplificar o trâmite processual, para que a garantia de celeridade seja aplicada.

O processo e todo o seu transcurso abarcam uma finalidade e para que haja, de fato, uma prestação jurisdicional justa deve-se romper vínculos com tudo aquilo que tende a tornar o processo mais demorado e dispendioso, a “desburocratização” deve ser, inegavelmente, um objetivo do Brasil até mesmo para que o Judiciário seja inafastável e a sociedade consiga alcançar os seus direitos. (GRINOVER, *apud* LENZA, 2015, p.1235).

Mendes (2013, p.529) afirma que:

o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça.

Traçando uma linha comparativa, há quem defenda que a prescrição hipotética é uma afronta ao devido processo legal, eis que não são cumpridas todas as fases processuais que seriam neces-

sárias, protuberantemente, quando se trata de um processo penal.

Não obstante, a prescrição virtual não foi criada para atropelar procedimentos legais necessários. De outro modo, aborta processos que são por si só natimortos.

Noutro giro, Jawsnicker (2009, p.114) afirma que a prescrição virtual não viola o princípio do devido processo legal eis que a sentença que declara a ocorrência de extinção de punibilidade pela prescrição em perspectiva livra o réu de um processo sem justa causa e tampouco resulta em constrição dos seus bens ou direitos.

A demora na solução do litígio é prejudicial a todos os litigantes, já que tanto o autor como o réu sofrem um prolongamento injustificado da lide. Tal fato ficou denominado na doutrina italiana de dano marginal, ou seja, um dano que os litigantes sofrem em razão da deficiência na tramitação dos processos. Sob esse aspecto Cabral (2013, p.75).

Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um 'dano marginal', na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiência na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido.

É evidente que a demora na prestação jurisdicional é desvantajosa para o réu que sofre os dessabores de um processo criminal e também para a vítima que anseia por justiça.

Os recursos empreendidos nos processos inegavelmente inúteis não podem ser tolerados pela sociedade. Assim, há duas vertentes: a reformulação da ideia de prescrição retroativa, que ainda é utilizada, ou impedir que pretensões natimortas preenchem o espaço de processos que possam gerar alguma consequência. (SOUZA, 1992, p.437).

Machado (1994, p. 432-433) entende que manter um processo penal sabendo-se que a final o *jus puniendi* não poderá ser exercido em consequência da desídia estatal ofende frontalmente os postulados do Estado Democrático, precipuamente, a dignidade da pessoa humana, vejamos:

Pela perda do valor simbólico do fato cometido e de sua consequente penalização pelo transcurso do tempo, materializado pelo desaparecimento da necessidade da pena, qualquer processo penal em trâmite ou futura imposição de condenação que não redundará na efetiva aplicada da lei penal constitui atente à dignidade humana.

Um importante desdobramento do devido processo legal é o princípio constitucional da economia processual. O seu objetivo é alcançar o máximo de resultado com o menor dispêndio possível por meio de uma razoável duração do processo. Não obstante, como é cediço não se pode lançar mão desse princípio para justificar a supressão de procedimentos imprescindíveis do processo penal.

Deste modo, o andamento processual célere produz impactos positivos tanto para as partes que estão envolvidas no conflito, como as varas que ganham um aprimoramento na prestação jurisdicional, na tentativa de diminuir a impunidade. Assim, a duração razoável do processo emana da instrumentalidade dos atos e sua conclusão eficiente. (NUCCI, 2012, p.114).

O princípio em comento se reveste de grande importância no cenário jurídico atual, na medida em que inibe que a morosidade da prestação jurisdicional.

Assim, tal instituto tem como escopo buscar uma maior efetividade na prestação jurisdicional de forma menos onerosa possível. A par disso, a prescrição virtual vai ao encontro desse princípio já que obsta o prosseguimento de uma ação penal já fadada ao insucesso, eis que ao final do toda a prestação jurisdicional o réu terá declarada a extinção da punibilidade. Seria um desperdício temporal, portanto, submeter alguém a um processo criminal para ao final ser declarada a prescrição.

A prescrição antecipada tem como fundamento o princípio da economia processual tendo em vista que seria inútil movimentar a máquina jurisdicional com processos que já nasceram fadados ao insucesso, e nos quais diante de condenação reconhece-se que o Estado não tem mais o poder de puni-lo decretando fatalmente a prescrição. (CAPEZ, 2007, p.587).

Em conformidade com esse entendimento, a prescrição antecipada pode ser entendida como a materialização da economia processual no processo penal, que beneficia o Estado e a parte.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região utilizou a prescrição hipotética sob o argumento da adoção do princípio da instrumentalidade, veja:

Como regra, não se pode chancelar a decretação da prescrição em concreto com base na pena que futuramente iria ser aplicada ao acusado, já que essa modalidade é estranha ao Direito Penal pátrio. No caso concreto, ainda que típica a conduta, tendo em vista as peculiaridades presentes, deve-se reconhecer esta modalidade de prescrição, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo (Tribunal Regional Federal – 4ª Região – 8ª Turma – RSE 199.70.01.008573/5 – Rel. Juiz Wolkmer de Castilho – Acórdão de 07.10.21002 – DJU de 16.10.2002, p. 825)

A efetividade do Poder Judiciário está atrelada à rápida solução das lides ajuizadas, de modo que o oferecimento de uma justiça confiável é uma grande preocupação do Estado Democrático. Sabe-se que, não obstante, diversas tentativas de massacrar o Direito Penal do Inimigo ainda existem ranços que afetam diretamente as garantias processuais de um Estado de Direito.

5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, sendo classificado pelo artigo 102 da CF como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme lição de Bulos (2012, p.175) “O Supremo Tribunal Federal foi criado para ser inacessível às influências da desordem, das paixões, dos interesses e das inclinações corruptíveis”.

Deste modo, o Pretório Excelso se ampara na legalidade, sendo que suas decisões consubstanciam essa vertente.

Sob esse enfoque, a jurisprudência do STF sempre rechaçou a aplicabilidade da prescrição antecipada sob o argumento de que tal instituto fere o princípio da legalidade, bem como, diversos princípios constitucionais, à guisa dos supracitados, já que não há previsão desta modalidade no Código Penal.

Nessa senda, o Ministro Ricardo Lewandowski já se posicionou sobre o tema quando do julgamento do HC 94.338/PR em 31.03.2009, ao afirmar que não se admite a chamada prescrição antecipada por ausência de previsão legal.

Assim, a jurisprudência da Suprema Corte tem sido unânime, conforme se depreende da leitura abaixo:

HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. ORDEM DENE- GADA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se contrariamente à tese da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva. Precedentes (HC 96.653, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe de 23.10.2009; RHC 94.757, rel. min. Cármen Lúcia, DJe-206 de 31.10.2008; Inq 1.070, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.07.2005; HC 83.458, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 06.02.2004; e HC 82.155, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 07.03.2003). Ordem denegada. (STF - HC: 96953 TO, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 28/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-02 PP-00316).

O posicionamento do STF tem como fundamento a ausência de previsão legal, ou seja, não há no artigo 107 do Código Penal a figura da prescrição em comento como modalidade de extinção da punibilidade e, deste modo, o instituto padece de legalidade.

Noutro vértice, este argumento de previsibilidade legal não pode ser acolhido já que configuraria um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com início de uma fase onde desponta a normatização de postulados. (JAWSNICKER, 2009, p.114).

Ademais, a ofensa ao princípio da legalidade padece de fundamentação quando se invoca o artigo 395, III do Código de Processo Penal que permite a rejeição da denúncia quando não há o preenchimento de todas as condições da ação. Nesse sentido, ensina Carlos Maximiliano (2005, p.241):

[...] deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconvenientes, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis [...] a exegese de que resulte eficiente a providência legal ao válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e este, juridicamente nulo.

Não só o STF se mantém desfavorável à aplicação da prescrição ficta, os tribunais superiores comungam do mesmo entendimento, de modo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 438 que prescreve: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Ainda, quando do julgamento do RHC n. 18.569, a Sexta Turma do Tribunal da Cidadania destacou que é inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Conforme orientação dos ministros trata-se de instituto repudiado pela jurisprudência da Corte do STJ e do Supremo Tribunal Federal, já que viola o princípio da presunção da não culpabilidade e da individualização da pena. Em um de seus julgamentos, tal entendimento ficou notadamente identificado conforme se observa:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. 1. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONS-TITUÍDO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. 2. O fato de ainda encontrar-se em trâmite processo de execução fiscal para a satisfação do crédito tributário é irrelevante para os fins penais, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário em questão. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA).

A fim sedimentar o seu posicionamento, o STF editou a Súmula 146 que dispõe sobre a aplicabilidade da prescrição virtual. Esta súmula determina que: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Com efeito, não se admite brechas na interpretação. A hermenêutica utilizada pela cúpula do Poder Judiciário é demasiadamente legalista e, tendo em vista que tal instituto padece de positivação, não haveria outra possibilidade senão a sua inaceitabilidade.

Todavia, não se pode deixar de observar que existem modernos princípios no direito processual com grande importância que não têm sido colocados em voga pela Suprema Corte a exemplo da eficiência, da economia processual e da instrumentalidade. No que tange ao posicionamento do Pretório Excelso, Fábio Ataíde (2009, p.14-15).

Neste particular, ao contrário da tendência do processo penal moderno, tanto o STF (cf. HC 94.757-3/08), como também o STJ (cf. HC 111.330, DJe 09.02.09), parecem seguir em um campo meramente burocrático, sem identificar as razões práticas que levam os juizes a encontrar na prescrição antecipada uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo.

Dessa forma, muitos processos continuam tramitando sem que seja possível tirar deles qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São ações que, quando resultam em condenação, acabam atingidas pela prescrição retroativa, perdendo o Estado o poder de aplicar qualquer sanção. Reforça o aspecto alegórico da lei penal a crença num Judiciário preso à lei e incapaz de inovar, principalmente no campo penal. A derrocada do Direito Penal começa com seu simbolismo. Pode parecer contraditório, mas a lei penal encontra adversários também dentre seus áruos defensores, que acreditam poder defendê-la por inteiro, sem ter de extirpar uma parte para salvar o todo. O simbolismo penal vincula-se, primitivamente, à ideia de criminalização como fator de dissipação do medo social.

Atualmente a sociedade almeja a eficiência processual. Não são raras as vezes em que a prestação jurisdicional somente é efetivada anos após do cometimento de uma infração penal. Sabe que tal fato é prejudicial ao réu que sofre os dissabores de um processo, assim como para a vítima que espera a pontualidade da “justiça”.

Somado a isso, nos juizados criminais estaduais existe a possibilidade de aplicação da prescrição virtual, já que o Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) editou o enunciado n. 75 sob o qual admite-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto.

O estudo do direito e sua consequente aplicabilidade não podem admitir interpretações tão somente legalistas, já que deste modo a justiça não seria alcançada. Nessa senda, cumpre destacar o ensinamento de Machado (1994, p.106):

Questão de grande relevo, sobretudo para os que se preocupam com a morosidade do Poder Judiciário, reside em saber se é válido o julgamento antecipado da ação penal. Com efeito, é possível que em muitos casos o Juiz, depois de haver recebido a denúncia, reste convencido da improcedência da ação, seja porque o fato não configura crime, mesmo em tese, seja porque inequivocadamente já extinta a punibilidade pela prescrição, ou porque, presente outra razão para se dar pela improcedência da denúncia, sejam quais forem as provas que possam vir a ser colhidas na instrução... Sem qualquer apreço pelo formalismo estéril, considero perfeitamente cabível o julgamento antecipado da ação penal, sempre que o julgador estiver convencido da impossibilidade de proferir sentença condenatória, quaisquer que sejam as provas colhidas na instrução. Não se pode perder o juiz no formalismo, que é, penso eu, a principal causa da morosidade do Poder Judiciário.

Hodiernamente, tal instituto tem sido rechaçado pelos Tribunais Superiores, que invocam princípios norteadores do Ordenamento Jurídico Brasileiro para pautar suas decisões. Não obstante, a aplicação da prescrição ficta ganhou aceitação nos juízos de primeiro grau e tem sido amplamente aplicada.

Isso porque a prescrição virtual pode ser vista como a velocidade em que a ciência jurídica se movimenta, de forma a acompanhar o progresso das relações sociais e sobretudo uma saída para retomar a efetividade da prestação jurídica.

Seguir a lei à risca na realidade torna o aplicador do direito bastante “engessado” e propenso a cometer injustiças, já que por várias vezes a norma destoa da realidade social.

6. CONCLUSÃO

O transcurso do tempo provoca inúmeros impactos no mundo, pode constituir ou mesmo ex-

tinguir direitos. A prescrição no direito penal constitui fato de ordem pública dada a sua importância e, além disso, é um direito subjetivo do réu. A existência de tal instituto pressupõe fundamento tríplice: negligência da autoridade, correção do réu e decurso do tempo.

O surgimento da prescrição virtual encontra fundamento em algumas teorias que passaram por grande evolução ao longo do tempo. Entre elas a Teoria da Prova estabelece que o decurso do tempo faz com que as provas e demais informações relativas ao crime se protraíam.

Ocorre que dado o grande expoente de ações em tramitação no Judiciário, a prestação jurisdicional tem sido, por vezes, efetivada de forma lenta sendo que a sentença ao final proferida torna-se ineficaz eis que a pena já foi prescrita.

Diante da necessidade de solucionar esse fato nasce a prescrição virtual, hipotética ou projetada. A aplicabilidade da prescrição virtual pressupõe um raciocínio hipotético do magistrado que visualiza a possível pena que será aplicada ao réu. Esse estudo não é realizado de forma abstrata, pelo contrário, o juiz deve analisar se o réu possui antecedentes, verificar as circunstâncias do crime, dentre outras condições.

Não obstante, existe uma celeuma entre os juristas brasileiros no que se refere à aplicação da prescrição virtual. Isso porque o Estado Democrático é norteado por princípios que se concretizam em direitos alcançáveis a todos os cidadãos.

Desta sorte, para a corrente majoritária existem obstáculos capazes de legitimar a prescrição virtual. Sob essa vertente, estudiosos entendem que a projeção de uma pena antes de se completar a instrução processual é bastante prematura e macula o postulado da presunção da não culpabilidade expressamente previsto na Constituição Federal.

Além disso, há quem justifique a inaplicabilidade da prescrição hipotética dado a ausência de norma que autorize a sua aplicação, analisando-a frente aos princípios basilares do direito constitucional.

Por sua vez, aqueles que são favoráveis à sua aplicação encontram arrimo no princípio da economia processual que obsta a tramitação de processos fadados ao insucesso, já que após o transcorrer de toda a instrução será inevitavelmente, declarada extinta a punibilidade do agente.

A celeridade dos feitos e uma resposta jurisdicional eficaz constitui uma grande meta do Poder Judiciário nacional, é inegável que o excesso de formalismos impõe obstáculos a todo o aparato jurisdicional. Deste modo, suprimir tais formalidades constitui uma atitude louvável, evidentemente, sem que tais cerceamentos impliquem em perda dos direitos dos cidadãos. Não se quer aqui derogar direitos, o objetivo é alcançá-los.

Quanto ao posicionamento dos Tribunais Superiores, o Pretório Excelso rechaça a aplicação da prescrição virtual sob o fundamento da ausência de previsão legal sobre o tema. Assim, existem várias jurisprudências nesse sentido de forma que foi editada a Súmula 146 do STF que ressalta a inaplicabilidade da prescrição virtual.

O Superior Tribunal de Justiça sob o mesmo entendimento editou a súmula 438 sob a qual rejeita a aplicação da prescrição virtual.

É inegável que prescrição virtual pode ser vista como uma alternativa para amenizar a morosidade da prestação jurisdicional, obstando a tramitação de processos que serão, inevitavelmente, atingidos pela prescrição. Além disso, impede-se o dispêndio de tempo e gastos quando se antevê o reconhecimento de causa de extinção de punibilidade.

As interferências de uma justiça lenta e extremamente formalista não encontram respaldo no cenário jurídico atual. De forma que o processo penal deve ser voltado a proporcionar a tutela final almejada, com o fito de assegurar uma solução para o litígio. Assim, o magistrado deve utilizar uma hermenêutica mais finalística, de forma assegurar uma solução viável para o conflito apresentado e extirpar normas inaptas às finalidades para as quais são concebidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. B. de. *Quais os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da prescrição retroativa antecipada?* Portal Ciclo, [Sergipe?] 16 de março de 2011. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/TiagoBockie_QuaisArgumentosAplicPrescRetroativaAntecipada.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016

AMORIM, B. N. Prescrição em perspectiva. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6781>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

ANDRADE, S. M. *Prescrição em perspectiva*. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/08/PRESCRICAO-EM-PERSPECTIVA.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2016.

ATAÍDE, F. A prescrição antecipada entre o julgar e o fazer de conta. *Boletim IBCCRIM*: São Paulo, ano 17, n. 202, 2009.

BALTAZAR, A. L. *Prescrição Penal*: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. Bauru: Edipro, 2003.

BARROS, F. A. *Direito penal*: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECHARA, F.R; CAMPOS, P.F. de. *Princípios constitucionais do processo penal*: questões polêmicas. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2005- Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BULOS, U. L. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Enunciado n. 75 do FONAJE*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimos-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CABRAL, A. do P. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coords.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNÁRIO, P. Virada na Jurisprudência: STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 01 mar 2016.

- COELHO, A. C. F. *Prescrição virtual*. Âmbito Jurídico. Rio Grande, 2014. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn>>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- FERREIRA, A. S. Prescrição penal antecipada. Intellectus. *Revista Acadêmica digital da Faculdade de Jaguariúna*. [São Paulo] [2014] Ano IX, n. 24. Disponível em <<http://www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx?codigo=295>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- JAWSNICKER, F. A. *Prescrição Penal Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2009.
- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOZANO JÚNIOR, J. J. *Prescrição Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. Julgamento antecipado em matéria penal. Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*. n.707, 1994.
- MARTINI, P. Prescrição em perspectiva: questão de bom senso e necessidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/967>>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação no direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA, R. de A. *O Supremo Tribunal Federal e a prescrição virtual intercorrente ou antecipada*. Rio Grande, [2012]. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11394>. Acesso em: 22 fev. 2016.
- NOVELINO, M. *Direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.
- NUCCI, G. de S. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, R. P. Considerações em abono do reconhecimento da prescrição virtual. São Paulo: *IBCCRIM*, n. 119.
- PALOTTI JÚNIOR, O. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.709, p.302-306, 1994.
- PIEIDADE, A. S. C. *Prescrição retroativa antecipada uma análise entre o pragmatismo e a ausência de fundamento científico jurídico do instituto*. São Paulo, [20--?]. Disponível em: <www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigojuridico.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2016.

ROMÃO, C. E. L. *Prescrição virtual: Uma realidade no direito penal brasileiro. Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito penal pátrio.* São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2009-11-11T13:16:04Z-8663/Publico/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARRIONI, Luiz Guilherme; METIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, L. S. F. A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, 1992, p.437.

SOUZA, R. Ó. *Apud* JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada.* 2 ed. São Paulo: Juruá 2009.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Manual de Processo Penal.* 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, F. Prescrição da Pretensão Punitiva Antecipada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* São Paulo: IBCCRIM n. 35:113/114, 1995.

TUCCI, R. L. *Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro,* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Recebido em: 28/03/2016

Aprovado em: 20/07/2016

ADOÇÃO INTERNACIONAL: a necessidade da proteção dos direitos culturais do menor

INTERNATIONAL ADOPTION: the protection of the necessity of cultural rights of minor

SABRINA ALVES ZAMBONI 1
LUCIANA CRISTINA REIS COSTA 2

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar as previsões e regulamentações legais para a adoção de crianças e adolescentes brasileiros por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do Brasil, destacando que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto a Convenção de Haia, representam um novo aspecto na visão da adoção internacional, pois centralizam os direitos humanos da criança, o seu real interesse e o bem-estar desses adotados. Objetiva, ainda, esclarecer sobre os conceitos inerentes ao instituto da adoção, além de sua função social. Imprescindível, também, explicitar os princípios fundadores e norteadores dos processos de adoção internacional. Tendo em vista que o ECA e a Convenção de Haia têm pontos divergentes, apresentaremos cada um deles, para, por fim, verificarmos a forma de sua aplicação. O presente artigo apontará, ainda, além do conceito de adoção internacional, os conceitos dos sujeitos deste processo, abordando os princípios norteadores do processo de adoção. Também discorrerá sobre as disposições existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca da adoção internacional, demonstrando sua aplicabilidade.

Palavras-chave: Adoção internacional; Função social; ECA; Convenção de Haia; Direitos do menor.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the predictions and legal regulations for the adoption of Brazilian children and adolescents by foreigners resident or domiciled outside Brazil, highlighting that both the Statute of Children and Adolescents, as the Hague Convention represent a new aspect in vision of international adoption because centralize human rights of the child, his real interest and well-being of those adopted. It also aims to clarify the concepts inherent in the institution of adoption, in addition to its social function. Essential also explain the founding principles and guiding the process of international adoption. Given that the ECA and the Hague Convention have divergent points, we present each of them to finally verify the form of your application. This paper will point further, beyond the concept of international adoption, the concepts of the subjects of this process, by addressing the underlying principles of the adoption process. We also will discuss the existing provisions in Brazilian law about international adoption, demonstrating its applicability.

Keywords: International adoption; Social function; ECA; Hague Convention; Rights of the child.

1 Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Professora de Direito Público na Faculdade Minas Gerais (Faminas/MG) e na Universidade Estácio de Sá. E-mail: alveszamboni@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais (Faminas/MG).

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos têm possibilitado o relacionamento entre pessoas dos mais variados lugares do mundo, surgindo o que chamamos globalização. Nesta cultura mundial globalizada, em que se misturam diversos valores, crenças e, inclusive, direitos, apresenta-se o Direito Internacional para regular as relações cujos sujeitos têm nacionalidade e/ou residem em países diferentes.

Estas relações internacionais têm abrangido os diversos ramos do Direito, inclusive o Direito de Família. Vimos, nesse ínterim, a ocorrência da adoção internacional, ou seja, adoção entre indivíduos de nacionalidade e domicílio estrangeiros. E é exatamente pela possibilidade de aumento da utilização deste instituto que se faz importante tratar sobre o assunto no que tange ao posicionamento do estado brasileiro frente à adoção internacional, o que será objeto de estudo do presente artigo.

Pretende-se esclarecer sobre o que vem a ser a adoção e, mais especificamente, no assunto em questão, a adoção internacional, tratando de sua função social atualmente, além dos princípios norteadores da adoção internacional no Brasil.

Importante enfatizar, ainda, a necessidade de proteção da identidade e da cultura do adotando, além de verificar se a adoção internacional fere algum princípio constitucional brasileiro e se é viável sua realização.

Ao tratar sobre o posicionamento brasileiro, iremos focar nas previsões legais do instituto de adoção no nosso ordenamento jurídico, mostrando os conflitos entre o Estatuto da Criança e do Adolescente, inovado pela Lei nº 12.010 de 2009, e a Convenção Internacional de Haia.

Cabe ressaltar que, frente às controvérsias entre as duas leis, ambas vigentes no Brasil, iremos apontar qual a lei aplicável e/ou, como aplicá-las.

2. ADOÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Agora, buscar-se-á tecer explicações sobre o instituto da adoção, conceituando-o e demonstrando o tratamento legal a ele dado.

2.1 Conceito e noções preliminares

A adoção é um modelo de filiação que não advém de forma consanguínea, tendo como primordial para essa relação o afeto entre o adotado e o adotando. Nas espécies de parentesco, a adoção é chamada de filiação ou paternidade civil.

Analisando o instituto adoção sob o aspecto jurídico, de acordo com Diniz:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observando os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha. (DINIZ, 2006, p.498)

Já de acordo com Fermiano:

A adoção é uma forma de se criar um vínculo familiar; em outras palavras, uma relação de paternidade e filiação entre pessoas que, apesar de não possuírem vínculo natural, exteriorizam a vontade e a capacidade de se relacionar e obter uma convivência harmônica. (FERMIANO, 2007, p.11)

Outro conceito relevante de adoção é o de Liberati (2003, p.17), em que, segundo o autor, “a adoção, tecnicamente, indica um ato jurídico por meio do qual, uma pessoa toma ou aceita, legal-

mente, como filho uma outra”.

Assim, depreende-se que a adoção é um ato pelo qual se estabelece relação de filiação entre pessoas que, apesar de não terem vínculo parental sanguíneo, manifestaram o desejo de estabelecer tal relação.

Alguns doutrinadores entendem que a adoção tem a conotação de assistência, caridade. A doutrinadora Diniz defende a corrente de que:

A adoção é uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado. (DINIZ, 2006, p. 346)

Porém, como defende Scrivani (2006, p.23), “não podemos associar os termos adoção e assistência!”. A adoção deve ser entendida como ato de amor do adotante ao adotado e não como maneira de suprir a solidão do casal ou de um possível filho único destes. Deve ultrapassar as barreiras do preconceito, não sendo unicamente meio de ser solidário com uma criança ou adolescente abandonado, fornecendo-lhes uma condição econômica melhor. A adoção deve acontecer pelo fato de o adotante estar sendo solidário, sim, ao adotando, mas principalmente disposto a considerá-lo filho efetivamente.

Nesta corrente de pensamento, Liberati se opõe à ideia de Diniz ao lecionar que:

Quem pensa em adotar para fazer ato benemérito ou filantrópico, ou que procura na adoção um meio de ‘preencher o vazio e a solidão do casal’, ou porque um ou ambos os interessados são ‘estéreis’, ou ‘para fazer companhia a outro filho’, ou porque ‘ficou com pena ou compaixão da criança abandonada’, ou para dar ‘continuidade à descendência ou aos negócios da família’, ou por outros motivos desse naipe, está completamente alienado e alijado do verdadeiro sentido da adoção. (LIBERATI, 2003, p. 24)

Nesse sentido, Silva complementa a ideia de Liberati, afirmando que:

A criança a espera de uma família para ser adotada não quer receber compaixão, pois isso ela já teve demais na instituição onde permaneceu. A criança ou adolescente adotado, não pode e nem deve se sentir no ambiente familiar “ajudada”, ou ainda como se ali estivesse “de favor”. Deve sim, crescer rodeada de amor, proteção, sem preconceito. Os pais adotivos não devem oferecer apenas casa, comida, saúde, escola, pois assim o adotante estaria fazendo um ato humanitário. (SILVA, 2008, p.18-19)

Pode-se perceber, analisando os processos de adoção internacional com olhar sociológico, que os adotados são, em sua maioria, menores advindos de países pobres, subdesenvolvidos, em que há altas taxas de natalidade conjugada com altas taxas de abandono devido à falta de recursos econômicos.

Ao se tratar da adoção, faz-se necessário compreender as partes desse processo, principalmente suas características.

Antes de discorrer sobre o adotado, é importante distingui-lo de adotando. Este último é aquele que o adotante pretende adotar com o processo de adoção; já o primeiro é o nome dado à criança ou adolescente após a efetivação do ato de adoção.

É o que preleciona com precisão Scrivani, ao afirmar que

Após a efetivação do ato, o adotando recebe a denominação de adotado, indivíduo o qual diante de uma situação fática (idade, situação de abandono) teve a capacidade de preencher os critérios da adoção. (SCRIVANI, 2006, p.20)

O conceito de adotante dado pela maioria dos doutrinadores é um tanto quanto vago, abstrato. Por exemplo, o conceito de Scrivani (2006, p.19): “indivíduo através do qual se inicia o procedimento da adoção, é o agente provocador do ato”.

Entende-se como adotante realmente, aquele indivíduo que não só provoca o ato da adoção, dando início ao seu procedimento, mas aquela pessoa que tem interesse de adotar, tornar-se pai de outra pessoa, chamada adotado ou adotando.

Scrivani (2006, p.19), porém, ao enfatizar a comum característica dos adotantes: “os interessados, na sua maioria, são estrangeiros provenientes de países ricos que buscam o que a natureza lhes negou, ultrapassando as fronteiras de seu Estado”.

Os países dos quais os adotantes são provenientes, de uma maneira geral, tem baixas taxas de natalidade e são países desenvolvidos. Em função deste último fator, os adotantes, de uma forma geral, se vêm em condições de fornecer ao menor abandonado acesso aos direitos fundamentais, sem negar-lhe o amor paternal.

Logo, a função social da adoção é, sem dúvida, muito importante, pois concede ao menor que outrora não tinha família, um lar que lhe dá carinho, amor, além de suprir suas necessidades físicas.

Neste sentido, para que realmente atinja tal função, seu processo deve ser pautado nos princípios constitucionais e nos elencados no ECA, entre eles o melhor interesse do menor, igualdade entre os filhos e excepcionalidade da adoção internacional. Além disso, proteger a identidade cultural do menor deve ser uma das prioridades neste processo.

2.2 Tratamento legal

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 dispõe em seu artigo 227, § 6º “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Neste sentido, a proteção familiar no que diz respeito à isonomia, deve permanecer entre os filhos adotivos e os filhos biológicos, afastando a possibilidade de discriminação entre os filhos em função de sua origem. Sendo assim, o filho adotado terá os mesmos direitos que um filho biológico teria, inclusive no que tange aos direitos sucessórios.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elucida sobre a adoção nos seus artigos 39 a 52, porém a adoção ganhou suas peculiaridades com o advento da Lei nº 12.010/09, que trouxe a adaptação do ECA de forma a efetivar a celeridade no trâmite do processo de adoção e garantir efetivamente mais direitos ao adotado.

O ato de adotar é um ato irrevogável, impossível de ser retratável. De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p.913) a adoção não pode ser entendida como remédio para aquele casal que não conseguiu um filho de forma biológica; a adoção é uma manifestação de vontade onde prevalece o vínculo afetivo. Não há hierarquia quando se trata de filiação biológica ou civil (afetiva), ambas possuem as mesmas garantias.

De acordo com o artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o adotado que possuir mais de 12 (doze) anos de idade deverá concordar e aceitar tal ato, para que assim a adoção possa ser efetivada. Se menor de 12 (doze) anos de idade, esta criança será ouvida por profissionais de forma a expressar sua vontade, sendo exigido também o estágio de convivência entre os sujeitos da adoção. O estágio de convivência pode ser dispensado em casos de guarda e tutela, onde pressupõe um convívio harmonioso entre adotando e adotado.

O referido estágio de convivência terá sempre um prazo fixado pela autoridade judiciária de acordo com os laudos apresentados por profissionais, em conjunto com o menor e a nova família do adotado.

Outra peculiaridade na adoção é idade do adotando em relação ao do adotado. O art. 42, §

3º do ECA indica que deve haver, necessariamente, dezesseis anos de diferença entre eles, porém quando se tratar de um casal adotando o filho, a doutrina majoritária entende que se apenas um deles possuir tal diferença de idade já se faz suficiente.

A Lei nº 12.010/09 ao alterar alguns dispositivos do ECA trouxe ao adotado a condição de filho pelo ato de amor recíproco entre os pais adotivos, e a possibilidade do adotando se reestruturar familiarmente. A nova redação não limitou os direitos do adotando em relação ao seu estado civil, sendo permitida a adoção até por casais divorciados, situação em que, segundo Venosa (2012, p.298), a exigência é que o estágio de convivência tenha iniciado quando os pais adotivos ainda eram casados.

Ao se tratar da adoção de irmãos consanguíneos, estes deverão ser adotados pela mesma família, de acordo com o art. 28, § 4º do ECA:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da Lei. § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

O contrário só deverá ocorrer se provados motivos desfavoráveis, uma vez que o intuito do legislador através desta alteração na lei é de estreitar os laços fraternos.

A legislação com o intuito de resguardar o menor, veda a possibilidade de manter vínculo com os pais biológicos após a sentença transitada e julgada, porém após completar 18 (dezoito) anos de idade, o adotado, tem a faculdade de procurar e até mesmo identificar quem são os seus pais biológicos.

2.3 Conflito entre o estatuto da criança e do adolescente e a convenção internacional de Haia

O Estatuto da Criança e do Adolescente é de suma importância ao se tratar da adoção. Apesar de o estatuto ser do ano de 1990 e o Decreto Legislativo que recepcionou a Convenção de Haia ser de 1999, poderíamos incorrer no erro de imaginar que o referido decreto revogou o ECA nos pontos em que são controvertidos. Isso porque pelos princípios de anterioridade e especialidade, a lei posterior revoga lei anterior e a lei especial revoga lei geral, respectivamente.

O autor Carvalho, discorre sobre a atenção que se deve dar ao tratar da adoção frente à Convenção de Haia.

A aplicação da Convenção se dá quando uma criança deva ser descolada de um país, o país de origem, para outro, país de acolhida, com a finalidade de adoção, por cônjuge, ou pessoa que resida habitualmente no país de acolhida. A adoção pode ser concretizada no país de origem como no país de acolhida, salvo disposição em contrário, como ocorre no Brasil. (CARVALHO, 2012, p.28)

Porém, pela função social da adoção e, especialmente, pelo princípio do melhor interesse do menor, como o ECA tem regras mais rigorosas no que diz respeito aos critérios de adoção, tais normas são aplicadas cumulativamente, complementando-se, como pondera Carvalho (2012, p.29) “a Convenção e a legislação interna, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, devem conviver em harmonia jurídica”.

Especialmente após a promulgação da Nova Lei de Adoção em 2009, demonstra-se que o ECA não foi revogado pelo Decreto 3.087/99, pelo contrário, são aplicados em conjunto visando uma maior proteção do menor nos processos de adoção internacional.

Nesse sentido, Roman (2009, p.39) afirma que “o Estado agirá sempre que um dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente forem ameaçados ou efetivamente violados, independentemente do causador do risco”. Ou seja, o Estado deve intervir, inicialmente, através da legislação, es-

tabelecendo parâmetros, limites e requisitos para a adoção internacional, visando o melhor interesse do menor e evitando que seus direitos sejam violados ou, até mesmo, ameaçados.

A elaboração da Convenção de Haia mostrou total cuidado ao tratar dos direitos fundamentais da criança, principalmente em se tratando da criança brasileira adotada por estrangeiros. A intenção do decreto que a recepcionou é contribuir para a cooperação administrativa e judicial, resguardando o adotado de qualquer risco.

Porém existem algumas divergências entre Convenção de Haia e a legislação brasileira. Uma delas é a obrigatoriedade do estágio de convivência, que, com base no ECA é imperativo no âmbito das adoções internacionais e facultativo quando a adoção for realizada exclusivamente em território nacional. A Convenção apesar de resguardar o menor dos perigos com a adoção, não vislumbra necessidade de cumprir o referido estágio de convivência.

Outro ponto de suma importância é a possibilidade da criança ou adolescente sair do país de origem antes de prolatada a sentença, em se tratando da adoção internacional. No Brasil esta possibilidade é vetada, uma vez que a intenção é de preservar o adotado, e resguardar o melhor interesse do menor.

A adoção em âmbito nacional possui diversas peculiaridades por se tratar de interesses pessoais do adotando e direitos fundamentais e individuais do adotado. Porém a adoção internacional ainda é mais complexa e peculiar, uma vez que além de cuidar nos direitos fundamentais do menor, devemos nos ater para a possibilidade de desenraizamento da criança e adolescente de seu meio para ser inserido outra sociedade e conviver com uma nova cultura.

Neste contexto, verifica-se que tanto o ECA quanto a Convenção de Haia, mesmo com as suas particularidades, são aplicadas de forma complementar para que atinjam juntas a garantia do melhor interesse do adotado, ressaltando, conforme ensinamento de Carvalho (2012, p.8) que “a Convenção de Haia possui a mesma força normativa das Leis Ordinárias, estando abaixo da Constituição Federal e no mesmo patamar do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

3. A ADOÇÃO INTERNACIONAL

Aqui, ter-se-á explicações específicas com relação a adoção internacional, a legislação peculiar a ela, além de verificar se o instituto da adoção quando realizado internacionalmente atinge sua função social.

3.1 Conceito

Ao longo dos anos a adoção internacional, vem evoluindo e ganhando, com isso, mais adeptos e abrindo os nossos olhos no âmbito jurídico. Segundo Carvalho (2009, p. 17), “a palavra adoção deriva do latim *adoptio*, que significa dar seu próprio nome a, pôr um nome em”. Já numa linguagem mais popular, a adoção é entendida como o ato de acolher alguém.

Neste contexto, Farias e Rosenvald (2010, p.940) entendem que “se a adoção é um ato de amor, não se pode negar o seu caráter universal, sendo possível, por conseguinte, a adoção por pessoa ou casal domiciliado no exterior”.

A adoção internacional é um ato pelo qual se estabelece relação de filiação entre pessoas que, apesar de não terem vínculo parental sanguíneo, manifestaram o desejo de se estabelecer tal relação, sendo possível, porém, quando esgotadas todas as possibilidades de tal adoção em território nacional.

A isonomia entre filhos biológicos e filhos adotivos, assim como na adoção brasileira faz-se necessária na adoção internacional como preleciona Carvalho:

Em território nacional brasileiro, os filhos são todos iguais, independente de vinculação jurídica em relação aos pais. Seja nascido da relação de casamento ao não, seja por adoção, os direitos e deveres dos filhos quanto aos pais, incluindo-se toda relação familiar, são os mesmos. Haja adoção nacional ou internacional, em território brasileiro, os filhos adotados estão na mesma posição legal dos filhos biológicos, o que demonstra igualdade perante a lei. No contexto desta igualdade se proíbe que os registros e certidões façam contar qualquer designação, que discrimine, ou, pode-se assim entender, na qual identifique como surgiu afiliação no mundo jurídico (CARVALHO, 2012, p.4)

A adoção internacional proporciona ao adotado que teve sua condição de filho negada pela família biológica, a possibilidade de sair do seu país de origem, deixando suas raízes e seus costumes para ser inserido em uma família de estrangeiros na condição de filiação civil. Como ressalta Venosa (2012, p.296), a saída das crianças brasileiras para nova família adotada, só será permitida quando houver autorização judicial.

Deste modo, entende-se que a inserção do menor em uma família de estrangeiros necessita ser tratada com mais zelo, por se tratar de uma situação excepcional.

3.2 Legislação

No que tange à infância e à juventude, o seu amparo está elencado na Constituição Federal de 1988, na qual objetiva sua proteção integral, assegurando todos os seus direitos fundamentais tutelados.

De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p.941), a adoção internacional, pelo seu caráter excepcional e não menos complexo que outras formas de adoção, envolvem legislações que procuram congregar as normas internacionais, são elas, a Convenção de Haia, o Decreto nº 3.174/99 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 12.010/09 trata nos seus artigos 51 e 52 de forma incisiva sobre a adoção internacional, observando os procedimentos exigidos para efetivação da mesma. O § 5º do art. 227 da CF/88 salienta a ideia de que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

Em se tratando do foro de competência para julgar os casos que vislumbrem o interesse do menor, a súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que, em regra geral, é o foro domiciliar daquele que possui a guarda deste menor.

O processo da adoção internacional é dividido por fases, a fase preparatória ou de habilitação e a fase judicial. Neste contexto, Farias e Ronsevald explicam a necessidade em obedecer às referidas fases quando dizem:

A adoção internacional se divide em um complexo de atos, envolvendo uma fase preparatória e de habilitação, na qual são efetivadas as providências necessárias junto às autoridades centrais com expedição de relatórios, e uma outra fase judicial, a ser cumprida pelo perante o poder judiciário, por meio de ação, com intervenção do Ministério Público. (FARIAS; RONSEVALD, 2010, p.941)

De acordo com o entendimento de Farias e Rosenvald (2010, p.941), vejamos as considerações que se referem a fases do processo. Em relação à fase preparatória os autores ilustram que “o estrangeiro interessado em adotar alguém deverá formular pedido de habilitação perante autoridade central em matéria de adoção no país de acolhida (ECA, art. 52, §3º)”.

Lado outro, ao tratar da fase judicial, os autores versam:

O recurso de apelação interposto, eventualmente contra sentença que julgou procedente o pedido de adoção transnacional será recebido, excepcionalmente, nos efeitos devolutivo e suspensivo, com o propósito de impedir que a criança ou adolescente saia

do território nacional antes do trânsito em julgado da decisão.

Com isso, somente após a certificação do trânsito em julgado da sentença de adoção internacional, é que poderá o magistrado autorizar a expedição do alvará com autorização de viagem para o exterior, bem como para obtenção do passaporte. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.942)

Uma peculiaridade da fase judicial do processo de adoção, é que mesmo que as partes envolvidas não tendo manifestado interesse de interpor recurso, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo, conforme explicitado na súmula nº 99 do STJ.

A ida do menor para o país de origem do estrangeiro que o adotou, ou seja, para o convívio social com os seus novos familiares, só se efetivará após proferida a sentença, ou ainda, por meio de autorização judicial.

Neste caso o cumprimento do estágio de convivência previsto no art. 46, §3º do ECA será obrigatório, em território brasileiro e no prazo mínimo de 30 (trinta) dias, de forma a prevenir possíveis fraudes, e garantir a efetivação do interesse do menor.

Venosa, comenta sobre o estágio de convivência frente à preservação e integridade do menor:

A adoção internacional, mais suscetível a fraudes e ilicitudes, é dos temas mais delicados, sujeitos a tratados e acordos internacionais e a reciprocidade de autoridades estrangeiras. Procura-se minimizar a problemática do tráfico de crianças. O estrangeiro, domiciliado no Brasil, submete-se as regras nacionais de adoção e pode adotar em princípio, como qualquer brasileiro. (VENOSA, 2012, p.297)

Em se tratando da possibilidade de coibir prejuízos ao menor, e garantir o seu interesse no processo da adoção internacional, observa-se que os mecanismos e as competências são aplicáveis sempre buscando a concretização do princípio do melhor interesse do menor.

3.3 Função social

A função social da adoção está na possibilidade do menor que não possui um lar, uma família estruturada, de receber amor e afeto de uma nova família sem vínculo consanguíneo.

Ao tratar da adoção Carvalho esclarece de forma objetiva o conceito da adoção em face da função social.

Adoção é a forma de família substituta que mais se aproxima da família natural, e, na verdade por disposição constitucional, ela se transforma numa família natural, pois para o constituinte de 1988, filhos são filhos, não importando se foram gerados por ato sexual ou por um ato de escolha. (CARVALHO, 2000, p.74)

Não há que se falar em adoção por mera caridade ou piedade, o instituto da adoção tem como objetivo proporcionar aquele menor que nunca recebeu carinho e ternura, um verdadeiro amor em um âmbito familiar como se filho fosse. Venosa (2012, p.275) afirma esta ideia quando diz “o ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico”.

O ECA protege o caráter social que deve conter em uma adoção, inclusive na internacional, uma vez que os direitos fundamentais da criança e do adolescente não podem ser vistos em segundo plano, eles são juntamente com os princípios norteadores da CRFB/88, a garantia da efetivação do interesse deste menor.

O trecho abaixo, de forma simplória ilustra um verdadeiro amor e dedicação na relação entre

pai e filho adotivo:

Com sacrifício, eu criei meus sete filhos, do meu sangue eram seis, e um peguei com quase um mês; fui viajante, fui roceiro, fui andante, e pra alimentar meus filhos não comi pra mais de vez...Sete crianças, sete bocas inocentes, muito pobres, mais contentes, não deixei nada faltar, foram crescendo, foi ficando mais difícil, trabalhei de sol a sol, mais eles tinham que estudar...Meu sofrimento ah! meu Deus, valeu a pena, quantas lágrima chorei, mais tudo foi com muito amor; Sete diplomas, sendo seis muito importantes, que as custas de uma enxada conseguiram ser doutor...Hoje estou velho, meus cabelos branqueados, o meu corpo está surrado, minhas mãos nem mexem mais; Uso bengala, sei que dou muito trabalho, sei que as vezes atrapalho, meus filhos até demais...passou o tempo e eu fiquei muito doente, hoje vivo num asilo e só um filho vem me ver; Esse meu filho, coitadinho, muito honesto, vive apenas do trabalho que arranjou para viver...Mas Deus é grande, vai ouvir as minhas preces, esse meu filho querido vai vencer, eu sei que vai; Faz muito tempo que não vejo os outros filhos, sei que eles estão bem, não precisam mais do pai...
Um belo dia, me sinto abandonado, ouvi uma voz bem do meu lado, pai eu vim pra te buscar;
Arrume as malas, vem comigo pois venci, comprei casa e tenho esposa e o seu neto vai chegar...De alegria eu chorei e olhei para o céu, obrigado meu Senhor; A recompensa já chegou, meu Deus, proteja os meus seis filhos queridos, mas foi o meu filho adotivo que a este velho amparou..." (REIS *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.911)

O amor e o afeto entre pais e filhos não se resumem ao vínculo biológico, é possível sim pais amarem filhos adotivos, sem distinção aos filhos consanguíneos. A função social é realmente o amor recíproco no ato de adoção, a possibilidade de constituição de uma nova família com respeito na qual garanta os direitos fundamentais do menor.

4. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Como todo instituto jurídico, a adoção tem princípios norteadores, nos quais os aplicadores e operadores do direito devem pautar-se no momento de análise e, principalmente de prática da adoção. Neste momento, terá a oportunidade de vislumbrar os princípios considerados mais importantes para a adoção, especificamente, a adoção internacional.

No tocante aos princípios informadores da adoção, inclusive da adoção internacional, é válido explicitá-los uma vez que são fundamentadores da função social. Através dos princípios norteadores, busca-se a efetivação dos direitos e garantias do menor frente ao processo de adoção.

4.1 Princípio do melhor interesse do menor

Tal princípio preceitua que a adoção não deve atender aos interesses particulares dos adotantes, sejam eles quais forem. A adoção, tanto interna quanto internacional, deve preocupar-se primordial e essencialmente com o melhor interesse do adotando.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu §1º, deixa claro que nos procedimentos de adoção deve ser considerada a opinião do adotando. Além disso, o art. 29 da mesma lei expressa a preocupação do legislador com o menor, evidenciando a existência do princípio do melhor interesse do menor.

Art. 28 § 1o Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe Inter profissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Num processo em que o adotando não é o único interessado, não se deve preconizar o interesse do adotante, ao contrário. Sobre o assunto, Edson José da Fonseca discorre com brilhantismo:

Considerando a preocupação com a adoção internacional, pelos possíveis desvirtuamentos e pelo seu relevante valor social, o instituto deve ser direcionado no sentido de atender os interesses superiores do adotando. (FONSECA, 1995, p.100)

Para complementar tais ideias, temos o art. 1º do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que prescreve que tal lei visa à proteção integral à criança e ao adolescente.

4.2 Princípio da excepcionalidade da adoção internacional

Tal princípio aduz que a adoção internacional só deve ser viabilizada quando se esgotarem as possibilidades de haver a adoção por adotantes nacionais, como podemos entender a partir da leitura do artigo 31 do ECA “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

Analisando o referido dispositivo legal, Silva leciona que:

[...] a colocação em família substituta estrangeira apenas ocorrerá depois de esgotadas todas as possibilidades de permanência da criança na família biológica ou quando não houver interessado nacional na adoção. (SILVA, 2008, p.44)

Facilmente perceptível que o ECA se preocupa com o bem-estar do menor, manifestando a política de manutenção da criança na própria família biológica, tendo, então a adoção como medida excepcional. Com a leitura do artigo do ECA acima mencionado, entende-se que a adoção internacional tem caráter ainda mais excepcional.

Além disso, o texto do § 5º do art. 227 da CRFB de 1988, nos induz ao pensamento de que a adoção por estrangeiros será mais rigorosa e excepcionalíssima ao versar “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

Nesse sentido, Silva continua afirmando que:

A colocação em família substituta seja nacional ou estrangeira, deve ser encarada como um remédio subsidiário, para o desamparo da criança. Sua excepcionalidade, como recurso jurídico frente às diversas situações que conduzem ao abandono dos menores, acarreta à priorização da família de origem. (SILVA, 2008, p.44)

A adoção internacional é tão excepcional assim em virtude de que não são adotados apenas recém-nascidos. Os adotados são menores de variadas idades, podendo já ter uma identidade cultural, e uma mudança rápida e definitiva de meio sociocultural poderia não ser o mais indicado. Esse caráter excepcional é justificado pelo fato de que o Estado Brasileiro preconiza a preservação da cultura, personalidade e identidade do menor, exatamente em atenção ao princípio supramencionado do melhor interesse do menor.

4.3 Princípio da igualdade de direitos

Para esclarecer o que vem a ser este princípio, cabe citar o doutrinador Castro (2003, p.403), que define adoção da seguinte forma: “Adoção é contrato que estabelece entre duas pessoas relações análogas às que se originam da filiação legítima, de vez que coloca o adotado na situação jurídica de filho ilegítimo (grifo nosso) do adotante.”

O princípio da igualdade de direitos é exatamente o oposto da ideia de Castro, pois coloca os filhos, sejam eles adotados ou não na mesma situação, qual seja, FILHOS.

Silva (2008, p.20) enfatiza que “com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu um grande marco de conquistas para o instituto da adoção na sociedade brasileira”. Ressalta-se aqui o princípio da igualdade de direitos, que diz respeito à isonomia entre os filhos adotados e biológicos, advindos, ou não do casamento. Tal princípio está constitucionalmente consagrado no art. 227, § 6º, e como brilhantemente esclarece Silva (2008, p.20), gera a “proibição de qualquer designação discriminatória relativa à filiação, passando todos os filhos a gozarem dos mesmos direitos, inclusive os sucessórios”.

5. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA IDENTIDADE CULTURAL DO ADOTADO

A adoção tem o papel de oportunizar ao menor que nunca conviveu em um ambiente familiar, a possibilidade de ser parte de uma família efetivamente.

Em se tratado da adoção internacional, que é quando, após proferida a sentença, o adotado deixa o seu país de origem para viver em outro país, ficando sua identidade cultural muitas vezes vulnerável, o que hoje deve ser inadmissível.

Assim podemos dizer que a adoção internacional subsidiária a qualquer outro cuidado alternativo possibilita a promoção da identidade cultural da criança. A identidade cultural é um tema transversal que tende a enfatizar a preferência pela família biológica (tanto pais quanto membros da família estendida) e pela adoção doméstica frente à adoção internacional. As adoções nacionais geralmente garantem a continuidade da identidade cultural da criança quando ela cresce na cultura, língua e história de seu país de origem.

Na maioria dos casos, estrangeiros adotam crianças e adolescentes que já tinham no seu país de origem uma religião, os costumes da sua região e o seu idioma. Deste modo, Leciona Costa (1998, p.75) que “a adoção internacional apresenta uma dimensão extrafamiliar a diferenciá-la da adoção nacional, pois os menores adotivos irão viver em países de cultura, hábitos e sistema jurídico bastante diferente”.

A proteção da identidade cultural deste adotado deve acontecer antes de efetivada a adoção. Os adotantes devem preocupar-se com esta adaptação ainda no período de estágio de convivência. O artigo 46 da lei 8.609/90 versa sobre o referido estágio.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.
§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe Inter profissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (BRASIL, 1990)

Segundo Lima *et al* (2013), no período do estágio de convivência, a equipe de Inter profissionais constituída por assistentes sociais e psicólogos, deve acompanhar a criança ou adolescente, exceto se menor tiver menos que 1 (um) ano de idade, para através de questionamentos decidir a conclusão do laudo a ser apresentado aos autos.

A simples manifestação de vontade do adotante em constituir nova família não é o suficiente para resguardar o menor, é preciso que o adotando seja respeitado e consiga adaptar com o novo idioma que irá utilizar na comunicação com os seus pais adotivos, respeito às crenças deste menor, bem como o seu histórico cultural, para que assim possa ser efetivada a função social da adoção e ainda garantir o melhor interesse do menor.

É crucial não se dar uma interpretação mais ampla à noção de adoção internacional como último recurso. Em alguns momentos, encobertos pela desculpa de promover o melhor interesse da criança, tem-se facilitado os interesses de possíveis pais adotivos internacionais e preferido dar pouca ou nenhuma importância à identidade cultural. É importante lembrar que essa definição mais ampla pode não ser utilizada para fazer da adoção internacional um “primeiro recurso” e age como um facilitador para tornar a criança disponível para adoção internacional antes de considerar soluções domésticas, como a adoção. O que deve ser inadmissível em nosso ordenamento jurídico. A identidade cultural do menor é uma garantia constitucional, um direito fundamental, que deve ser resguardado e respeitado por ocasião do processo de adoção.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os pontos abordados neste trabalho elucidam o cuidado que se deve ter quando se tratar de adoção, pois tanto o adotando quanto o adotado, vislumbram a possibilidade de constituição familiar baseada no amor recíproco.

A possibilidade de adoção é conferida aos casados, divorciados, solteiros e até mesmo aos viúvos. A ressalva é, se o casal se divorciou antes do trânsito em julgado do processo de adoção, o estágio de convivência entre adotando e adotado deve ter acontecido ainda quando o casal vivia em sociedade conjugal, deste modo, a guarda do menor deve ser acordada de forma a incentivar o bom convívio com os pais adotivos.

Ao se tratar do estágio de convivência, verifica-se que em se tratando da adoção nacional o referido estágio é passível de dispensa, pois quando o adotante já possuir a guarda ou tutela do menor, pressupõem que vivem em ambiente harmônico. Já na adoção internacional, o estágio de convivência é obrigatório, sendo cumprido em território nacional, por no mínimo 30 (trinta) dias e acompanhado por equipe interprofissional.

Adoção internacional é admissível quando esgotadas as possibilidades de adoção no Brasil, por isso, a necessidade de previsão legal da CRFB/88, da Convenção de Haia e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Convenção de Haia e o ECA se complementam de forma a proteger o menor de qualquer prejuízo nesta adoção.

As proteções dos direitos culturais do menor na adoção internacional devem ser primordiais, uma vez que o adotado deixa no seu país de origem seus costumes, seu idioma, sua cultura para viver e habituar-se à um novo país. A adaptação no país dos seus pais adotivos, deve acontecer de forma natural para que não cause impacto e reflexos negativos na convivência familiar. Caso os direitos do menor sejam violados, o menor terá os seus princípios fundamentais feridos ocorrendo a possibilidade de descaracterização da função social da adoção. A adoção internacional deve priorizar garantir ao adotado os mesmos direitos dos filhos biológicos, prevalecendo no âmbito familiar e jurídico a igualdade entre irmãos.

Deste modo, fica claro o entendimento que a adoção internacional visa dar oportunidade

àquele menor que não teve a oportunidade de conviver no seio familiar, de ter um lar harmônico de forma e possibilidade de efetivar o melhor interesse deste adotado; sem, contudo, privar o menor de suas raízes culturais que são imprescindíveis à formação moral do menor adotado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 jun. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal de Justiça. Súmula n.º 383.* A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Disponível em <www.dji.com.br/normasinferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0383.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal de Justiça. Súmula n.º 99.* O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei. Disponível em: <www.dji.com.br/normasinferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_099.htm>. Acesso em: 01 set. 2013.

CARVALHO, Heitor Bergamin. *Adoção Internacional.* 2009. 66 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Capixaba de Nova Venécia, Nova Venécia, 2009.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Manual Funcional.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Adoção Internacional.* 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado.* 5. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção Transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; RONSEVALD, Nelson. *Direito das Famílias.* 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERMIANO, Camila de Carvalho. *Adoção Internacional.* 2007. 68 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2007.

FONSECA, Edson José da. A constitucionalidade da adoção internacional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de Publicações Técnico-Científicas.* 8. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção: Adoção Internacional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

LIMA, Michael Augusto Souza de et al. *Práticas do psicólogo jurídico frente às novas demandas no âmbito da adoção.* 2013. Disponível em: <http://www.psicopedagogia.com.br/new1_artigo.asp?entrID=1625#Uln8C1CkqVM>. Acesso em: 12. out. 2013.

RODRIGUES, Rayane Caetano. *Adoção Internacional e a Politização da Convenção de Haia no Direito Brasileiro.* 77 p. 2009. Monografia (Bacharelado em Direito) – UNISUL, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2009.

ROMAN, Renata. A recuperação da família biológica e o encaminhamento para adoção de crianças e adolescentes em risco. *Revista Jurídica da FAMINAS*. Muriaé, v. 5, n. 1, p. 39-57, jan./jul., 2009.

SCRIVANI, Viviane. *Adoção internacional no sistema brasileiro*. 2006. 104 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2006.

SILVA, Ana Cláudia. *Adoção internacional: uma abordagem de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente*. 50 p. 2008. Monografia (Bacharelado em Direito) – CEAP, Centro de Ensino Superior do Amapá, Macapá, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

Recebido em: 26/03/2016

Aprovado em: 12/07/2016

AUTONOMIA FINANCEIRA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: recomendações importantes e análise das comissões regulatórias norte-americanas sob uma perspectiva comparada

FINANCIAL AUTONOMY OF REGULATORY AGENCIES: Important recommendations and an analysis of US regulatory commissions in a comparative perspective

BRUNO ARAUJO RAMALHO 1

RESUMO: O presente artigo discute importantes atributos que fortalecem a autonomia financeira de agências reguladoras e realiza uma análise comparativa entre o formato de autonomia orçamentário-financeira de comissões regulatórias norte-americanas e aquele observável nas agências reguladoras do Brasil. O artigo foi dividido em duas partes principais: na primeira parte, foi elaborada uma sistematização teórica sobre a temática da autonomia financeira das agências reguladoras e a segunda parte destinou-se à análise comparativa ora proposta. Foram identificadas importantes diferenças no tocante à estimativa das despesas e ao formato de repasse das verbas para a entidade reguladora. Também foram discutidas importantes propostas legislativas que endereçam melhorias para a temática em questão e que se encontram atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Autonomia financeira; Orçamento; Agências reguladoras; Comissões regulatórias; Direito Comparado.

ABSTRACT: This article discusses important attributes that strengthen the financial autonomy of regulatory agencies and makes a comparative analysis between the format of budget and financial autonomy of US regulatory commissions and that observed in Brazilian regulatory agencies. The discussion was performed in two main parts: a first part, related to the theoretical systematization on the issue of financial autonomy of regulatory agencies and a second part assigned to the comparative analysis proposed herein. Important differences about the format of accountability and about the funding for the regulator have been identified. The article also discusses important legislative proposals that address improvements to the theme in question and which are currently in the National Congress.

Keywords: Financial autonomy; Budget; Regulatory agencies; Regulatory commissions; Comparative law.

1 Mestrando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio). E-mail: brunrama@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Originariamente norte-americano², o modelo policêntrico e baseado em múltiplas agências independentes foi paulatinamente sendo adotado em outros países. Após a segunda metade da década de 80 (oitenta) – ganhando força no transcurso da década de 90 (noventa) –, foi notória a ascensão de um “Estado Regulador” (MAJONE, 1994; MAJONE, 1997) caracterizado por uma progressiva divisão de entidades anteriormente monolíticas em unidades com escopo finalístico bem definido, acompanhadas de privatizações e de um menor protagonismo estatal na atividade econômica.

Este movimento reflete uma resposta à crescente complexidade trazida pela globalização, tecnologia e demais incertezas inerentes a uma sociedade de riscos, que passou a demandar decisões cada vez mais sofisticadas e, portanto, incompatíveis com o modelo administrativo gerencial hierarquizado.

Para Marcus André Melo (2001), a independência relacionada ao funcionamento destas instituições justifica-se a partir da ideia de racionalização das burocracias e da necessidade de retirá-las da influência de fatores políticos de curto prazo. Assim,

[...] o interesse público estaria garantido na medida em que o conhecimento técnico-científico e seus agentes legítimos – os especialistas credenciados pelo emergente regime de profissões – prevalecessem na condução da coisa pública (MELO, 2001, p. 60).

Quando se fala em reforço na autonomia de agências reguladoras, vislumbra-se um *trade-off* entre a necessidade de controle por parte do poder central e a (também necessária) neutralidade decisória do regulador por meio de “blindagens” institucionais. Embora a autonomia (ou independência) das autoridades reguladoras possa ser objeto de diferentes categorizações teóricas, adota-se aqui a tipologia descrita por Julia Black e Stéphane Jacobzone (2009, p. 21), que prescrevem a divisão da autonomia regulatória em quatro grandes grupos: autonomia institucional (estrutural); autonomia funcional (normatização, licenciamento, monitoramento e *enforcement*); autonomia operacional e autonomia financeira.

É importante destacar que a temática da autonomia de agências reguladoras já foi explorada em diferentes estudos relacionados a agências reguladoras brasileiras e sob diferentes perspectivas: alguns mapeando seus níveis de independência por meio de indicadores específicos (CORREA *et al*, 2006; BATISTA, 2011; MELO *et al*, 2010), outros endereçando críticas quanto à recepção do modelo de “autoridades reguladoras independentes” dentro do contexto brasileiro, a exemplo das contribuições de Mariana M. Prado (2008; 2010; 2012).

Embora não seja algo novo, a temática da “autonomia financeira e orçamentária” ganhou recente repercussão no Brasil em decorrência de restrições financeiras retratadas pela mídia no início do ano de 2016 (ESTADÃO, 2016; DIÁRIO DE PERNAMBUCO, 2016; TERRA, 2016). Em decorrência de frustração de receitas da União, as agências foram submetidas a contingenciamentos das dotações orçamentárias provenientes dos ministérios aos quais elas estão vinculadas.

Para abordar o tema, propõe-se a divisão deste artigo em duas partes principais. Na primeira parte, será feita uma sistematização teórica dos atributos capazes de reforçar a dimensão institucional da “autonomia financeira”. Na segunda parte, tais atributos serão discutidos em um debate compara-

2 A referência internacionalmente citada é a criação da Interstate Commerce Commission no ano de 1887 para regular serviços interestaduais de transportes terrestres, conforme destacado por Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 7).

tivo entre a realidade de duas comissões reguladoras norte-americanas – *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) e *Federal Communications Commission* (FCC) e aquela observável no contexto regulatório brasileiro.

Optou-se pela escolha de “*regulatory commissions*” em razão do alto grau de independência destas entidades no ambiente regulatório norte-americano, diferenciando-se, por exemplo, das *executive agencies*, tais como a *Environmental Protection Agency* (EPA) e a *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), uma vez que seus membros diretores possuem mais independência organizacional que nestas últimas (BALL, 1984 *apud* MELO, 2001, p. 58).

2. DIFERENTES RECOMENDAÇÕES PARA A PROMOÇÃO DE AUTONOMIA FINANCEIRA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Inicialmente, vale destacar que diferentes contribuições da literatura abordam o debate sobre a independência das agências reguladoras valendo-se do uso de duas diferentes vertentes de análise: independência formal e independência de fato.

De forma resumida, “independência formal” refere-se às diferentes configurações no desenho institucional que permitam maior insulamento decisório da agência, enquanto “independência de fato” está associada à efetiva autonomia que os reguladores possuem perante o poder político central e perante o mercado regulado. Trata-se de um parâmetro tipológico que se iniciou a partir do estudo sobre bancos centrais (CUKIEMAN *et al*, 1992), foi modificado e testado empiricamente no âmbito das agências reguladoras de diferentes países e em diferentes setores por Fabrizio Gilardi (2002; 2005) e que posteriormente foi aplicado de forma ampliada por Martino Maggetti (2007), que realizou uma análise das dimensões de “independência formal” e “independência de fato” em dezesseis agências reguladoras da Europa ocidental.

Diferentes características sobre o controle e custeio das autoridades reguladoras podem desencadear maiores ou menores níveis de autonomia financeira. A partir de agora, serão discutidos os diferentes atributos que são aptos a reforçar esta dimensão da autonomia regulatória.

2.1. Apropriação direta de recursos financeiros (orçamento individualizado) e minimização dos riscos de contingenciamento

O custeio da agência pode ser oriundo tanto de apropriações diretas feitas pelo regulador quanto por meio de recursos provenientes do Tesouro Nacional (a partir de impostos). Nesse sentido, quanto maior a vinculação entre a agência e os recursos do Tesouro, maior é a exposição do regulador aos interesses do poder central.

Em vista deste maior risco institucional, o índice idealizado por Fabrizio Gilardi atribui pontuação máxima quando o custeio é advindo de fontes próprias, ou seja, sem derivação do governo central (GILARDI, 2002, p. 883; GILARDI, 2005, p. 149). Em igual sentido, outras contribuições da literatura sobre regulação recomendam que a fonte de custeio seja decorrente de apropriação direta pelo regulador (GHEVENTER, 2003; BLACK; JACOBZONE, 2004, p.24).

Outra consideração relacionada à fonte de custeio diz respeito ao controle exercido pelo Poder Legislativo no trâmite de autorização do orçamento da agência. Na submissão do orçamento regulatório ao Poder Legislativo, duas diferentes estratégias podem ser úteis para minimizar restrições orçamentárias motivadas por razões políticas.

Primeiramente, a lei pode especificar um nível mínimo de custeio a ser definido, em termos relativos, tal como um critério que preveja o custeio a depender do porte e/ou do número de empresas reguladas, por exemplo. Outra estratégia consiste em definir que a alocação orçamentária seja equâ-

nime ao nível orçamentário especificado no orçamento fiscal do ano anterior ou levando-se em conta um nível mínimo pré-especificado (KELLEY; TENENBAUM, 2004, p. 10).

Para inibir um eventual viés arrecadatório do poder central no tocante às atividades regulatórias, é preferível que o excedente entre receitas e despesas, quando existente, retorne a fundos pagos pelos regulados ou permita-se que a agência retenha esta quantia para uso próprio no ano fiscal subsequente (BROWN, 2008, p. 19).

2.2. Equilíbrio entre recursos e necessidades

A autorização orçamentária anual é uma forma de *accountability* do Congresso quanto ao espectro de atuação e quanto ao desempenho esperado da autoridade reguladora, sendo um procedimento usual nos Estados Unidos e Inglaterra, dois países de forte tradição regulatória. No bojo deste exame por parte do Poder Legislativo, cabe ao regulador demonstrar a dimensão daquilo que será custeado, o que abrange o número de empresas a serem reguladas, a estimativa de ações regulatórias planejadas para o período e o custo relacionado ao desempenho de cada uma destas atividades (KELLEY; TENENBAUM, 2004, p. 9).

Este tipo de medida permite criar um referencial claro e quantificável sobre as necessidades do regulador para fazer frente a seus objetivos previamente traçados. Assim, conhecidas as necessidades do regulador, recomenda-se que exista um equilíbrio entre a quantia estimada e a quantia disponibilizada (ACADEMY FOR EDUCATIONAL DEVELOPMENT, 2003, p. 17; BROWN, 2008, p. 13).

2.3. Independência entre a obtenção dos recursos e um tipo de decisão da agência

Dado um conjunto de decisões a serem tomadas pela autoridade reguladora perante os agentes regulados, o custeio de suas atividades não pode ser influenciado pelo tipo de decisão a ser tomada, uma vez que tal sistemática pode comprometer substancialmente a imparcialidade da instituição.

A título exemplificativo, se é função de um regulador a análise de um determinado pedido de licença para, ao final, decidir pelo deferimento ou indeferimento, a receita advinda desta atividade não pode depender do tipo de resultado a ser produzido pela agência em termos regulatórios (ACADEMY FOR EDUCATIONAL DEVELOPMENT, 2003, p. 17).

Na mesma linha de raciocínio, as receitas decorrentes de multas não deveriam ser predominantemente usadas para o custeio do próprio regulador, mas sim para a correção dos problemas regulatórios que as originaram. No contexto da regulação do setor elétrico, Elizabeth Kelley e Bernard Tenenbaum (2004) argumentam que as sanções devem ser destinadas preferencialmente para um fundo que reduza as tarifas para todos os clientes, sejam usadas como forma de subsídio para as tarifas de clientes pobres ou outros projetos como, por exemplo, subsídio a energias renováveis.³

Em alguns casos, o valor da multa não é revertido ao caixa da agência e nem aplicado em benefício do setor regulado – escoando, portanto, para outras prioridades do Tesouro Nacional. A depender do potencial de receitas decorrentes das multas recolhidas, isso pode desencadear um oportunismo arrecadatório para ambos os lados: por parte do governo central, no sentido de utilizar a quantia arrecadada aos cofres do Tesouro; e por parte do regulador, indicando o quantitativo de multas arrecadadas como referencial de *performance* e como justificativa para a requisição de maior quantidade de recursos a serem liberados no início de cada ano fiscal.

³ Nas palavras dos autores: “The commission should not be allowed to use penalties to augment its own budget. [...] If this is not feasible or the penalty is not associated with the utility’s performance relative to a specific customer, then the penalties should go into a fund that reduces tariffs for all customers, subsidizes the tariffs of poor customers or provides for other energy-related public benefits, e.g., subsidizing electrification or renewable energy”. (KELLEY; TENENBAUM, 2004, p. 10).

2.4. Estabilidade das fontes de custeio no decurso do tempo

Deve-se evitar que as fontes de custeio estejam sujeitas a volatilidades e alterações produzidas por fatores totalmente fora do controle do regulador (ACADEMY FOR EDUCATIONAL DEVELOPMENT, 2003, p. 18).

Isso compreende todas as questões fáticas e jurídicas com a capacidade de influenciar no ritmo e na quantidade de receita proveniente da fonte de custeio, seja pelo fato gerador estar baseado em algum tipo de ocorrência que pode simplesmente deixar de existir, seja pela existência de eventuais inconsistências jurídicas que podem dar ensejo a impugnações judiciais.

Considerando a complexidade da seara regulatória e a contínua capacidade dos agentes econômicos em inovar e redesenhar a estrutura de prestação de seus produtos e serviços, as formas de cobrança devem ser aptas a garantir uma suficiente flexibilidade para que as fontes de custeio do regulador sejam “adaptáveis” a estes diferentes cenários e contextos de inovação.

2.5. Hibridismo das fontes de custeio

Dentro de uma lógica bastante semelhante ao atributo da “estabilidade”, o hibridismo das fontes de custeio confere maior segurança e mitiga alguns riscos inerentes à dependência de poucas fontes de custeio da atividade do regulador (ACADEMY FOR EDUCATIONAL DEVELOPMENT, 2003, p. 18).

Aqui, sugere-se que a composição de receitas englobe uma pluralidade de circunstâncias fáticas e de fontes de cobrança, tais como: taxas de fiscalização, licenças, autorizações, remuneração por prestação de serviços, dentre outros exemplos.

O hibridismo também é alcançado quando se observa maior diversidade de agentes regulados: uma agência que regula apenas três empresas reguladas possui uma menor pluralidade de fontes pagadoras que outra que possua trezentas empresas sob sua tutela regulatória⁴.

2.6. Menor influência dos regulados ou do poder político central sobre o planejamento orçamentário traçado pelo regulador

A livre disposição do regulado para determinar como serão designados os seus gastos é fundamental para a autonomia funcional das agências, pois isso lhes garante maiores níveis de autonomia “de fato” (GILARDI, 2002, p. 882; GILARDI 2005, p. 149). O ponto enfatizado aqui é a necessária discricionariedade que deve possuir o regulador para a escolha das prioridades e da alocação de seu respectivo custeio (KELLEY; TENEBBAUM, 2004, p. 10).

Uma forma de proteger o orçamento da agência contra uma eventual manipulação política (ou ministerial) é a elaboração de uma poderosa e detalhada estimativa das despesas a serem feitas. Quando o planejamento orçamentário é o mais transparente possível, criam-se maiores constrangimentos àqueles interessados em alterar a destinação orçamentária, uma vez que tais movimentações permitem visualizar quais projetos serão prejudicados e, com efeito, torna a interferência mais visível “à luz do dia” (BROWN, 2008, p. 20). Nesse sentido, um orçamento mais consistente demanda um necessário aprimoramento dos mecanismos de *accountability* e transparência regulatória do próprio regulador.

4 Obviamente, o custo para a realização das cobranças e a operacionalização de eventuais medidas de enforcement é muito maior quando o mercado regulado está pulverizado entre inúmeras empresas. Nesse sentido, o enfoque analítico aqui comparado se restringe exclusivamente ao grau de diversificação de fontes de pagamento.

3. UM COMPARATIVO ENTRE AS REGULATORY COMMISSIONS NORTE-AMERICANAS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Baseando-se nos atributos de autonomia financeira enumerados pelo item anterior, esta seção buscou identificar registros descritivos sobre o custeio e organização financeira da *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) e da *Federal Communications Commission* (FCC)⁵ e compará-los ao paradigma brasileiro.

A estrutura gerencial de ambas as comissões é bem semelhante: são dirigidas por cinco comissários nomeados pelo presidente da república e sabatinados pelo senado (sendo um deles o presidente da instituição); mandato fixo de cinco anos; impossibilidade de nomeação de mais de três comissários pelo mesmo partido político; e supervisão direta pelo Congresso Nacional.

No tocante às atribuições regulatórias, ambas exercem regulação econômica no setor de infraestrutura: (i) a *FERC* regula a geração e a transmissão de energia (não regula a distribuição ao consumidor), além da regulação de gás natural e óleo; (ii) a *FCC* regula as comunicações interestaduais e internacionais nos diferentes meios de transmissão, tais como: rádio, televisão, cabo, satélite e fibra ótica.

Nestas comissões, a apropriação de recursos depende do prévio repasse do Tesouro Nacional, que é feita posteriormente à aprovação do orçamento para o ano fiscal correspondente. Neste procedimento de aprovação, a proposta orçamentária anual é inicialmente examinada pelo órgão supervisor regulatório do Poder Executivo - *OMB* (*Office of Management and Budget*) e só então encaminhada ao Poder Legislativo, que fica incumbido de aprová-la (FCC, 2015).

Nesta sequência, a requisição orçamentária anual das *regulatory commissions* correlaciona as despesas necessárias para cada uma das metas traçadas para a *performance* daquele mesmo ano, tornando-se maior o custo político para não autorizar parte destas despesas, porquanto isso implica que o governo questione a metodologia de cálculo ou admita, *ex-ante*, que certas medidas regulatórias até então programadas serão prejudicadas em decorrência do veto governamental (proveniente do *OMB* ou do Parlamento).

De posse de todos os recursos necessários para o seu funcionamento anual, os recursos recolhidos pelas comissões no transcurso do ano são apropriados pelo Tesouro Nacional até o completo reequilíbrio entre valor requisitado no início do ano fiscal e montante recolhido no curso da atuação regulatória naquele mesmo ano. Eventual excedente não fica retido pela agência dentro do mesmo ano fiscal.^{6 7}

A sistemática de repasse financeiro no Brasil difere do procedimento norte-americano, especialmente no que concerne ao modelo de planejamento orçamentário e ao repasse daqueles recursos autorizados pelo Poder Legislativo.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 165, estabelece três planeja-

5 Optou-se em adotar as agências de energia elétrica e telecomunicações por corresponderem a dois relevantes setores de infraestrutura que são submetidos, respectivamente, à regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica e pela Agência Nacional de Telecomunicações.

6 Sobre a FERC, importa destacar o seguinte trecho extraído do estudo de Elizabeth Kelley e Bernard Tenenbaum: “The annual charges are collected directly by FERC, which then turns over the funds to the U.S. Treasury Department. The Treasury in turn allots the total budgeted funds (equal, in theory, to the amount of funds collected from annual charges) to FERC. Any excess funds beyond the budgeted amount are rolled over to the FERC budget for the following year”. (KELLEY; TENENBAUM, 2004, p. 4).

7 De acordo com o Relatório de estimativa orçamentária da FCC para o ano fiscal de 2016, nenhum excedente relacionado ao orçamento estimado é utilizado pela autoridade reguladora, consoante trecho transcrito a seguir: “Appropriations language for FY 2015 prohibits the Commission from using any excess offsetting collections received in FY 2015 or any prior years. The Commission proposed the same treatment of excess collections in its FY 2016 budget request. As of September 2014, the Commission has collected just over \$90 million in excess regulatory fees”. (FCC, 2015, p. 37).

mentos estabelecidos por instrumento legal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. O primeiro tem vigência de quatro anos, estabelece os programas e metas governamentais de longo prazo e consiste em um planejamento conjuntural (TORRES, 2013, p. 172). As Diretrizes Orçamentárias definem uma orientação anual sobre as metas e prioridades da administração pública federal e, desta forma, orienta a execução a ser definida pela Lei Orçamentária Anual (TORRES, 2013, p. 174). Por fim, a Lei Orçamentária Anual é o instrumento com maior detalhamento e discrimina o orçamento fiscal para cada uma das unidades orçamentárias – o que compreende todas as receitas e despesas dos três poderes da União, incluindo os fundos e órgãos da administração pública direta e indireta (TORRES, 2013, p. 175).

A estipulação de receitas e despesas de forma antecipada implica em estimativas de entradas e saídas de recursos. Com o advento da Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2000), denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, foram estabelecidas inúmeras previsões de controle de gastos, inclusive aqueles com pessoal, para cada ente da federação (TORRES, 2013, p. 181).

Considerando os limites para gastos, é fundamental compreender que a efetiva realização de uma despesa por uma instituição pública brasileira percorre três fases distintas: empenho, liquidação e pagamento. O “empenho” é o ato pelo qual se reserva, do total da dotação orçamentária, a quantia necessária ao pagamento da despesa já autorizada pelo Poder Legislativo. Na sequência, ocorre a “liquidação” da despesa, em que a administração verifica a ocorrência do fato gerador da despesa e calcula a quantia exata a pagar. Por fim, o “pagamento” é o momento final da realização da despesa pública (TORRES, 2013, p. 198).

Embora exista uma requisição de verbas por meio de relatórios que trazem estimativas sobre gastos futuros, os recursos aprovados pelo legislativo não são transferidos à agência reguladora de uma só vez, mas são disponibilizados aos ministérios em cada competência mensal – que podem contingenciar tais valores ou endereça-los a outras destinações que entenda mais “urgentes” em circunstâncias de aumento imprevisto de despesas ou frustração na arrecadação de receitas⁸. Assim, a falta de transparência e/ou irresponsabilidade na elaboração de estimativas orçamentárias permite que, quando frustradas as projeções, prevaleça o arbítrio burocrático do Poder Executivo sobre onde deve ser prioritária a alocação do gasto público.

Adicionalmente, a permanente expectativa relacionada à ocorrência de cortes orçamentários em algum momento da competência anual acaba estimulando condutas oportunistas das diferentes unidades de despesa, tais como aquelas descritas por Gustavo H. Franco (1995, p. 214): (i) priorização da realização de despesas menos importantes para, quando constatada a escassez de recursos, solicitar prioridade das despesas de grande importância; (ii) iniciação de projetos ou atividades sem o devido planejamento, para que se tornem “irreversíveis” e mais difíceis de cancelar no momento de escassez; e (iii) clientelismo e forte influência do Ministério da Fazenda no andamento das políticas públicas.

Destarte, quando uma agência sofre restrições quanto à destinação e empenho de suas despesas, recebendo valores abaixo daqueles autorizados pela Lei Orçamentária Anual, há grande risco de obstrução à sua autonomia financeira, pois tal restrição é decorrente de um exame discricionário da Administração Pública direta (Ministério) e que pode ser influenciado por razões políticas. Assim, quando se verifica a frustração na arrecadação de receitas e/ou o aumento das despesas, a administração pública federal (Poder Executivo) impõe restrições aos gastos de várias unidades orçamentárias, limitando o volume de empenho por ato próprio de cada um dos poderes (SILVA, 2004).

Sobre o tema, vale ressaltar o artigo de Erison Honda Xavier (2011), que demonstrou a ocor-

8 O artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) estabelece regras voltadas a assegurar o equilíbrio orçamentário e financeiro, a ser obtido mediante a limitação de empenho e da movimentação financeira ao montante da receita arrecadada. Não cabe essa limitação para as despesas “compulsórias”, tais como os pagamentos da dívida pública e dos gastos com pessoal.

rência de uma acumulação de reservas financeiras através de contingenciamentos na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Embora as receitas da ANEEL tenham apresentado um aumento a partir de 2003, o governo restringiu o empenho dos gastos então autorizados pelo Poder Legislativo, mantendo-se o custeio operacional da autarquia em patamares inferiores ao orçamento autorizado pela Lei orçamentária – o que, por seu turno, trouxe prejuízos ao planejamento da agência na alocação de seus recursos.

Como exposto pelo autor, a ANEEL foi submetida a um contingenciamento da ordem de 77% da receita em 2007, de 54% em 2008 e de 65% em 2009, que foram convenientes para criar um excedente financeiro que teve um conveniente papel instrumental dentro do contexto de esforço fiscal da União, consistindo em uma reserva “arrecadatória” e uma desvirtuação do regime de financiamento, haja vista que tais receitas não deveriam servir como ferramenta de esforço fiscal (XAVIER, 2011).

No que concerne à composição estrutural do custeio da FERC e da FCC, observa-se que as receitas de ambas as entidades derivam majoritariamente da cobrança de taxas regulatórias (FERC, 2016; FCC, 2015, p. 39). Quanto ao fato gerador, todas as taxas recolhidas independem do desfecho dado pela autoridade reguladora em licenças, renovações de licenças ou quaisquer outros resultados pleiteados pelo ente regulado (FCC, 2015, p. 39). Em ambos os quesitos, o perfil das comissões regulatórias norte-americanas se assemelha com aquele verificado nas agências reguladoras brasileiras.

Especificamente quanto ao procedimento de apropriação de recursos, é possível identificar importantes diferenças entre o formato norte-americano e aquele presente no caso brasileiro pois: nas *regulatory commissions*, há maior prestação de contas (*accountability*) na correlação entre as despesas estimadas e cada um dos objetivos definidos pelo relatório de estimativa orçamentária para o ano fiscal, o que não é tão claro nas estimativas orçamentárias de agências brasileiras⁹; nos Estados Unidos, os recursos autorizados no início do ano fiscal ficam à disposição do regulador, enquanto no Brasil o empenho das despesas pode sofrer contingenciamentos pela pasta ministerial correspondente no transcurso do ano; e embora a FERC faça parte da estrutura do Departamento de Energia, são raros os deslocamentos de verba a partir de determinações da pasta ministerial – fato que se observa no Brasil quando são realizados os contingenciamentos de despesa para observância de resultado primário ou nominal.

Atualmente, diferentes iniciativas legislativas encontram-se em trâmite no Congresso Nacional com o fito de reforçar a autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras, destacando-se as seguintes propostas: (i) alteração do artigo 9º, §2º da Lei Complementar nº 101/2001, com exclusão das receitas de agências reguladoras de eventual contingenciamento¹⁰ e (ii) criação de rubricas orçamentárias próprias para agências reguladoras, garantindo-lhes maior autonomia perante seus respectivos ministérios¹¹.

O tema também vem sendo discutido no âmbito do Projeto de Lei do Senado nº 52 de 2013 (de autoria do senador Eunício Oliveira), que foi submetido a emendas substitutivas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN),

9 Esta, aliás, foi uma das conclusões de um extenso estudo contratado pelo PROREG para analisar aspectos orçamentários das agências reguladoras: “[...] A falta de definição adequada de indicadores e metas limita o controle social e a avaliação pública da atuação das agências, o que retira legitimidade à defesa de maior autonomia dessas entidades. O tratamento diferenciado deve ter como contrapartida maior transparência e clareza na definição e detalhamento dos resultados a que se propõem” (PRO-REG, 2010, p. 242).

10 Nesse sentido, temos os seguintes projetos de Lei Complementar: PLP nº 471/2009, PLP nº 68/2007 e PLP nº 30/2003. Além disso, em 2016 a matéria também foi suscitada em sugestão de emenda à Lei de Diretrizes Orçamentárias (SLD nº 6/2016).

11 Trata-se da proposta trazida pelo PL nº 4708/2016, que foi apensado ao PL nº 2760/2003 (que, por sua vez, encontra-se apensado ao PL nº 2275/2003). No mesmo sentido, a proposta do parágrafo único do artigo 3º do Projeto de Lei do Senado nº 52/2013 (emenda substitutiva da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), que será descrito em detalhes logo adiante.

ambas do Senado Federal. Atendendo a uma recomendação do Tribunal de Contas da União, foi incorporado um parágrafo primeiro no art. 3º da proposta original, fazendo com que cada Agência Reguladora corresponda a um órgão orçamentário do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal (SENADO FEDERAL, 2015).

Inspirados na experiência adotada nos EUA, sugeriu-se a substituição do atual instrumento de “contrato de gestão” pelos documentos “Plano Estratégico de Trabalho” e “Plano de Gestão e Desempenho”. O Plano Estratégico prevê uma duração quadrienal e estabelece previsões sobre as metas, objetivos e resultados esperados na atuação da agência reguladora nesse período. Já o Plano de Gestão Anual tem por objetivo a indicação: (i) das metas anuais; (ii) dos recursos e processos necessários para que elas sejam atingidas; e (iii) do conjunto de temas prioritários que serão regulamentados pela respectiva agência (SENADO FEDERAL, 2016).

O quadro a seguir resume as principais legislativas propostas em andamento:

Quadro 1. Propostas legislativas especificamente destinadas ao reforço da autonomia financeira e orçamentária de agências reguladoras brasileiras.

Projeto	Casa Legislativa	Resumo
PLP nº 471/2009	Câmara dos Deputados	Alteração da Lei Complementar nº 101/2001. Excluir as receitas orçamentárias de agências reguladoras das hipóteses de contingenciamento
PLP nº 68/2007	Câmara dos Deputados	Alteração da Lei Complementar nº 101/2001. Excluir as receitas orçamentárias de agências reguladoras das hipóteses de contingenciamento
PLP nº 30/2003	Câmara dos Deputados	Alteração da Lei Complementar nº 101/2001. Excluir as receitas orçamentárias de agências reguladoras das hipóteses de contingenciamento
PL nº 4708/2016	Câmara dos Deputados	Criação de rubricas orçamentárias próprias para agências reguladoras
PLS nº 52/2013 (substitutivo da CCJ)	Senado Federal	Substituição do atual instrumento de “contrato de gestão” pelos documentos “Plano Estratégico de Trabalho” e “Plano de Gestão e Desempenho”

Fonte: Elaboração própria.

Ainda que exista voluntarismo da classe política para a implementação das mudanças legislativas apontadas no sentido de reforçar a *accountability* de cada autoridade reguladora no tocante às despesas e às metas correspondentes, permanecerá o desafio de conciliar a agenda da autonomia financeira e orçamentária de agências reguladoras com o contexto de crise fiscal que se observa na atualidade, no qual surgem iniciativas como a Proposta de Emenda à Constituição nº 87/2015, que propõe a desvinculação de 30% das taxas da União – o que engloba os recursos provenientes das taxas de agências reguladoras (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Outrossim, a autonomia orçamentária e financeira que já é conferida aos entes do Poder Judiciário e Ministério Público tem revelado gastos desproporcionais e crescentes quando comparados aos realizados pelos outros poderes – o que vai na contramão da atual necessidade de austeridade fiscal e, com efeito, promove uma influência negativa para um eventual projeto de insulamento financeiro e orçamentário das agências reguladoras brasileiras.

Por fim, a análise das *regulatory commissions* norte-americanas é útil para ilustrar como a autonomia financeira do regulador não é prejudicada com um duplo escrutínio orçamentário

(OMB e parlamento) quando a sua operacionalização é realizada em um ambiente de maior amadurecimento político. Para o caso brasileiro, a definição de instrumentos formais de autonomia por meio de legislação escrita certamente é um importante passo a ser dado, embora outros fatores institucionais sejam igualmente relevantes para uma autonomia financeira “de fato”. Como exposto por Martino Magetti (2007, p. 282), o fortalecimento deste tipo de autonomia tem forte correlação com o tempo de existência da agência reguladora, como o desenho do controle horizontal exercido mutuamente por autoridades independentes (“rede de agências independentes”) e com a existência de diferentes organismos com poder de veto.

4. CONCLUSÃO

Este artigo sistematizou diferentes recomendações associadas à autonomia financeira de autoridades reguladoras e realizou uma análise comparada entre autoridades reguladoras norte-americanas e brasileiras no tocante a esta matéria.

Embora o Brasil tenha adotado um modelo de agências reguladoras independentes com fontes próprias de receita, existem problemas relacionados à imprecisão na estimativa das despesas para cada meta regulatória e à existência contingenciamentos orçamentários que interferem diretamente no funcionamento destas instituições.

Em face deste problema, algumas soluções formais no sentido de reforçar a autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras brasileiras podem ser indicadas para minimizar a interferência política e permitir maior solidez financeira no desempenho de suas funções institucionais, tais como a criação de uma unidade orçamentária própria, o reforço na apresentação de informações sobre os custos da regulação (no rito de aprovação das despesas), a proteção dos recursos contra contingenciamentos e uma melhor destinação dos recursos provenientes da cobrança junto às empresas reguladas (especialmente aquelas provenientes de multas).

As recentes iniciativas legislativas que ainda estão em debate no Congresso Nacional representam uma louvável preocupação do Poder Legislativo para o reforço do aparato legal acerca do tema. O problema, entretanto, não se limita à seara das agências reguladoras e precisa ser debatido dentro de um escopo mais amplo e que leve em conta a legislação que regula as finanças públicas do País e o grau de interferência do Poder Executivo no orçamento de diferentes instituições da Administração Pública Indireta.

REFERÊNCIAS

ACADEMY FOR EDUCATIONAL DEVELOPMENT. 2003. *Comparative Study of Regulatory Fiscal Autonomy Around the World*. Prepared for the Philippine Energy Regulatory Commission by the Academy for Educational Development Under USAID Contract No. LAG-I-00-98-00011-00. Disponível em: <http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/AcademyforEducationalDevelopment_Fiscal_Autonomy_Review.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 10 (maio/jul.), 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BATISTA, Mariana. *Mensurando a independência de agências reguladoras*. Planejamento e políticas públicas (ppp), n. 36 (jan./jun.), 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/227/222>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BLACK, Julia; JACOBZONE, Stéphane. “Tools for Regulatory Quality and Financial Sector Regulation: A Cross-Country Perspective”, *OECD Working Papers on Public Governance*, No. 16, OECD Publishing.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101* de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. 2000.

BROWN, Ashley. *The Funding of Independent Regulatory Agencies: A Special Report to the Public Utilities Commission of Anguilla* (Jun./2008). Disponível em: <<https://www.hks.harvard.edu/hepg/Papers/AnguillaPUC.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (2015). Proposta de Emenda à Constituição nº 87 de 08 de julho de 2015. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1567815>>. Acesso em: 10 ag. 2016.

CORREA, Paulo (*et al*). *Trends and Policy Options. Regulatory Governance in Infrastructure Industries Assessment and Measurement of Brazilian Regulators* (World Bank), 2006. Disponível em: <<http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-0-8213-6609-7>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CUKIERMAN, A.; WEBB, S.; NEYAPTI, B. Measuring the Independence of Central Banks and its Effects on Policy Outcomes. *The World Bank Economic Review*, v. 6, n. 3, 1992.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. *O orçamento terá novo corte* (23/03/2016). Disponível em: <http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/economia/2016/03/23/interna_economia,140574/orcamento-tera-um-novo-corte.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2016.

ESTADÃO. *Diretor da Aneel criticou medidas do governo sobre a autonomia da agência* (24/05/2016). Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,diretor-da-aneel-criticou-medidas-do-governo-sobre-a-autonomia-da-agencia,10000053201>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FCC – FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2015). *Fiscal Year 2016 Budget Estimates Submitted to Congress*, February 2015. Disponível em: <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-331817A1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FERC – FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION (2016). *2017 Congressional Performance Budget Request and 2015 Annual Performance Report*. Disponível em: <<http://www.ferc.gov/about/strat-docs/2016/FY17-Budget-Request.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FRANCO, Gustavo H. *O Plano Real e Outros Ensaios*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.

GHEVENTER, Alexandre. *Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia*. Tese de doutorado do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), 2003.

GILARDI, Fabrizio. Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis. *Journal of European Public Policy* 9(6): 873-893, 2002.

GILARDI, Fabrizio. The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors. *Swiss Political Science Review* 11(4): 139-167, 2005.

KELLEY, Elizabeth; TENENBAUM, Bernard. Funding of Energy Regulatory Commissions. *Energy Working Notes*. Março, 2004. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/817641468762588575/Funding-of-energy-regulatory-commissions>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MAGGETTI, Martino. De Facto Independence after Delegation: A Fuzzy-Set Analysis. *Regulation & Governance* 1(4): 271-294, 2007.

MAJONE, Giandomenico. The rise of regulatory state in Europe. *West European Politics*. Volume 17, Ed 3, 1994.

MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes

in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*. Vol. 17, No. 2 (May - Aug., 1997), p. 139-167.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 16., Nº 46 (jun), 2001.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos; WERNECK, Heitor. Delegation Dilemmas: Coalition Size, Electoral Risk, and Regulatory Design in New Democracies (October 6, 2009). *Legislative Studies Quarterly*, 2010.

PRADO, Mariana M. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, p.435-503, 2008.

PRADO, Mariana M. Presidential Dominance: The Relationship between the Executive Branch and Regulatory Agencies in Brazil. In: Rose-Ackerman S, Lindseth PL (eds) *Comparative Administrative Law*, p. 225–245. Edward Elgar, Cheltenham, 2010.

PRADO, Mariana M. Implementing independent regulatory agencies in Brazil: The contrasting experiences in the electricity and telecommunications sectors. *Regulation & Governance* v.6, p.300-326, 2012.

PRO-REG (Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória). *Agências Reguladoras: aspectos relevantes da execução orçamentária, financeira e fontes de financiamento e análise de desempenho no período 1999-2009* (consultor: Ilvo Debus). Contrato nº 002/2010 - Avaliação da Execução Orçamentária e Financeira no período de 1999 a 2009, disponibilizado em dez/2010. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 52 de 2013*, sob relatoria do Senador Walter Pinheiro, aprovado em 30/09/2015. Minuta disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=179881&tp=1>>. Acesso em: 05 set. 2016.

SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional sobre o Projeto de Lei do Senado nº 52 de 2013*, sob relatoria da Senadora Simone Tebet, aprovado em 17/08/2016. Minuta disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=198748&tp=1>>. Acesso em: 05 set. 2016.

SILVA, Rubens Luiz Murga da. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Limitação da Despesa na Administração Pública Federal. R. *CEJ*, Brasília, n. 26, p. 69-78, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/627/807>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

TERRA. *Governo anuncia corte de R\$ 23,4 bilhões no Orçamento do ano* (19/02/2016). Disponível em: <<http://economia.terra.com.br/governo-anuncia-corte-de-r-234-bilhoes-no-orcamento-deste-ano,35426742b6920d8dfafbfd7a2e8f05686bgig7ws.html>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

XAVIER, Erison Honda. Estudo sobre a autonomia financeira e orçamentária da Agência Nacional de Energia Elétrica, analisada a partir do contingenciamento e da vinculação de despesas no orçamento público federal no período compreendido entre 2000 e 2009. *Cad. Fin. Públ.*, Brasília, n. 11, p. 113-135, dez. 2011.

Recebido em: 06/10/2016

Aprovado em: 25/11/2016

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS DE SAÚDE NO BRASIL

THE THEORY OF RESERVE FOR CONTINGENCIES AND ITS USE BY THE JUDICIARY IN HEALTH'S DEMANDS IN BRAZIL

EMMANUELLE KONZEN CASTRO 1

RESUMO: A expressão “reserva do possível” surgiu na jurisprudência germânica na década de 70, por meio do julgamento de dois controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera. Logo após, a expressão se difundiu, podendo-se falar em uma “teoria da reserva do possível”. A expressão passou a ser utilizada não só na Alemanha, mas também em Portugal e no Brasil. No entanto, verifica-se que o traslado da teoria para a jurisprudência nacional ganhou um sentido diferenciado do originário advindo da jurisprudência germânica. Objetiva-se, com este artigo, fazer um estudo da teoria da “reserva do possível” advinda da decisão BVerfGE 33,303 (*numerus clausus*) germânica e analisar os problemas interpretativos e que permeiam o uso da teoria no Brasil, utilizando-se como aporte o direito comparado.

Palavras-chave: Direito Constitucional brasileiro; Direito Constitucional germânico; Efetividade dos direitos sociais; Reserva do possível.

ABSTRACT: The term “reserve for contingencies” arose in a German lawsuit in the 70s, during the trial of two specific controls, presented by the Administrative Court of Hamburg and Bavaria. Soon after, the term spread, and it’s possible to talk about a “theory of reserve for contingencies.” The expression began to be used not only in Germany but also in Portugal and Brazil. However, one can notice a change in the meaning of the term, originated from German jurisprudence. Therefore, the purpose of this paper is to study the theory of “reserve for contingencies” arising from the trial of the case BVerfGE 33.303 (*numerus clausus*) German and analyze interpretative problems that permeate the use of this theory in Brazil, based in Comparative Law.

Keywords: Brazilian Constitutional law; German Constitutional law; Effectiveness of social rights; Reserve for contingencies.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES. Pesquisadora do Núcleo de Estudos *Paideia* Jurídica. Foi professora do Curso de Aperfeiçoamento do CAED-UAB/SECADI “Paideia Jurídica na Escola” (2014). Advogada. E-mail: emmanuellekonzen.adv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Neste texto, faz-se uma reflexão acerca da expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), criada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em um contexto específico e analisar a real interpretação da teoria em sua forma originária, por meio da análise dos argumentos utilizados no julgado. O texto faz também um breve estudo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e de como é estruturado o Tribunal Constitucional Federal alemão. Pretende-se de forma comparativa, analisar a interpretação que é dada à expressão “reserva do possível” no Brasil e sua utilização pelo Judiciário, principalmente nas demandas de saúde e indicar possíveis equívocos e deturpações que ocorreram ao se importar a expressão e aplica-la para denegar direito fundamental indispensável à vida. Entende-se que deve se dar uma interpretação condizente com a dignidade da pessoa humana e com a máxima eficácia das normas constitucionais, sempre protegendo o direito ao mínimo existencial do cidadão.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL GERMÂNICO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O Tribunal Constitucional Federal é o órgão jurisdicional máximo na Alemanha, possuindo competências parecidas com o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Segundo Jürgen Schwabe:

A função do Tribunal Constitucional é a concretização da Constituição por meio de sua interpretação. Desse modo, sua tarefa é desenvolvida, não apenas no campo do conhecimento do direito, mas também no da criação. Daí decorre que no centro de sua jurisprudência se encontre a proteção dos direitos fundamentais. O Tribunal determina as diferentes funções de um direito fundamental, e dá sempre prevalência àquela interpretação que expressa com maior vigor a efetividade jurídica da norma respectiva. (SCHWABE, 2005, p. 29-30)

Ainda segundo o autor, a importância do Tribunal Constitucional Federal somente pode ser compreendida a partir do conhecimento do sistema organizacional constitucional da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) e de sua interpretação pelo próprio Tribunal. Os aspectos relevantes abarcam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional Federal e o *status* que o Tribunal possui de órgão constitucional, diferenciado dos órgãos jurisdicionais e de todos os demais órgãos constitucionais, com preponderância da interpretação e aplicação das normas constitucionais. (SCHWABE, 2005)

Segundo Gilmar Mendes (2007), a Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias, mas desempenha uma função especial, que é a jurisdição constitucional.

O Tribunal Constitucional Federal é constituído por dois senados, cada um composto por oito juízes. O primeiro senado decide primordialmente, sobre direitos fundamentais e o segundo, sobre matéria de organização do Estado. Além dos senados, funcionam duas Câmaras compostas por três juízes, que tem a atribuição de decidir sobre questões de admissibilidade da Reclamação Constitucional e, considerados alguns pressupostos, até mesmo sobre o deferimento da mesma. (SCHWABE, 2005)

Com relação à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, tem-se que ela foi aprovada logo após a Segunda Guerra Mundial, daí percebe-se a primazia que ela dá aos direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana e os direitos de liberdade, previstos logo nos primeiros artigos. É considerada a lei máxima alemã, sob as quais todas as demais leis e órgãos devem se submeter. Na primeira parte da Lei Fundamental, estão previstos os direitos fundamentais e a partir do artigo 20 estão positivados os direitos de organização estatal.

Segundo Andreas J. Krell, “atribuiu-se, de maneira geral, à Alemanha um certo “papel pioneiro” no tratamento doutrinário e jurisprudencial dos Direitos Fundamentais no seio da Comunidade (e posterior União) Européia”. (KRELL, 2002, p.43). A diferença é que a Lei Fundamental, não positivou de forma expressa nenhum direito social como, por exemplo, o direito dos trabalhadores, direito à saúde, educação, etc², como acontece na Constituição Brasileira de 1988 e na Constituição Portuguesa. Segundo Krell, tal fato se deve “às más experiências com a Carta anterior de Weimar” (KRELL, 2002, p. 45). Para a doutrina alemã, essa Carta serviu como um modelo de Constituição fracassada que contribuiu para a radicalização da política e para a tomada do poder pelos nazistas em 1933.

Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora. (KRELL, 2002, p. 46)

Ainda que os direitos sociais não estejam positivados na Lei Fundamental alemã de 1949, eles são passíveis de tutela estatal.

A não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do “Estado social” (artigo 20, LF), representa uma “norma-fim de Estado” (*staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como “mandados” (*Aufträge*) e não propriamente direitos. (KRELL, 2002, p. 48)

A Constituição brasileira de 1988, diferentemente da alemã, positivou uma série de direitos fundamentais-sociais, em seu artigo 6º. Ainda assim a Carta Magna possui em grande parte os mesmos princípios e garante os mesmos direitos que a Lei Fundamental alemã.

Nesse sentido Krell ressalta:

A dogmática constitucional alemã certamente é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental de 1949. Essas doutrinas germânicas disseminaram-se através de doutrinadores da Espanha e de Portugal, países que, por sua proximidade cultural e linguística, exerceram forte influência nas ciências jurídicas brasileiras, sobretudo no âmbito do Direito Público. (KRELL, 2002, p. 46)

Verifica-se que, embora a dogmática constitucional alemã tenha contribuído positivamente na formulação de alguns princípios e direitos fundamentais no Brasil, nem sempre a sua jurisprudência deve ser adaptada à realidade brasileira. Ora, a Alemanha há alguns anos já vivencia o Estado de bem estar social (*welfare state*), não passando pelos graves problemas sociais existentes no Brasil, que ainda luta para erradicar a pobreza extrema e a fome, sem contar os altos níveis de corrupção e desvios de verba pública existentes no país que dão destinação adversa aos recursos públicos, do previsto constitucionalmente.

Segundo Jan Woischinik (SCHWABE, 2005), diretor do programa Estado de Direito para a América do Sul, verifica-se que há uma tendência na cultura nacional e que também está presente no Direito,

2 Com exceção do direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade, previsto no artigo 6º, IV.

de importação e tradução de termos utilizados em países de culturas e realidades sociais totalmente diferentes da brasileira de forma cega, ou em certos casos, instrumentalizando-os, sem lembrar ou ser capaz de compreender a proveniência de seu uso no contexto presente. Ressalta, ainda que “deve-se ter cuidado ao verter para uma língua estrangeira certos pronunciamentos de um tribunal alemão sem conhecer muito bem o contexto específico em que a sentença foi proferida” (SCHWABE, 2005, p. 28).

Segundo o mesmo autor, indubitavelmente, a jurisprudência alemã não deve ser aplicada em uma relação equivalente nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos, tendo em vista que:

Nossas constituições baseiam-se, em grande medida, nos mesmos princípios, e garantem os mesmos direitos; em alguns casos, até no seu teor são idênticas. Isto porque as constituições latino-americanas foram, de modo geral, concebidas consoante o modelo das constituições europeias e norte-americana. Entretanto, na realização dos direitos fundamentais não foi atingido em todos os lugares idêntico padrão. O traslado das liberdades e direitos garantidos para a realidade social requer uma instituição independente, cuja função seja a de vigiar esse processo. Enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão teve 50 anos para desenvolver sua jurisprudência constitucional, nos países latino-americanos os tribunais constitucionais e as salas constitucionais são criações relativamente recentes – ou ainda por realizar-se. (SCHWABE, 2005, p. 28)

Nesse sentido, torna-se questionável a apropriação e a aplicação de determinados conceitos utilizados na jurisprudência estrangeira pelos Tribunais brasileiros, sem antes haver um estudo adequado do contexto e das condições em que aquele julgado ocorreu. Foi constatado que muitas vezes a interpretação desses conceitos é feita de maneira distorcida e totalmente diversa da jurisprudência que os originou, gerando uma verdadeira modificação do real significado da teoria quando da sua aplicação ao caso concreto.

Para ilustrar o que foi dito partiu-se da análise da decisão BVerGE 33,303 (*numerus clausus*) germânica que serviu de ponto de partida para a estruturação originária da teoria da “reserva do possível”, que vem sendo utilizada corriqueiramente pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

3. ESTUDO DO CASO BVERFGE 33,303 (NUMERUS CLAUSUS) GERMÂNICO E DA TEORIA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na decisão BVerGE 33,303³ (*numerus clausus*) na Alemanha, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. O caso analisou a constitucionalidade, em controle concreto, das leis estaduais de Hamburg (Lei Universitária de Hamburg) e da Baviera (Lei de Admissão às Universidades Bávaras). Essas leis estabeleciam limitações de acesso ao ensino superior no curso de medicina, fato que foi questionado perante o Tribunal Constitucional Federal. Foi alegada a afronta ao artigo 12, I da Lei Fundamental alemã, que estabelece que: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e de aprendizagem. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei.” (ALEMANHA, 1949).

Em decorrência da limitação do número de vagas no curso, vários candidatos tinham que ficar esperando a oferta de novas vagas e os que não tinham condições de esperar optavam por outro curso, o que prejudicava a liberdade de livre exercício profissional.

Ressalta-se um dos argumentos utilizados pelo Tribunal é que nesse caso o número de es-

3 Decisão foi consultada em Schwabe, Jüngen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. A decisão pode ser consultada no idioma original em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

tudantes de medicina na cidade de Hamburg e Baviera já era demasiadamente alto, não sendo necessária a abertura de novas vagas, conforme trecho da decisão:

Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (Rahmenplan) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros Hamburg e Baviera, acrescenta-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha]. (SCHWABE, 2005, p. 664-665).

Ademais, por meio do trecho da decisão abaixo, percebe-se que houve o cuidado para que a aplicação do *numerus clausus* observasse a razoabilidade, de modo que não houvesse um crescimento absoluto do número de pessoas recusadas no curso de medicina:

Se o número das pessoas recusadas aumentar excessivamente, como no caso do curso de medicina, até muito além da metade dos candidatos, o direito protegido constitucionalmente de admissão restará ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude desses efeitos, não se pode negar que o *Numerus Clausus* absoluto se encontre à margem do constitucionalmente aceitável. (SCHWABE, 2005, p. 662-663).

Em linhas gerais, o caso em questão trata do questionamento sobre a não existência de vagas para todos os candidatos que quiserem ingressar no curso de medicina nas universidades de Hamburg e Baviera e foi decidido que a alocação de dispendiosos recursos para a criação de novas vagas não atenderia aos interesses prioritários da coletividade, conforme trecho da decisão abaixo:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a *reserva do possível*, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. (...) Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. (...) Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. (SCHWABE, 2005, p. 662-663) (grifos nossos).

Observa-se que a concepção originária da “reserva do possível”, construída no Tribunal Constitucional Federal Alemão, centralizou a análise do mérito da questão no *princípio da razoabilidade*, decidindo pela impossibilidade de se destinar recursos do Estado, mesmo que existentes, para conceder privilégios a poucos em detrimento das demais demandas sociais, *considerando-se o alto número de alunos já matriculados no curso de medicina e às demandas individuais flutuantes*. A decisão não faz referência expressa à incapacidade econômica do Estado alemão, mas à razoabilidade em se investir recursos para se criar novas vagas em um curso que em curto prazo poderia não ter a mesma demanda. (SCHWABE, 2005, p. 663)

A ideia da “reserva do possível” serviria, com isso, como um limite às pretensões dos indivíduos em tema de direitos sociais de participação em benefícios estatais, com base no critério de proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, foram analisadas e consideradas questões fáticas atinentes ao caso e não questões

de disponibilidade financeira somente. O objetivo da decisão não foi atrelar a efetividade do direito à capacidade orçamentária e *sim aos interesses prioritários da própria sociedade*.

Feitas essas considerações acerca da interpretação da expressão “reserva do possível” na forma originária, passa-se a interpretação que se tem da teoria no Brasil.

4. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA “RESERVA DO POSSÍVEL” NOS JULGADOS BRASILEIROS

No Brasil, a teoria da “reserva do possível” foi importada e é constantemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal a fim de justificar a impossibilidade de concessão de pedidos principalmente na área da saúde, educação e pagamento de precatórios.

Daniel Wang (2010) fez um estudo da jurisprudência do STF e verificou que, na área da saúde a expressão “reserva do possível” até 2007 não era utilizada para denegar direitos, com isso, todas as decisões analisadas concediam o medicamento pleiteado. Segundo o autor:

Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão, o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento. (WANG, 2010, p. 354)

Foi verificado que após 2007, os argumentos utilizados pelos ministros tiveram uma maior preocupação com as consequências orçamentárias de suas decisões, relacionando a “reserva do possível” à capacidade financeira do Estado.

Questiona-se, contudo, se o Judiciário possui legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. (KRELL, 2002). Como o Judiciário poderia verificar essa capacidade financeira, se não há uma inter-relação e um diálogo com o Executivo e Legislativo na busca de informações sobre isso? O ideal seria haver uma dialogicidade entre as três funções no poder, mas principalmente entre o Judiciário e o Executivo, a fim de que seja informado a este último quais as maiores demandas que chegam ao Judiciário, para que o Executivo promova as políticas públicas que supram tais omissões, evitando, assim, a propositura de novas ações para situações semelhantes. A utilização da expressão “reserva do possível” é um paliativo que apenas dá desculpas para questões consideradas irremediáveis, tendo em vista a situação lastimável em que se encontra a saúde pública atualmente.

Ademais, a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo, como a Alemanha e sua aplicabilidade em países com realidades culturais, históricas e acima de tudo socioeconômicas completamente diferentes compromete a própria efetividade e construção dos direitos sociais que ainda está em processo de consolidação e desenvolvimento nessas regiões.

Ressalte-se, no entanto, que a referida teoria em sua forma originária não foi utilizada para denegar direito fundamental indissociavelmente ligado à vida. Trata-se de uma decisão prolatada em um país de primeiro mundo que não passa pelos graves problemas sociais como os de saúde pública e miséria vivenciados no território nacional. “Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia.” (KRELL, 2002, p. 53)

Ademais, o principal fundamento utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na análise do mérito se centrou no melhor atendimento aos interesses prioritários da coletividade.

Verifica-se que o sentido original atribuído à expressão “reserva do possível” é muito diferente do utilizado por alguns autores e juristas no Brasil, país em que a alocação de recursos não atende aos interesses da coletividade, mas de minorias que se encontram no poder. De acordo com Krell, o problema não está na escassez de recursos, mas em sua alocação que não atende aos interesses da comunidade:

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas transladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. (KRELL, 2002, p. 52)

Segundo Ricardo Lobo Torres (2009), no Brasil é adotada a reserva do possível fática, significando uma mudança de interpretação do paradigma estrangeiro. “Denota a confusão com o *limite* (fático) *do limite* (reserva do orçamento), que opera dentro do âmbito de proteção do mínimo existencial e não é meramente heurístico”. (TORRES, 2009, p. 110). Para o autor nem todos os direitos sociais são fundamentais. Portanto, deve haver uma diferenciação entre um e outro. Os direitos sociais dependem da reserva orçamentária, no entanto, os direitos fundamentais não podem estar condicionados à “reserva do possível”, por constituir o mínimo existencial à sobrevivência e dignidade humana.

Segundo Torres “de feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento”. (TORRES, 2009, p. 84).

O direito à saúde é um direito fundamental e social (artigos 6º e 196 e ss. da CF) que apesar de ser um direito coletivo, também pode ser objeto de demandas individuais. Pois, ainda que os direitos sociais e fundamentais tenham uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) também são direitos fundamentais de cada pessoa individualizada e, por isso, não se pode afastar a possibilidade de tutela individual. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 39)

O Judiciário ao se deparar com a demanda de saúde deve verificar se ela corresponde à garantia do mínimo existencial, caso positivo o conteúdo essencial do direito fundamental não deve ser objeto de ponderação, não estando sujeito à “reserva do possível”.

A interpretação do que seria o mínimo existencial à saúde deve ser a máxima possível. “As políticas públicas, inclusive judicializadas, devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo existencial”. (TORRES, 2009, p. 126)

Ademais, tem-se que a atual Constituição alinhou-se ao conceito mais amplo do direito à saúde que abarca a noção curativa, preventiva e promocional, conforme estabelecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a *ausência de doença ou enfermidades*. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.40).

O direito à saúde é um direito fundamental indissociavelmente ligado ao direito à vida e dignidade humana. O Judiciário como guardião da Constituição tem a função de auxiliar na concretização dos direitos fundamentais quando o Executivo não vem cumprindo adequadamente a sua função.

Segundo Canotilho:

quando se fala de “repartição” ou “separação” de poderes o que, em rigor, se recorta em termos de “repartição” ou “separação” é a atividade do Estado e não o poder do Estado. O resultado desta divisão não é a existência de vários “poderes”, mas a existência de funções diferenciadas. (CANOTILHO, 2002, p. 545)

Cabe ao Judiciário como função do Estado auxiliar na efetivação do direito fundamental à saúde aos cidadãos quando a política pública é falha ou ineficiente.

Não se está aqui a defender a concessão de toda e qualquer prestação, mas a utilização do

princípio da razoabilidade e proporcionalidade ao se analisar o caso.

O principal problema se encontra no fundamento das decisões judiciais. Denega-se uma prestação ou concede-se sem critérios objetivos. O fundamento utilizado ao se denegar a pretensão é a “reserva do possível”, mas não há comprovação detalhada de que não há realmente recursos para aquela demanda sem comprometer o orçamento. Da mesma forma ao se conceder, alega-se prevalência do “direito à vida”, mas não há comprovação de que aquele medicamento ou tratamento já está amparado em políticas públicas prévias ou se é realmente eficaz para a doença do reclamante, tendo em vista essas questões não estarem na alçada de conhecimento dos magistrados.

As demandas de saúde hoje envolvem questões complexas que fogem da competência do Judiciário. Os juízes que integram as Varas de Fazenda Pública e as Varas Cíveis, muitas vezes, não têm conhecimentos sobre saúde pública, políticas públicas, orçamento público, dentre outras complexas questões. Ademais, o que a realidade nos mostra é que não há tempo hábil para analisar tão pormenorizadamente essas questões, tendo em vista o grande número de demandas e a urgência que apresentam.

As decisões são prolatadas e não há em contrapartida a melhoria da política pública. Torna-se um círculo viciosos em que há o ingresso cada vez maior de ações judiciais em busca de prestações de saúde, em decorrência do sistema ser inoperante e continuar a ser.

Como solução para o problema, entende-se que é necessário um maior diálogo entre as esferas de poder, como o Princípio da Separação de Poderes prega, a harmonia e interdependência das funções, a fim de que o Judiciário auxilie efetivamente o Executivo na reelaboração da política pública, assim como receber aporte desse último para melhor fundamentar suas decisões.

No entanto, como o diálogo entre as esferas de poder ainda é insipiente, o Judiciário deve julgar da melhor forma possível, sem se apropriar de teorias alienígenas e sem interpretá-las de forma a obstar a fruição de direito fundamental indispensável à sobrevivência.

O magistrado deve se utilizar do princípio da razoabilidade e proporcionalidade para se evitar excessos ou insuficiências, devendo garantir sempre o mínimo existencial ao cidadão que seria a garantia das condições mínimas para uma existência digna.

A alegação de falta de recursos não pode obstar a proteção do mínimo existencial à saúde.
Segundo Canotilho:

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*. (CANOTILHO, 2003, p. 481)

No mesmo sentido, relevante é a colocação de Sarlet:

[...] se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo de intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, &1º, da CF, que *cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos*. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 32).

Para finalizar todo o exposto cito o relevante posicionamento de Alexandre Simões (2013) que faz uma abordagem desconstrutivista da teoria da “reserva do possível” e do mínimo existencial. O autor busca contextualizar, adotando um viés diferente, os fatores dominantes e causadores da violência simbólica inserida em tais teorias, a fim de verificar se, por meio do desconstrutivismo, se elas ainda se demonstram sustentáveis ante o modelo sócio-político-econômico estruturados na CR/88. Segundo o autor a aceitação dessas teorias no Brasil se dá em decorrência da prevalência de uma ética predominantemente de mercado e que “outros contornos foram, pouco a pouco, insidiosamente doutrinária e jurisprudencialmente agrupados na referida teoria, até chegarmos à sua concepção hodierna”. (SIMÕES, 2013, p. 157). Conclui que diferentemente do contexto germânico em que as teorias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” foram criadas, no qual a hierarquia dominante dessas teorias era “a existência digna” e não “mínima”, assim como a “reserva do possível” era um meio para proporcionar uma melhor distribuição (mais razoável e proporcional) dos recursos do Estado, impedindo, sim, a existência de privilégios, no Brasil elas são usadas para vilipendiar a efetividade de direitos sociais essenciais à sobrevivência.

A “reserva do possível” é utilizada para denegar o direito à saúde, indispensável para a sobrevivência, mas ela é apenas uma justificativa para as escolhas do administrador público. Ora, como é possível se falar em “reserva do possível” e em “recursos escassos” em um país com uma das maiores cargas tributárias do mundo?

Veja-se anualmente o aumento de salário dos membros da Câmara dos Deputados e da alta cúpula do Judiciário, além dos diversos auxílios que recebem em plena crise econômica, nesses casos como em diversos outros, nunca há a alegação da “reserva do possível”. Sempre há orçamento para tais benesses a meu ver inconstitucionais.

É premente banir qualquer forma de expropriação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente. A situação de exclusão social no Brasil existe e está cada vez mais acentuada frente às obtusas escolhas do administrador, que apenas reforçam interesses pessoais, sobrepondo-os aos interesses da coletividade.

5. CONCLUSÃO

Entende-se que apesar do direito alemão e de suas teorias exercerem influência positiva no sistema jurisdicional brasileiro, como na abordagem que dão aos princípios constitucionais e na introdução da razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais, deve-se ter muito cuidado para a forma como essas teorias estão sendo utilizadas pelos Tribunais brasileiros. Verifica-se que há enormes distorções quando da aplicabilidade dessas teorias, como acontece com a “reserva do possível” e inúmeras outras, gerando grandes prejuízos para a construção e efetividade dos direitos sociais e fundamentais no Brasil.

Quando o Judiciário se depara com uma pretensão de saúde deve verificar se está consubstanciado no mínimo existencial, ou seja, se é essencial à sobrevivência do cidadão. Caso positivo o direito não pode ser obstado sob alegação da “reserva do possível”.

Ademais, deve-se, ao introduzir certas teorias advindas do direito e jurisprudência alienígena, sempre interpretá-las de acordo com a Constituição e o contexto histórico em que a sociedade está inserida, sob pena de se construírem teoria obtusas e que vilipendiam direitos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestsellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.11-53, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 02 jun 2014.

SIMÕES, Alexandre Maciel. Estudos para uma abordagem desconstrutivista do mínimo existencial e da reserva do possível. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n.77, p. 149-164, jan./fev. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 349-371, 2010.

Recebido em: 15/02/2016

Aprovado em: 30/03/2016

A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO: entre Dworkin e Waldron

THE MORAL READING OF THE CONSTITUTION: between Dworkin and Waldron

ADRIANO SOUTO BORGES 1

RESUMO: No contexto atual da Teoria do Direito, a interpretação dos princípios abstratos da Constituição passa, segundo Dworkin, por uma leitura moral, que leva em conta igualdade de consideração e respeito a todos os cidadãos. Para tanto, sua Teoria da Integridade, que tenta rechaçar análises personalíssimas do Direito pelos juízes numa interpretação construtiva coerente em princípios, serve como lastro. Nesse passo, Dworkin e Waldron consideram irrelevante a questão da objetividade na moral, embora para chegar a conclusões opostas sobre a legitimidade da interpretação judicial relativa à moralidade. O Constitucionalismo Político de Waldron aponta arbitrariedades na interpretação sobre moralidade política pelos juízes. Sucintamente, é esse embate que o presente artigo pretende analisar.

Palavras-chave: Constituição; Legitimidade; Leitura moral.

ABSTRACT: In the modern context of Jurisprudence, the constitutional abstract principles' interpretation must observe, according to Dworkin, a moral reading, which considers each citizen as equal in rights and concern. To this end, Integrity Theory, that tries to refuse personal analysis of Law in a constructive interpretation that is considered to be coherent in principles, serves as a base. Thus, both Dworkin and Waldron consider the question of moral objectivity irrelevant, although to get to different conclusions about judicial interpretation's legitimacy related to morality. Waldron's Political Constitutionalism indicates the presence of arbitrariness in the interpretation about political morality by judges. Briefly, this is the point that the present article aims to analyze.

Keywords: Constitution; Legitimacy; Moral reading.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. E-mail: adrianoborges1988@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Os juízes realizam a leitura moral dworkiniana da Constituição quando interpretam os princípios abstratos da carta maior levando em conta a ideia de igual respeito e consideração para com todos os indivíduos. Essa leitura se dá, segundo Dworkin, com lastro na sua Teoria da Integridade.

A teoria da Integridade de Dworkin pressupõe uma interpretação construtiva levando em conta o passado institucional e também a capacidade de desenvolvimento do próprio Direito. Segundo essa visão, a interpretação judicial identificaria direitos que são frutos da história e da moralidade, considerando uma coerência de princípios.

Os seguidores de Dworkin defendem que a integridade rejeita subjetivismos por parte do intérprete, já que, para esses teóricos, haveria um incentivo para os intérpretes questionarem suas pré-compreensões. Ademais, ainda segundo essa concepção, existiria apenas uma resposta correta para os casos que são colocados aos juízes. Bastaria identificá-la.

Porém, contemporaneamente, o Constitucionalismo Político de Jeremy Waldron vem desferindo críticas severas em relação à atuação dos juízes sobre questões de moralidade política. Para o autor, os desacordos presentes na política, na moral e no próprio direito evidenciam a fragilidade de se defender que haja objetividade nessas questões. Assim, Waldron destaca o conceito moderno de arbitrariedade nas decisões judiciais sobre moralidade política: imprevisibilidade, falta de razão e ilegitimidade política.

Tanto Dworkin quanto Waldron consideram a questão da objetividade na moral como irrelevante, embora para chegar a conclusões bastante distintas. Dworkin pensa ser desnecessário procurar argumentos gerais que corroborem o sentido de que a moral é objetiva, porque qualquer argumento sobre isso é necessariamente um argumento moral, e a interpretação não pode ser feita por fora da prática, mas, necessariamente por dentro da prática. Para Dworkin, uma boa aplicação do Direito requer a utilização de argumentos morais pelos juízes. Waldron trata a objetividade da moral como algo irrelevante, considerando as divergências na sociedade (e entre os próprios juízes) como reveladoras da ilegitimidade da interpretação judicial sobre moralidade política.

Todas essas questões estão inseridas na problemática da leitura moral da Constituição que se pretende discutir nesse artigo, como se verá a seguir.

2. A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

No atual estágio da Teoria do Direito, as chamadas teorias argumentativas vêm ganhando cada vez mais destaque no cenário jurídico (não sem divergências, como se verá no último tópico deste artigo). Tal fenômeno é explicado por Thomas Bustamante com lastro em Robert Alexy:

A ideia de Democracia deixa de ser vista como apenas um sistema que contém 'não mais que um processo de tomada de decisão centrado na ideia de eleição e da regra majoritária' [Alexy, 2005-a: 579], mas passa a ser estendida para compreender também os processos argumentativos que ocorrem no interior das instâncias de tomada de decisão. Daí, 'uma concepção adequada de democracia deve compreender não apenas a decisão, mas a argumentação. A inclusão da argumentação na democracia torna esta deliberativa' [ibidem]. A forma de se legitimar as decisões no novo paradigma que Alexy descreve como 'Constitucionalismo discursivo' [idem: 581], não é apenas através da fonte ou da autoridade que a prolatou, mas também por meio de uma justificação racional – e, portanto, correta em sentido jurídico-moral – da própria decisão e dos juízos de valor e escolhas éticas que se realizam junto a ela. (BUSTAMANTE, 2012, p.37-38)

Nesse contexto, (notadamente após a filosofia de Herbert Hart), de acordo com Thomas Busta-

mente, a moralidade passou a ocupar papel fundamental na análise do Direito. Assim, a filosofia jurídica deixou de compreender o Direito a partir da perspectiva externa de observação de padrões de regularidade - como era no Positivismo Jurídico² - e passou a analisá-lo sob o ponto de vista interno de quem aplica e deve obediência às normas jurídicas. (BUSTAMANTE, 2012, p.250-251). Por isso, Thomas Bustamante destaca a importância da moralidade para o entendimento e a legitimidade do Direito:

Parece mais plausível que, apesar de Direito e Moral poderem ser conceitualmente diferenciados, haja uma mútua dependência entre ambos. A Moral necessita do Direito para superar sua indeterminação cognitiva; e o Direito necessita da moral para legitimar suas decisões. (BUSTAMANTE, 2012, p. 251)

Assim, o Direito Constitucional contemporâneo, chamado por muitos de “neoconstitucionalismo”³, incorporou a moralidade como um de seus traços constitutivos. Segundo Bernardo Fernandes:

Com isso, podemos afirmar que as perspectivas neoconstitucionais (embora não sem divergências) se enveredam resumidamente pelas seguintes teses: [...] d) reaproximação entre o direito e a moral (para alguns doutrinadores: um ‘moralismo jurídico’ ou uma ‘*leitura moral da constituição*’ que se traduz numa nova relação entre o direito e a moral [...] com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (FERNANDES, 2014, p.61, grifo nosso)

No mesmo sentido, Dworkin defende uma “leitura moral da Constituição”⁴, pelo Judiciário, quanto às questões relativas aos princípios individuais abstratos da carta maior. A ideia basilar dessa interpretação judicial da Constituição é assegurar igual respeito e consideração para todos os indivíduos tutelados pelo Estado:

O governo deve tratar todos os sujeitos sob seu domínio como tendo igual *status* político e moral; deve tentar, de boa-fé, tratar todos com igual consideração e deve respeitar todas as liberdades individuais indispensáveis para esses fins, incluindo, mas não se limitando às liberdades especificamente designadas no documento, tais como a liberdade de expressão e de religião. [...] A leitura moral é uma estratégia para juristas e juizes agindo de boa-fé, o que qualquer estratégia interpretativa pode ser.⁵ (DWORKIN, 1996, p.7-11, tradução livre).

2 Vale notar que o Positivismo Jurídico se reinventou contemporaneamente, de modo que muitas das críticas ao Positivismo, em geral, não se encaixam à sua nova fase (especialmente o Positivismo Normativo), como reconhece Thomas Bustamante em trabalho mais recente. Ver: Bustamante (2015).

3 “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, 2007, p.5-6, grifo nosso)

Nesse ponto, interessante frisar a observação de Gilmar Mendes, para o qual, um dos marcos do novo constitucionalismo seria a presença de “- mais juizes do que legisladores -, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como reveladores de uma suposta e infindável vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.127, grifo nosso)

Entretanto, apesar de se referir especificamente à Constituição dos Estados Unidos, a leitura moral proposta por Dworkin apresenta um caráter geral e, por isso, tem sido utilizada como parâmetro hermenêutico, também, para a interpretação de outras Constituições democráticas, como é o caso da brasileira.

Portanto, considerando-se a expansão da jurisdição constitucional, mais especificamente quanto à leitura moral da Constituição feita pelos juízes (como defende Ronald Dworkin), verificar-se-á, a seguir, como esta se dá, hermeneuticamente, segundo a teoria da Integridade do jurista norte-americano: “a interpretação constitucional é disciplinada, sob a leitura moral, pela exigência de integridade constitucional”.⁶ (DWORKIN, 1996, p.10, tradução livre).

3. A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Em sua obra “O Império do Direito”, publicado em 1986, Dworkin discorre sobre a necessidade e o modo de se interpretar, moralmente, a prática jurídica de maneira íntegra. Assim, para ele, a visão do intérprete do Direito – que não deve se confundir com a visão pessoal do juiz, pois, segundo Dworkin, trata-se de uma análise dos princípios em dada comunidade - deve conciliar interesses voltados tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a “prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 2007, p. 271).

Para Dworkin, é visível a fragilidade hermenêutica do Convencionalismo Jurídico diante dos casos difíceis. Seu direito baseado somente no que já foi decidido no passado nunca é completo o suficiente para abarcar a incomensurável quantidade de novos casos que surgem a cada dia. No Convencionalismo, “*a judge must find some other kind of justification beyond law’s warrant, beyond any requirement of consistency with decisions made in the past, to support what he then does.*”⁷ (DWORKIN, 1986, p. 115)

O Pragmatismo, por sua vez, também é veementemente refutado pela Teoria da Integridade pelo fato de incentivar o decisionismo judicial:

Ele encoraja os juízes a decidir e atuar com as suas próprias visões. Supõe-se que essa prática servirá melhor a comunidade – trazê-la mais perto do que realmente é uma sociedade justa, equânime e feliz – do que qualquer programa alternativo que demanda consistência com as decisões já tomadas por outros juízes ou pelos legisladores.⁸ (DWORKIN, 1986, p. 152, tradução livre)

4 Porém, Dworkin (1996, p.8) esclarece que essa leitura moral não se aplica a todos os casos que envolvem a interpretação da Constituição. Isso porque, conforme explica o autor, a Constituição americana possui cláusulas que não são propriamente abstratas, nem são esboçadas na linguagem de princípios morais, como, por exemplo, a previsão da idade mínima de 35 anos para Presidente da República ou a proibição de se alocar soldados nas casas dos civis em tempos de paz. Talvez a diferença se deva, nesses casos, por se tratar de regras jurídicas e não estritamente de princípios jurídicos, que possuem uma carga de abstração maior.

5 “government must treat all those subject to its dominion as having equal moral and political status; it must attempt, in good faith, to treat them all with equal concern; and it must respect whatever individual freedoms are indispensable to those ends, including but not limited to the freedoms more specifically designated in the document, such as the freedom of speech and religion. [...] The moral reading is a strategy for lawyers and judges acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be.” (DWORKIN, 1996, p. 7-11)

6 “constitutional interpretation is disciplined, under the moral reading, by the requirement of constitutional integrity.” (DWORKIN, 1996, p. 10).

7 “Um juiz deve encontrar algum outro tipo de justificação além da garantia do Direito, além de qualquer exigência de consistência com as decisões tomadas no passado, para apoiar o que ele então faz” (DWORKIN, 1986, p. 115, tradução livre)

8 “It encourages judges to decide and act on their own views. It supposes that this practice will serve the community better – bring it closer to what really is a fair and just and happy society – than any alternative programs that demands consistency with decisions already made by other judges or by the legislature.” (DWORKIN, 1986, p. 152).

A prática interpretativa do Direito não deve se lastrear em aspectos meramente políticos, nem por isso deve ignorar a capacidade natural de o Direito se desenvolver:

O Direito como integridade deplora o mecanismo da antiga visão de que 'Direito é Direito', bem como o cinismo do novo 'realismo'. Considera essas duas visões como enraizadas na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar o Direito. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no Direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas, sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência do princípio que a integridade requer." (DWORKIN, 1986, p. 228, tradução livre)⁹

Dworkin prossegue em seu raciocínio, utilizando-se da metáfora do "romance em cadeia", para explicar que o intérprete do Direito se assemelha a um romancista que recebe a incumbência de escrever um capítulo de um livro, já iniciado por outras pessoas. Logo, para que a interpretação seja a mais adequada, deve-se considerar o que já foi escrito e, ao mesmo tempo, desenvolver o romance (DWORKIN, 2007, p. 275).

Por isso, "exige-se do jurista prático portar-se como se houvesse uma única resposta correta, buscar sempre a melhor resposta possível, em cada novo caso concreto para o problema jurídico que se põe" (BUSTAMANTE, 2012, p.138). Assim, a resposta correta a ser dada pelo intérprete não é absoluta nem permanente. Pelo contrário, é precária e momentânea, pela própria tendência natural de sempre melhorar a interpretação, que é argumentativa e construtiva. Senão, vejamos a advertência feita por Dworkin:

Não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam definem o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. Você poderia achar que outras respostas seriam melhores (eu também, depois de alguma reflexão).¹⁰ (DWORKIN, 2007, p. 287).

A Teoria da Integridade tenta combater o decisionismo, o subjetivismo e a arbitrariedade judiciais. A Integridade se contrapõe aos pontos de vista do Realismo (Pragmatismo) e do Positivismo Jurídico (Convencionalismo), que, diante dos "casos difíceis", deixam os juízes sem substrato jurídico para decidir.

Como adverte Ricardo Salgado, com amparo na hermenêutica fenomenológica de Heidegger, o intérprete, por encontrar-se inserido necessariamente no mundo dos fatos, não pode exercer uma interpretação metafísica de modo a se desvencilhar de suas pré-compreensões:

Portanto, pode-se dizer, com HEIDEGGER, que, justamente por estar-no-mundo, não há a possibilidade de neutralidade interpretativa, pois este próprio mundo oferece ao ser-aí as possibilidades de realizar o seu projeto existencial. (SALGADO; OLIVEIRA, 2014, p.17)

9 "Law as integrity deplors the mechanism of the older 'law is law' view as well as the cynicism of the newer 'realism'. It sees both views as rooted in the same false dichotomy of finding and inventing law. When a judge declares that a particular principle is instinct in law, he reports not a simple-minded claim about the motives of past statesman, a claim a wise cynic can easily refute, but an interpretive proposal: that the principle both fits and justifies some complex part of legal practice, that it provides an attractive way to see, in the structure of that practice, the consistency of principle integrity requires." (DWORKIN, 1986, p. 228).

10 "We must not suppose that his answers to the various questions he encounters define law as integrity as a general conception of law. They are the answers I now think best. But law as integrity consists in an approach, in questions rather than answers, and other lawyers and judges who accept it would give different answers from his to the questions it asks. You might think other answers would be better. (So might I, after further thought)." (DWORKIN, 1986, p.239).

Porém, o fato de as pré-compreensões, inevitavelmente, influenciarem na interpretação não significa que o intérprete não deva pô-las à prova. De acordo com Bernardo Fernandes (2014, p. 197-198), a Teoria da Integridade se apresenta em intertextualidade com Gadamer. Desse modo, o juiz deve pôr em dúvida suas pré-compreensões, numa interpretação que se pretende alheia à discricionariedade pessoal:

Na verdade, o horizonte do presente está em processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a por à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da qual nós mesmos precedemos. O horizonte do presente não se forma à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos. (GADAMER, 1999, p. 457)

Além disso, notam Ricardo Salgado e Paulo César de Oliveira (2014, p. 2) que a teoria argumentativa de Dworkin se insere no contexto do giro linguístico ou pragmático do século XX¹¹, que possibilitou a superação da dicotomia sujeito-objeto. Logo, para os referidos autores, “quem pensa a linguagem, já sempre se movimenta em um para além da subjetividade” (SALGADO, 2008, p. 66-67 *apud* SALGADO; OLIVEIRA, 2014, p.4). No mesmo sentido, propugna Bernardo Fernandes:

Quando Dworkin cunha a *metáfora de Hércules* (um superjuiz com conhecimento e paciência sobre-humanas) na realidade o que deseja é traçar as linhas das posturas de alguém comprometido com uma *teoria hermenêutica condizente com o giro linguístico, capaz de por em dúvida suas pré-compreensões, bem como realizar o movimento da fusão de horizontes, atualizando o texto ao contexto do intérprete, mas sem perder de vista que o texto, como obra que é, é fruto de uma construção de sentido coletiva que ultrapassa a vontade e os desejos de seu criador.*” (FERNANDES, 2014, p. 197-198, grifos do autor)

Bernardo Fernandes defende que a teoria argumentativa da Integridade, ilustrada, entre outras, pela metáfora do juiz Hércules, exige, do intérprete que a aceita, o compromisso de questionar suas pré-compreensões, numa interpretação coerente em princípios, levando em conta o passado, presente e futuro de certa comunidade:

Para o jurista e filósofo norte-americano, [...] *o direito deve ser lido* como parte de um empreendimento coletivo e compartilhado por toda a sociedade. Os direitos, assim, seriam frutos da história e da moralidade, no sentido de que observam uma construção histórico-institucional a partir do compartilhamento, em uma mesma sociedade, de um mesmo conjunto de princípios e o reconhecimento de iguais direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros (*comunidade de princípios*). Isso implica reconhecer que

11 “O processo de reflexividade iniciado com a pergunta transcendental moderna desembocou, hoje, na pergunta pela linguagem como instância intranscendível da expressividade do mundo. A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística. É nesse sentido que K.-O. Apel vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem). A superação da metafísica clássica implica, hoje, a tematização não só da mediação consciencial, como se fez na filosofia transcendental da modernidade enquanto filosofia da consciência, mas também da mediação linguística.” (OLIVEIRA, p.13-14 *apud* SALGADO; OLIVEIRA, 2014, p.3).

todos que pertencem a uma mesma sociedade necessariamente compartilham de um mesmo conjunto de direitos e deveres básicos; direito inclusive de participar da construção e da atribuição de sentido a esses direitos, seja na seara do Poder Legislativo, seja na seara do Poder Judiciário.” (FERNANDES, 2014, p. 195-196, grifos do autor)

Portanto, para Bernardo Fernandes (2014, p.197-198) a Integridade, que lastreia a leitura moral da Constituição (com a ideia de igual respeito e consideração para com todos os cidadãos) proposta por Dworkin, não instiga análises personalíssimas do Direito. Porém, observa Jeremy Waldron que, mesmo em matéria de princípios, os juristas discordam. Por isso, considera irrelevante a questão da objetividade moral, pois a decisão do juiz sobre questões morais, de uma forma ou de outra, para ele, seria arbitrária. (WALDRON, 1999, p.192). Este raciocínio se desenvolverá a seguir.

4. A IRRELEVÂNCIA DA “OBJETIVIDADE MORAL” PARA WALDRON

Jeremy Waldron (1999, p.165) explica que o Positivismo Jurídico nega qualquer conexão necessária entre o Direito e a moralidade, e essa negação pode ser pensada para ser um desejo de isolar a objetividade da lei da falta de objetividade que os antirrealistas associam com julgamentos morais sobre justiça. Assim, para os positivistas (e ele pode ser considerado um), em geral, o ato de legislar já implica na observação da moralidade, “e desde que uma regra jurídica tenha sido editada pelo Legislativo, nenhum exercício posterior de julgamento moral é requerido para sua identificação, interpretação ou aplicação.”¹² (WALDRON, 1999, p.166, tradução livre).

Para Waldron (1999, p. 169), se os juízes deliberarem sobre moralidade política, haverá clara arbitrariedade na interpretação: “Se um julgamento moral de um indivíduo é apenas a expressão idiosincrática de sua postura, então é imprevisível, desarrazoado e falta autoridade; em uma palavra, é arbitrário”¹³ (WALDRON, 1999, p.169, tradução livre) .

Por outro lado, para Dworkin, a leitura moral da Constituição, baseada na Integridade, refuta a aplicação das convicções pessoais dos juízes na interpretação:

Os juízes não devem interpretar a Constituição com base em suas próprias convicções. Eles não devem ler as cláusulas morais abstratas como expressando qualquer julgamento moral particular, não importa quanto esse julgamento os atraia, a não ser que eles o achem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional passada feita por outros juízes. Eles devem se considerar como parceiros de outros oficiais, passados e futuros, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente, e eles devem se assegurar de que a sua contribuição se encaixe com o resto.¹⁴ (DWORKIN, 1996, p.10, tradução livre)

Para não deixar dúvidas, Dworkin exemplifica seu raciocínio dizendo que mesmo que um juiz acredite que a justiça abstrata requeira igualdade econômica, ele não poderia interpretar a cláusula de igual proteção como igualdade de riquezas ou propriedade coletiva de recursos produtivos, porque essa interpretação não se encaixaria na história ou prática norte-americana, ou no resto da Constitui-

¹² “and once a legal rule has been enacted by the legislature, no further exercise of moral judgment is required for its identification, interpretation or application.” (WALDRON, 1999, p. 166).

¹³ “If an individual’s moral judgment is just the idiosyncratic expression of his attitude, then it is unpredictable, unreasoned and lacks authority; in a word, it is arbitrary.” (WALDRON, 1999, p. 169).

¹⁴ “Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges. They must regard themselves as partners with other officials, past and future, who together elaborate a coherent constitutional morality, and they must take care to see that what they contribute fits with the rest.” (DWORKIN, 1996, p.10).

ção (DWORKIN, 1996, p. 11).

Aliás, Dworkin (2001, p. 257) não vê interesse algum em encontrar argumentos gerais no sentido de que haja objetividade em julgamentos sobre questões morais, políticas ou jurídicas. Para ele, qualquer argumento sobre a objetividade de julgamentos morais é um argumento moral, assim como, qualquer argumento sobre julgamentos interpretativos é um argumento interpretativo. O autor aduz que a interpretação não pode ser feita por fora da prática, mas, necessariamente, dentro dela.

Dworkin dá o seguinte exemplo: é possível dizer que a escravidão é algo objetivamente injusto? Mesmo que se considere a escravidão injusta, que isso não é somente uma opinião pessoal, que todos deveriam compartilhar desse entendimento, que há razões para se pensar dessa forma, ainda assim, não se poderia dizer que a injustiça da escravidão é componente dos dados do universo. (DWORKIN, 2001, p. 260). Em outros termos, seja a resposta positiva ou negativa, necessariamente estará permeada por um argumento moral e não representará algo que exista no universo por si só, objetivamente. Por isso, Dworkin explica:

Penso que o problema da objetividade, tal como geralmente colocado, é um embuste, pois a própria distinção que poderia dar-lhe significado, a distinção entre argumentos substantivos nas práticas sociais, e argumentos céticos sobre práticas sociais, é falsa. [...] Disse que a questão do que 'independência' e 'realidade' constituem, para qualquer prática, é *uma questão dentro dessa prática*, de modo que se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe subjetividade na interpretação é, por si só, interpretativa. Isso ameaça tornar o ceticismo não inevitável, mas impossível." (DWORKIN, 2001, p. 262-263, grifo nosso)

Nesse ponto, Waldron também considera irrelevante a questão da objetividade moral, embora para chegar a uma conclusão distinta da apresentada por Dworkin: "O sentido de objetividade que eu quero dizer é o sentido invocado quando as pessoas defendem que certos julgamentos morais são objetivamente verdadeiros, enquanto outros são objetivamente falsos."¹⁵ (WALDRON, 1999, p. 164, tradução livre). Assim, afirma o teórico, que a questão da objetividade na moral é desimportante, pois haverá arbitrariedade, de uma forma ou de outra, se os juízes impuserem sua consideração moral para as partes (WALDRON, 1999, p. 192).

Continuando seu raciocínio, para além da questão da objetividade da moral, Waldron identifica o problema da arbitrariedade da decisão judicial baseada na moralidade, que se poderia afirmar, segundo a moderna Teoria do Direito, como imprevisível e desarrazoada:

Nós podemos saber que o juiz vai fundamentar moralmente (por suas próprias visões), mas não saberemos qual será sua posição moral. Ou mesmo que saibamos que ele é, digamos, um utilitarista, nós seremos incapazes de prever sua decisão porque não sabemos o suficiente sobre seus poderes de argumentação ou sobre a informação disponível a ele. (WALDRON, 1999, p. 168, tradução livre).¹⁶

Waldron ainda destaca que se poderia alegar, inclusive, a existência de tal arbitrariedade para o direito constitucional americano (seja a moral considerada objetiva ou não), no sentido de falta de legitimidade política, mesmo que as decisões judiciais sejam as mais razoáveis e previsíveis possíveis:

¹⁵ "The sense of 'objectivity' I mean is the sense invoked when people claim that some moral judgments are objectively true, while others are objectively false." (WALDRON, 1999, p. 164).

¹⁶ "We may know that the judge is going to reason morally (by his own lights) but not know what his moral framework will be. Or even if we do know that he is, say, a utilitarian, we may be unable to predict his decision because we do not know enough about his reasoning powers or about the information available to him." (WALDRON, 1999, p. 168).

Alguns acham que mesmo que os juizes estejam fazendo as decisões morais tão razoáveis e tão previsíveis quanto eles podem, ainda assim, suas decisões seriam ilegítimas politicamente. Cabe ao povo ou aos legisladores eleitos fazer esse tipo de decisão; não cabe aos juizes tomar a determinação de princípio social e valor social em suas próprias mãos. Nesse sentido democrático, ‘arbitrário’ significa algo como ‘sem autoridade ou legitimidade’. ¹⁷ (WALDRON, 1999, p. 168, tradução livre).

No entanto, mesmo sem se referir expressamente a Dworkin, Waldron critica a “tese da resposta correta”, por entender que haveria arbitrariedade (imprevisibilidade, falta de razão e ilegitimidade política) na decisão, quando os juizes julgam com base em critérios de moralidade política:

Juizes diferentes alcançaram resultados diversos mesmo quando todos eles acreditem estar em busca da resposta correta, e nada sobre a ontologia das respostas corretas dá a qualquer deles uma razão para pensar que suas próprias visões são mais corretas do que quaisquer outras. ¹⁸ (WALDRON, 1999, p. 187, tradução livre)

Ademais, Waldron ainda considera plausível o argumento antirrealista no sentido de que existem grandes desavenças sobre questões morais (éticas, valores, princípios) e, mais ainda, de que não há consenso sobre como resolvê-las. Para Waldron, não está claro que o lugar ideal de deliberação constitucional é o Poder Judiciário, considerando tantas desavenças de boa-fé sobre questões importantes na sociedade:

As pessoas discordam sobre a publicação de pesquisas de opinião, sobre liberdade de expressão em shoppings, sobre a influência de grupos de interesses especiais e comitês de ação política [...] sobre discurso de ódio, representação étnica. [...] Em alguns países, decisões efetivas sobre a estrutura constitucional podem ser tomadas pelas estruturas parlamentares, e, é claro, os parlamentares discordam entre eles sobre o que é desejável. [...] Em outros países, essas decisões são tomadas pelo voto popular, em referendos, e acontece, previsivelmente, que as pessoas discordam entre si também. Até mesmo em países como os Estados Unidos, onde a cultura política confia essas questões amplamente às Cortes, os juizes raramente são unânimes. De fato, os juizes discordam tanto quanto qualquer um – e discordam razoavelmente e de boa-fé – sobre a natureza de sua posição de guardião dos valores constitucionais e sobre os comprometimentos de princípio que essa ‘posição’ supostamente deve incorporar. ¹⁹ (WALDRON, 1999, p. 279-280, tradução livre).

17 “Some feel that even if judges are making moral decisions as reasonably as predictably as they can, still their decisions lack political legitimacy. It is for the people or the legislators they have elected to make that sort of decision; it is not for the judges to take the determination of social principle and social value into their own hands. In this democratic sense, ‘arbitrary’ means something like ‘without authority or legitimacy’.” (WALDRON, 1999, p. 168).

18 “Different judges will reach different results even when they all take themselves to be pursuing the right answer, and nothing about the ontology of rights answers gives any of them a reason for thinking his own view is any more correct than any other.” (WALDRON, 1999, p. 187).

19 “People disagree about the publication of opinion polls, about free speech in shopping malls, about the influence of special interest groups and political action committees, and about the public’s interest in the internal workings of political parties. They disagree too about such topics, as hacking, hate speech, ethnic representation, criminal defamation, and the concept of sedition, insurrection and subversion. [...] In some countries, effective decisions on constitutional structure may be made by parliaments, and of course the parliamentarians disagree among themselves as to what is desirable. [...] In other countries they are made by popular vote on referendums, and it turns out, predictably, that the people disagree as well. Even in countries like the United States where the political culture entrusts these issues largely to the courts, the justices are seldom unanimous. It turns out that the judges disagree as much as anyone else – and disagree reasonably and in good faith – about the nature of their constitutional stewardship and the commitments of principle which that stewardship is supposed to embody.” (WALDRON, 1999, p. 279-280).

Em seguida, questiona-se como poderia haver objetividade em assuntos tão controversos: “Considerando o que a moralidade é e para que ela é (dado que o fato de que ela deve ser, se é de fato), como poderia haver verdade e falsidade objetiva certificados pelo jeito que o mundo é, e mesmo assim tanta desavença?” (WALDRON, 1999, p.177, tradução livre).²⁰

Nesse sentido, Waldron conclui que, mesmo que haja objetividade na moral, como afirmam os realistas morais, os juízes imporiam suas visões pessoais sobre moralidade às partes litigantes:

Mesmo que o Ceticismo seja rejeitado, mesmo que haja fatos morais que fazem verdadeiros julgamentos verdadeiros e falsos julgamentos falsos, ainda assim o melhor que um juiz pode fazer é impor sua opinião a respeito de tais fatos sobre os infelizes litigantes que vem até ele. Eles terão crenças e opiniões próprias sobre a questão, e mesmo que eles se tornem realistas morais de carteirinha, eles continuarão a perguntar por que a visão do juiz sobre fatos morais deve prevalecer sobre a dos outros. A verdade do Realismo Moral (se ele é verdadeiro) não valida qualquer convicção moral particular de alguma pessoa ou dos juízes. Na melhor das hipóteses, ela altera nosso entendimento sobre o caráter de um desacordo moral sem nos mover para nada perto de um entendimento sobre quem está certo e quem está errado.²¹ (WALDRON, 1999, p. 181, tradução livre).

Assim, justamente por considerar que os juízes discordam entre si tanto quanto quaisquer outros cidadãos, Waldron vê certo déficit de democracia na deliberação pelas Cortes Constitucionais. Por isso, pergunta-se por que a deliberação dos juízes seria democraticamente – e até epistemologicamente – melhor do que a decisão do próprio povo ou de seus representantes eleitos, se nem os próprios juízes (colocados como detentores da resposta de razão) conseguem encontrar a “única resposta correta”?

Por fim, em resumo, para Dworkin, a leitura moral da Constituição, a ser feita pelos juízes, não se traduz em respostas de mera opinião pessoal (subjetivismos), já que se trata de uma análise de princípios. Porém, observa Jeremy Waldron que, até em matéria de princípios, há divergências entre os juristas. Por isso, Waldron considera a questão da objetividade na moral irrelevante, pois haverá arbitrariedade, de uma forma ou de outra, se os juízes impuserem sua consideração moral para as partes. (WALDRON, 1999, p. 192)

Em alternativa, considerando as divergências morais, políticas, e, inclusive, jurídicas, numa sociedade, Waldron apresenta as vantagens da participação popular na construção do sentido da Constituição, através da “regra da maioria” (do povo), sob a base filosófica do constitucionalismo político:

Melhor do que qualquer outra regra, a ‘decisão por maioria’ é neutra entre os resultados contestados, trata os participantes igualmente, e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com dar o mesmo peso para todas as opiniões. Quando nós discordamos sobre o resultado desejado, quando não queremos influenciar a questão de antemão de um jeito ou de outro, e quando cada um dos participantes relevantes tem uma pretensão moral a ser tratada de forma igual no processo, então a

20 “Given what morality is and what it is for (given the sort of fact it must be, if it is a matter of fact), how could there be objective truth and falsity certified by the way the world is, and yet so much disagreement?” (WALDRON, 1999, p. 177).

21 “Even if Scepticism is rejected, even if there are moral facts which make true judgments true and false judgments false, still the best a judge can do is to impose his opinion about such facts on the hapless litigants who come before him. They will have beliefs and opinions of their own about the matter, and even if they too become card-carrying moral realists they will continue to ask why the judge’s view of the moral facts should prevail over others. The truth of moral realism (if it is true) does not validate any particular person’s or any particular judges moral beliefs. At best, it alters our understanding of the character of a moral disagreement without moving us any closer to an understanding of who is right and who is wrong.” (WALDRON, 1999, 181, grifo nosso).

'decisão por maioria' – ou algo parecido – é o princípio a se usar.²² (WALDRON, 2006, p.1.388).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a leitura moral da Constituição, proposta por Dworkin, leva em conta a ideia de igual respeito e consideração para com todos, procurando sintonia com a chamada fase neoconstitucionalista. Porém, o fato de os juízes decidirem sobre questões de moralidade política previstas abstratamente na Constituição provoca sérias críticas de teóricos contemporâneos, considerando a questão da legitimidade das decisões num Estado que almeje se considerar democrático.

Nesse contexto, Dworkin usa a Teoria da Integridade como lastro, e nega, expressamente, que sua proposta incentive análises personalíssimas pelos juízes a respeito de princípios abstratos da Constituição. Segundo se observou, o subjetivismo hermenêutico é justamente o que a Integridade busca rechaçar quando considera o Convencionalismo e o Pragmatismo Jurídico equivocados ao deixar os juízes livres para decidir nos casos difíceis.

Em seguida, notou-se que Dworkin e Waldron concordam sobre a irrelevância da objetividade moral, porém, para chegar a conclusões completamente opostas. Waldron considera que decisões judiciais sobre questões morais seriam arbitrárias (imprevisíveis, desarrazoadas e ilegítimas politicamente), seja a moralidade considerada objetiva ou não. Isso porque, segundo ele, diante de tantas desavenças morais, políticas e jurídicas dentro da sociedade e entre os próprios juízes, não se encontra na ontologia das “respostas corretas”, alguma confirmação de que a visão do juiz, mesmo que fosse a mais previsível e razoável possível, seja mais correta do que qualquer outra visão (do cidadão comum, por exemplo), quanto à moralidade. Por isso, considerando, além de outras coisas, que os juízes não possuem representatividade democrática, Waldron destaca a ilegitimidade das decisões judiciais sobre moral, ao contrário de Dworkin que defende a incorporação de visões de moralidade política pelos juízes como algo que, além de inevitável, é requisito para uma boa aplicação do Direito.

Enfim, atualmente, a teoria de Dworkin, sobre a leitura moral da Constituição, encontra várias críticas contundentes de Waldron e do Constitucionalismo Político, o que evidencia que a questão sobre a legitimidade das decisões sobre moralidade política, relativas a princípios abstratos da Constituição, no Estado Democrático de Direito, ainda não foi resolvida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. 2007. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: jul. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H.L.A. Hart?* Revista Novos Estudos Jurídicos, 2015. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>> Acesso em: 05 ago. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

22 “Better than any other rule, MD is neutral as between the contested outcomes, treats participants equally, and gives each expressed opinion the greatest weight possible compatible with giving equal weight to all opinions. When we disagree about the desired outcome, when we do not want to bias the matter up-front one way or another, and when each of the relevant participants has a moral claim to be treated as an equal in the process, then MD –or something like it- is the principle to use.” (WALDRON, 2006, p. 1388).

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 1. ed. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *Gadamer e Dworkin: Confluências entre a Hermenêutica Filosófica e a Interpretação Construtiva do Direito*. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6788076842014c83>>. Acesso em: mar. 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, 2006.

Recebido em: 28/04/2016

Aprovado em: 21/05/2016

JUS POSTULANDI E O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: a mitigação do princípio da irrenunciabilidade

JUS POSTULANDI AND THE ELETRONIC JUDICIAL PROCESS IN LABOR COURTS: the mitigation of the non-waiver principle

KLEBER JOSÉ STOCCO 1

RESUMO: Figura conhecida no ordenamento justralhista, o Jus Postulandi remonta à época em que esta especializada sequer era integrante do Sistema Judiciário Nacional. Visa a assegurar às partes o direito de postular em juízo sem a participação de Advogado sob o manto da acessibilidade e preservação dos direitos. O assunto é polêmico, pois pode-se defender que o Jus Postulandi é mais que uma possibilidade, se tratando de verdadeira necessidade já que o trabalhador, que não pode arcar com honorários advocatícios estaria alijado de buscar a tutela jurisdicional. De outro lado, é possível argumentar que a complexidade do Direito Material do Trabalho e, especialmente, do Direito Processual do Trabalho prejudica o direito do trabalhador, já que há determinadas situações em que ocorre preclusão consumativa de algum importante ato, jogando por terra o direito pleiteado. O presente trabalho objetiva concluir que o Jus Postulandi é inaplicável com o advento do Processo Judicial Eletrônico Trabalhista, sendo uma verdadeira forma de renúncia em contraponto ao Princípio da Irrenunciabilidade do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Jus Postulandi; Processo judicial eletrônico; Acessibilidade; Mitigação; Princípios.

ABSTRACT: Known figure in labor law system, the Jus postulandi dates back to the time when this expert was not even part of the National Judiciary. It aims to ensure the parties the right to claim in court without the participation of Attorney under the cover of accessibility and preservation of rights. The subject is controversial as it may be argued that the Jus postulandi is more than a possibility, in the case of true necessity for the worker, who can not afford legal fees would be jettisoned to seek judicial protection. On the other hand, one could argue that the complexity of the Labor Law Material and especially the Procedural Law Labour affect the worker's right, since there are certain situations in which there estoppel some important act, throwing away the right claimed. This paper aims to conclude that the Jus postulandi is irrelevant with the advent of the Judicial Process Electronic Labour, being a true form of resignation in counterpoint to the Principle of non-waiver of labor law.

Keywords: Jus Postulandi; Electronic judicial process; Accessibility; Mitigation; Principles.

1 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola Paulista de Direito. Advogado.
E-mail: kleberstocco@stoccoadvocacia.com.br

1. INTRODUÇÃO

A discussão a que se propõe o presente texto diz respeito à complexidade do Processo Judicial Eletrônico no âmbito da Justiça do Trabalho que, somada ao emaranhado de normas jurídicas, normas coletivas, normas administrativas, Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, aplicabilidade subsidiária de outras normas etc, faz com que o aventureiro que postule por conta própria nesta seara acabe por mitigar seus direitos. Assim sendo, é inevitável que o princípio da irrenunciabilidade seja colocado em xeque mesmo onde se deveria haver a maior proteção ao trabalhador que é a própria Justiça do Trabalho.

O trabalhador de baixa instrução, que representa a grande massa da população, muitas vezes sequer tem acesso aos meios eletrônicos mais comuns como mídias sociais, quiçá saberá manusear um Processo pela via eletrônica de maneira adequada.

O “*Jus Postulandi*” no ordenamento jurídico trabalhista já foi tema de muita discussão, mas com o advento dos Processos Digitais, aquilo que já poderia comprometer os direitos do reclamante solitário pode aniquilar de vez suas pretensões.

2. JUS POSTULANDI NO ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA

Previsão contida no artigo 791 da CLT, as partes estão autorizadas a postular em juízo dispensando a representação por Advogado. O referido artigo é anterior à Constituição de 1988 que traz em seu texto, mais especificamente no art. 133² a indispensabilidade do Advogado à administração da Justiça. É ainda anterior à Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) que em seu art. 1º, inciso I condiciona a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário ao Advogado. Ocorre que, em Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Associação dos Magistrados do Brasil (ADIN 1127-8)³, o Supremo Tribunal Federal retirou da referida lei a expressão “qualquer” da redação do inciso I da Lei 8.906/94, abrindo caminho para a continuidade do *Jus Postulandi*.

Para Mauro Schiavi

“Sempre foi polêmica a questão do *Jus Postulandi* da parte na Justiça do Trabalho. Há quem o defenda, argumentando que é uma forma de viabilizar o acesso do trabalhador à Justiça, principalmente aquele que não tem condições de contratar um advogado. Outros defendem sua extinção, argumentando que, diante da complexidade do Direito Material do Trabalho e do Processo do Trabalho, já não é possível à parte postular sem advogado, havendo uma falsa impressão de acesso à justiça deferir à parte a capacidade postulatória”. (SCHIAVI, 2011, p. 288)

2 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

3 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) 1127, que questiona dispositivos do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94). Os ministros analisaram individualmente as impugnações feitas pela Associação Brasileira dos Magistrados (AMB). Desta forma, retirou-se do texto original a expressão “qualquer”, ficando desta maneira o texto da Lei:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

Por maioria, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “qualquer” contida no inciso I, vencidos os ministros Marco Aurélio, relator, e o ministro Carlos Ayres Britto.

O ministro Marco Aurélio julgava improcedente o pedido com relação à expressão “qualquer” por entender que o artigo 133 da Constituição Federal não contempla exceção à indispensabilidade do advogado. A divergência, quanto a esse ponto, foi aberta pelo ministro Ricardo Lewandowski que ressaltou apenas que não é possível proibir a presença do advogado, ou seja, a indispensabilidade do advogado não pode ser restringida por lei.

Em *comentários à CLT*, Carrion afirma que “pelo texto da CLT, a parte está autorizada a agir pessoalmente; é uma armadilha que o desconhecimento das leis lhe prepara, posto que ou não é necessitado e poderia pagar, ou, sendo-o, teria direito à assistência judiciária gratuita e fácil da Lei 1.060/50 (e não à limitada da L. 5.584/70).” (CARRION, 2012, p. 585)

Para Gustavo Cisneiros, “o *Jus Postulandi* é uma herança sinistra que já deveria ter sido enterada.” E prossegue: “A notória complexidade das lides trabalhistas não mais comporta o *Jus Postulandi*, principalmente com a chegada do PJE – Processo Judicial Eletrônico. Desprezar, hodiernamente, a imprescindibilidade do Advogado, data vênua, é ignorar a realidade”. (CISNEIROS, 2015, p.14)

Questão recorrente diz respeito da limitação, ou não limitação, prevista no artigo 791 da CLT no que diz respeito às fases processuais. Para alguns, o referido diploma limitava a postulação em audiência de instrução e julgamento até a sentença. Para outros, contudo, a previsão é expressa quando proclama “até o final”. Certo é que “até o final” pode estender o processo até o Supremo Tribunal Federal (STF).

Seguindo linha lógica, a parte pode postular na fase cognitiva em primeiro grau até a prolação da sentença. Ainda nesta fase, apresentar Embargos de Declaração, Recurso Ordinário e Agravo de Instrumento. Já em segunda instância, pode opor Embargos de Declaração, Agravo Regimental, Recurso de Revista e Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Nos julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), seria possível Embargos de Declaração e Agravo Regimental. Em última instância e, preenchendo todos os pressupostos de admissibilidade, pode levar o processo ao STF.

Mas este não é o fim. Isto porque até agora só tratamos da fase cognitiva e, iniciada a fase executória, aquele que postula sem representação de Advogado devera enfrentar embargos à execução, agravo de petição, recurso de revista e agravo de instrumento em recurso de revista.

Ainda que prevaleça no ordenamento trabalhista a regra da execução *ex officio* pelo magistrado, regra esta contida no art. 878 da CLT, fato é que há um longo caminho a ser percorrido também nesta fase, com os recursos supra descritos e até mesmo a liquidação da sentença. Sem contar que poderá no decorrer do processo ter que enfrentar Mandado de Segurança e Exceção de Pré-Executividade.

Pois bem, muitos causídicos sequer conhecem os caminhos para os procedimentos supra, mesmo após anos a fio de dedicação ao curso de direito. Seria então possível a um postulante solitário percorrer todos estes caminhos até ter sua pretensão satisfeita, ou seja, até o final da reclamação? Pouco provável.

Para por um fim às questões levantadas, o TST, por meio da Súmula 425⁴, definiu e limitou o *Jus Postulandi* às questões de competência das Varas do trabalho e às relativas aos Tribunais Regionais, afastando as instâncias superiores assim como outras ações relativas ao processo do Trabalho como as rescisórias, mandado de segurança e ações cautelares.

Assim sendo, a partir da redação da Súmula 425, a previsão contida no artigo 791 da CLT é mitigada, pois o “até o final” passou a ser até o segundo grau de jurisdição.

Verifica-se, portanto, que o próprio TST reconhece que a complexidade do Processo do Trabalho impede que um leigo possa postular sozinho em juízo. Tal admissão abre caminho para o reconhecimento de que não só nas instâncias superiores e nas ações previstas na Súmula 425 há a

4 As Súmulas do TST não têm força vinculante sendo facultado ao Magistrado o direito de julgar contrariamente ao preceituado. Contudo, um dos pressupostos de admissibilidade de Recurso de Revista no Direito do Trabalho é que um julgado de primeiro ou segundo grau estejam em desconformidade com a jurisprudência uniforme daquela Corte, ou seja, que o julgado seja no sentido contrário da Súmula do TST. Desta forma, mesmo não tendo a força vinculante, é regra que as decisões avancem na direção do Sumulado.

Súmula nº 425 do TST - JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010 O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

necessidade de conhecimento técnico específico, como em todo o processo, desde a petição inicial.

Ocorre que a técnica necessária para propositura de ação rescisória não é diferente da requerida para saber o momento de contraditar uma testemunha ou de impugnar um documento ou mesmo de protestar em determinada decisão interlocutória em uma audiência de instrução.

Certamente o postulante não assistido por Advogado tem conhecimento da sua relação jurídica com a parte contrária e do direito material maculado. Mas é possível afirmar que não tem nenhum conhecimento técnico dos trâmites processuais mais simples o que pode jogar por terra todo e qualquer direito por mais líquido e certo que possa ser.

Importante salientar que basta não saber a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil e do artigo 818 da CLT que poderá ter seu direito fulminado.

Seguindo adiante, superada a fase instrutória e proferida a sentença, o primeiro dilema que um postulante solitário enfrentará é com relação aos prazos recursais e os pressupostos de admissibilidade dos recursos.

A Súmula 425 que limitou o *Jus Postulandi* das partes ignorou tais complexidades admitindo que até os Tribunais Regionais a parte tem capacidade para uma aventura solitária. Ora, quem interpõe um Recurso Ordinário por que não interporia um Recurso de Revista?

Verifica-se ainda que a parte que opta pelo *Jus Postulandi*, pela regra da referida Súmula saberia o momento processual de interpor agravo de instrumento e todos os seus pressupostos de admissibilidade, preparo e prazo, além de poder apresentar Exceção de Pré-Executividade, uma ferramenta de alta complexidade que muitos operadores do direito desconhecem a existência. Mas não há vedação da Súmula 425 para esta ferramenta. Evidente que não. Tal complexidade processual é gritante para um leigo. A aventura de utilizar-se do *Jus Postulandi* pode custar muito caro àquele que a busca.

Mas, sendo assim, poderia o Magistrado interferir de alguma forma para evitar que aquele que se valha do direito garantido pelo artigo 791 tenha fulminado seu direito? A resposta é não. Em uma audiência de instrução onde de há interferência do Magistrado mesmo que notoriamente a parte seja hipossuficiente e esteja desacompanhada de Advogado em contrapartida da outra representada por causídico, macularia todo o processo. A isenção é exigência da magistratura sob pena de nulidade dos atos processuais praticados.

Aquele que se utiliza do *Jus Postulandi* está destinado à própria sorte já que escolheu trilhar o caminho facultado pela legislação trabalhista certo de que é profundo conhecedor de seus direitos olvidando-se, porém, que o Direito do Trabalho não é apenas material.

3. O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NA JUSTIÇA DO TRABALHO (PJE-JT)

Incansável é a busca do poder judiciário para devolver ao jurisdicionado a resposta de sua pretensão de maneira rápida como bem preconiza o artigo 5º, LXXVIII da Carta Magna. Ocorre que na prática o que se verifica é que o processo nem sempre tem duração razoável mesmo na Justiça Especializada que, ante a natureza alimentar, tem mecanismos mais rápidos em seus procedimentos para satisfação do crédito.

O Processo Judicial Eletrônico regulamentado pela Lei 11.419/06 veio como esperança de resolver alguns entraves burocráticos limitadores da busca pela tão sonhada celeridade processual.

Como dito, desde dezembro de 2006 com advento da Lei 11.419 que em seu artigo 1º, par. 1º instituiu o sistema eletrônico em todas as esferas do Poder Judiciário, inclusive nos Juizados Especiais e em qualquer instância, indistintamente, verifica-se o crescimento do Processo Judicial Eletrônico em nosso Ordenamento Jurídico.

Em meados de março de 2010 o Tribunal Superior do Trabalho celebrou Termo de Acordo de Cooperação Técnica com o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Superior da Justiça do Traba-

lho para adesão ao sistema do Processo Judicial Eletrônico.

Projeto piloto, a primeira versão do PJe para a Justiça do Trabalho (PJe-JT) priorizou a fase de execução das ações trabalhistas, sendo lançado um módulo piloto do sistema em Cuiabá-MT em 10 de fevereiro de 2011.

Seguiram-se então o desenvolvimento e implantação paulatinos do PJe-JT. Em março de 2011 iniciou-se a disponibilização de servidores para o desenvolvimento do sistema na fase de conhecimento sendo que a primeira unidade judiciária a instalar o PJe-JT foi a de Navegantes em Santa Catarina em dezembro de 2011. O projeto piloto passou pelas Varas do Trabalho de Caucaia no Ceará, Várzea Grande no Mato Grosso e encerrou-se com a implantação do PJe-JT na Vara do Trabalho de Arujá em São Paulo.

Em março de 2012 o tribunal Regional do Trabalho da 12^a Região (Santa Catarina) passou a utilizar o PJe-TJ em segundo grau, sendo o piloto deste projeto.

Caminho sem volta, em abril de 2014 por meio da Resolução CSJT n^o. 136/2014, foi oficialmente instituído o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais.

O PJe-JT ganhou o território Nacional e atualmente é utilizado em todos os Tribunais Regionais do Trabalho, sendo a Justiça do Trabalho o ramo do Judiciário mais avançado no que tange ao processo judicial informatizado⁵.

Além da celeridade processual, existem outras vantagens apontadas na utilização do processo judicial eletrônico como facilidade de acesso das partes já que está disponível 24 horas sem interferência de serventário, redução de gastos, ganhos ambientais já que praticamente se extingue a utilização de papel.

3.1. A acessibilidade ao PJe-JT

A Resolução 136 do CSJT instituiu o PJe-JT como único meio de tramitação do processo judicial no âmbito trabalhista⁶. Para tanto, define regras de acessibilidade e utilização e a exigência de Certificado Digital, conforme art. 1^o, § 2^o, III, "a" da Lei 11.419/06, para prática de atos processuais.

O art. 5^o impõe a necessidade da utilização de assinatura digital para assinaturas de documentos, serviços com exigência de identificação ou certificação digital e consultas e operações que tramitem em sigilo ou segredo de justiça. Já o art. 6^o define regras de acessibilidade sem a necessidade de certificado digital que se dá por meio de identificação de usuário (*login*) e senha, limitando tal acesso a visualização de autos resguardados os casos de segredo de justiça ou sigilo.

Contudo, importante salientar que o § 1^o do referido artigo define as regras para quem se utiliza do *Jus Postulandi* quando permite às partes ou terceiros sem assistência de Advogados a apresentação de peças processuais e documentos em papel nos locais competentes para recebê-los, cabendo

5 Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, são mais de 1,5 milhão de processos tramitando exclusivamente por meio eletrônico na Justiça do Trabalho.

6 Resolução 136/2014 CSJT

Art. 1^o A tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática de atos processuais e sua representação por meio eletrônico, nos termos da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, serão realizadas exclusivamente por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho - PJe-JT regulamentado por esta Resolução.

7 Art. 6^o O acesso ao sistema PJe-JT mediante identificação de usuário (*login*) e senha, será exclusivamente para visualização de autos, exceto nas hipóteses de sigilo ou segredo de justiça. § 1^o Partes ou terceiros interessados desassistidos de advogados poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias, nos locais competentes para recebê-los, que serão digitalizados e inseridos no processo pela Unidade Judiciária.

ao serventário a digitalização e inserção no processo.⁷

O que se segue na referida Resolução são regras para a utilização cotidiana e procedimentos que viabilizam e dão segurança ao Processo.

Para nosso estudo, limitaremos a análise ao parágrafo primeiro do art. 6º que fornece o meio para o acesso daquele sem assistência de Advogado, ou seja, o *Jus Postulandi*.

Se, como visto anteriormente, a vida de quem postula por conta própria na Justiça Especializada nunca foi fácil, o PJe-JT apresenta-se como um quase intransponível obstáculo. O esforço da Resolução 136 do CSJT em manter viva a possibilidade do *Jus Postulandi* é louvável, mas pouco prática.

Para quem é operador do direito o PJe-JT apresenta-se como uma nova era, um desafio a ser superado para que subsista na profissão pois não há retrocesso. Assim como quando as petições passaram a ser datilografadas ou quando passou-se a utilizar os editores de texto nos computadores, há inúmeros causídicos que terão enormes dificuldades em utilizar o sistema totalmente digital.

Verifica-se assim que não se trata mais apenas de saber o Direito em sua essência seja na questão processual, seja na questão material. Trata-se de saber utilizar as ferramentas modernas de informática às quais são imprescindíveis para não só a postulação, mas o acompanhamento, as intimações, as manifestações e o resultado em si.

4. O PJE-JT E OS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

Na lição de Sergio Pinto Martins (2010, p.60), “princípio é onde começa algo. É o início, a origem, o começo, a causa.” Nesta linha, os princípios exercem uma importante função no direito que é o de servir de juízo condutor da compreensão de uma realidade, tratando-se de verdadeiro ponto de partida para uma correta percepção do sentido de uma norma no contexto de sua existência.

Carlos Zangrando (2013, p.47) afirma que “os princípios dentro da Ciência do Direito, se revelam não só de inafastável importância, como também um dos objetos da própria Ciência, contribuindo enormemente para a compreensão integrada de toda uma Ordem Jurídica.”

Para Martins (2010, p.60),

São os princípios as proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas. São os princípios como as vigas ou alicerces que são sustentação ao edifício. Este é o ordenamento jurídico, que é subdividido em tantos andares quantos são seus ramos.

Em contraponto, Godinho Delgado (2005, p.185) afirma que “a validade científica da ideia de princípios, como instrumento de análise da realidade, tem sido contestada acerbamente.” A esse respeito o filósofo *Nicola Abbagnano* (1982, p.760) discorre que:

[...] na filosofia moderna e contemporânea, a noção de princípio tende a perder sua importância. Ela inclui, com efeito, a noção de um ponto de partida privilegiado: e não relativamente privilegiado, isto é, com relação a certos escopos, mas absolutamente em si. Um ponto de partida deste gênero dificilmente poderia ser admitido no domínio das ciências.

Há quem defenda que os princípios estão no âmbito do jusnaturalismo, como ideias acima do ordenamento jurídico se sobrepondo às leis que os contrariem expressando valores que não podem ser suprimidos ou contrariados por leis.

Fato é que no nosso ordenamento jurídico os princípios ainda são entendidos como balizadores de uma decisão considerada justa e defendidos como o único meio de se alcançar a essência do direito, a essência da lei.

É fato que os princípios têm um importante papel no ordenamento jurídico, na criação e ma-

nutenção das leis, nos embasamentos jurídicos decisórios e até mesmo no convívio harmônico social. Contudo, ousando discordar de quem defende os princípios como a busca do alcance da essência da lei, devem acompanhar a evolução histórica social e mudanças às quais não se pode fechar os olhos.

Não podem servir como fundamento para a não evolução ou para enrijecimento de um formato que na prática não se sustenta.

Neste sentido, o PJe-JT, uma evidente evolução e, por que não dizer, uma revolução no cotidiano do operador do direito apresenta uma dicotomia entre os princípios regulares do Direito do Trabalho e a evolução na prática da defesa de tais direitos.

Os princípios que regem o ordenamento jurídico trabalhista têm certa peculiaridade tendo servido de base para outros ramos do direito como se verifica no Código de Defesa do Consumidor. O princípio da proteção por exemplo, oriundo do ordenamento justrabalhista e que tem como fundamento a compensação da superioridade econômica do empregador com a superioridade jurídica do trabalhador foi adotado por aquele Código sob os mesmos fundamentos, ou seja, a disparidade econômica.

Como ensina Carlos Zangrando (2013, p.263),

[...] o princípio da proteção orienta e determina que o Direito Individual do Trabalho deve servir como instrumento de intervenção do Estado na relação jurídica de emprego, promovendo a compensação entre a desigualdade econômica por meio de uma desigualdade jurídica, a qual é propiciada por um conjunto de regras interpretativas, princípios derivados e normas cogentes.

Ocorre que o princípio da proteção remonta à existência do direito do trabalho, assim como o princípio do *in dubio pro operário*, o da aplicação da norma mais favorável e o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, sendo estes três últimos derivados do princípio da proteção.

Também, o princípio da continuidade na relação de emprego, que presume que o contrato trabalhista em regra não tenha prazo determinado ou termo final e ainda, que a despedida deverá ser justificada nos termos do art. 7º, I da Constituição Federal e o princípio da primazia da realidade que determina que os fatos prevalecerão sobre a norma, integram o conjunto de princípios do direito do trabalho.

Além destes, vislumbra-se o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, princípio que inibe o empregado transacionar ou dispor de seus direitos podendo fazê-lo, entretanto, se estiver em juízo, perante o Juiz do Trabalho, “pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo” (MARTINS, 2010, p.69). Nota-se que o princípio da irrenunciabilidade tem condão de proteção e, em que pese ser tratado pela doutrina como princípio autônomo, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas visam exatamente proteger o trabalhador do poder econômico do empregador. O princípio da irrenunciabilidade passível de transação em juízo tem que comportar presunção de incerteza pois para haver transação é preciso o elemento dúvida na relação jurídica (*resdubia*) visto que a ausência de dúvida pressupõe que a parte que cede na verdade pratica doação pois não tem a contrapartida. Assim, o trabalhador não pode “vender” as férias para deixar de usufruí-las em troca de dinheiro, satisfazendo assim a necessidade do empregador, mas colocando em risco sua saúde e segurança e depois ter ratificado em audiência perante um Juiz tal fraude.

Pois bem, o que deve ser considerado é se tais princípios estão presentes no PJe-JT, especialmente no que tange ao *Jus Postulandi*.

Constata-se pelo até aqui narrado que o PJe-JT não é um sistema para ser operacionalizado por leigos. Além do direito propriamente dito, agora mister o conhecimento de informática, conversão de arquivos, já que o anexo tem que respeitar o formato em Portable Document Format (PDF)⁸, certi-

8 O PDF (Portable Document Format) é um formato de arquivo, desenvolvido pela Adobe Systems em 1993, para representar documentos de maneira independente do aplicativo, do hardware e do sistema operacional usados para criá-los.

ficado digital além de conhecer o próprio sistema. De certo, há grande dificuldade ao ter contato pela primeira vez com tamanhas exigências até mesmo para quem é operador do direito, quiçá para um trabalhador com pouco ou nenhum conhecimento ou instrução.

5. *JUS POSTULANDI* NO PJE-JT E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE.

Como dito, o princípio da irrenunciabilidade visa evitar que o trabalhador transacione determinados direitos considerados indisponíveis. Como ensina Godinho Delgado (2008, p.201),

Ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego.

Com efeito, o artigo 9º da CLT decreta a nulidade de qualquer ato ou disposição que tenha condão de fraudar os preceitos normativos celetistas⁹, dando forma ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Ocorre que, como já visto, a vedação da transação é relativa pois em determinados casos o trabalhador poderá renunciar a direitos em transação efetuada em juízo excetuando-se os direitos absolutamente indisponíveis como já mencionado. Tais direitos têm relação com medicina e segurança do trabalho.

Ensina Mauricio Godinho Delgado (2001, p.50) que

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalho. Também será absoluta a indisponibilidade, sob a ótica do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Esse último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área de indisponibilidade absoluta no direito Individual é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo.

Temos então que ao trabalhador não é possível a transação de direitos absolutamente indisponíveis mesmo que seja de sua mais profunda vontade e necessidade, nem mesmo perante o magistrado.

Ocorre que quando o trabalhador se vale do *Jus Postulandi* no PJe-JT coloca em xeque o princípio da indisponibilidade. Isto porque, como já dito, o Direito do Trabalho moderno não comporta de per si a figura daquele que deseja aventurar-se em águas turbulentas do ordenamento jurídico Trabalhista sem estar acompanhado de Advogado ante a enormidade de regras processuais e materiais.

Quando tal inviabilidade une-se às dificuldades apresentadas para acessibilidade e manuseio do sistema do PJe-JT, torna-se praticamente impossível tal inserção.

9 CLT Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A renúncia neste caso se dá pela ausência de conhecimento técnico específico que coloca em risco todos os direitos do trabalhador, por mais líquidos e certos que sejam. Ao utilizar-se do *Jus Postulandi* o trabalhador enfrentará um mundo desconhecido. Certamente, este aventureiro tem algum conhecimento da lesão sofrida no seu contrato de trabalho mas não saberá o momento processual de questionar. O PJe-JT só agravou o problema pois em audiência o que verá na sua frente será uma tela de computador com informações que até mesmo para quem milita no dia a dia da Justiça do Trabalho não é fácil entender.

É improvável que o aventureiro saiba acessar a defesa da empresa na tela do computador. Mais improvável ainda é que saiba fazer uma manifestação ou impugnação de algum documento ou que saiba as regras da inversão do ônus da prova para então defender seu sagrado direito. Tampouco saberá regras de prazos, pesadelo até mesmo dos mais experientes advogados.

Desta forma, o PJe-JT que sem dúvida alguma é uma ferramenta eficaz para a sonhada celeridade processual, com as vantagens já explanadas, na prática mitiga o princípio da irrenunciabilidade quando se trata do *Jus Postulandi*, e neste caso evidentemente estamos nos referindo ao direito utilizado pelo trabalhador, ao passo que sua falta de conhecimento técnico específico para manuseio da ferramenta disponível pode enterrar seus mais protegidos direitos, sem dó nem piedade.

6. CONCLUSÃO

Seja do ponto de vista processual, seja do ponto de vista material, o direito atual não comporta a figura do *Jus Postulandi*. Mais do que a legislação ordinária, o ordenamento justralhista é composto de um emaranhado de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, Instruções Normativas, Regimentos, Atos, Resoluções, entre outros, distribuídos pelos Tribunais Regionais e, especialmente, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Com efeito, não basta ao leigo conhecer a Constituição, a CLT, Convenções Coletivas, Código de Processo Civil, Lei das Execuções Fiscais entre outros aplicados ao direito do trabalho pois, como visto, há outras regras que transitam nesta especializada e que regulam um processo do começo ao fim.

Com o advento do novo Código de Processo Civil (CPC - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) há um novo entrave para quem se aventura desajudado em uma demanda na Justiça do Trabalho, já que deverá ser conhecedor da aplicabilidade subsidiária do novo CPC.

Isto tudo já seria suficiente para justificar a inaplicabilidade atual do direito de postular sozinho em juízo. Ocorre que, como já explanado, há um entrave maior nesta empreitada, o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT).

As dificuldades enfrentadas pelo trabalhador solitário em uma lide trabalhista ante a complexidade de manuseio do PJe-JT poderão colocá-lo diante da renúncia implícita de direitos.

O simples desconhecimento dos procedimentos eletrônicos coloca em risco seus direitos e podem mitigar o princípio da irrenunciabilidade. A renúncia não estará explicitada mas estará em risco pois, ao demandar sozinho, a possibilidade de renunciar a direitos indisponíveis pelo simples desconhecimento de procedimentos de manuseio do PJe-JT é altamente elevada.

Para o solitário aventureiro, saber seus direitos não é suficiente. As ferramentas que deverá utilizar para assegurá-los é o grande obstáculo que enfrentará nesta inglória empreitada.

O PJe-JT pode ser uma ferramenta aniquiladora de direitos para quem se utiliza do *Jus Postulandi*.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *“Dicionário de Filosofia”*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo eletrônico: processo digital*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- ALVES, Eliana Calmon. *As gerações dos direitos e as novas tendências: dimensões do direito contemporâneo*. São Paulo: IOB, 2001.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CISNEIROS, Gustavo. *Manual de audiência e prática trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTR, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FERREIRA, Ivete Senise et al. *Novas fronteiras na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RULLI JR., Antonio. Processo virtual em jurisdição da sociedade da informação. *Revista da Escola da Magistratura*, ano 8, nº 1, 2007.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 23 nov. 2015.
- ZANGRANDO, Carlos. *Princípios Jurídicos do Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTR, 2013.

Recebido em: 09/03/2016

Aprovado em: 20/06/2016

CIDADANIA AMBIENTAL: fundamentos éticos para uma sociedade sustentável e transnacional

ENVIRONMENTAL CITIZENSHIP: ethical principle for sustainable and transnational society

MAYARA PELLEZ 1
RAFAELA BALDISSERA 2

RESUMO: Percebe-se, no decorrer do tempo, como existem temas cujo objeto de nossa preocupação não pertence tão somente a uma única Nação, mas toda Humanidade. Os esforços precisam ser comuns, já que não existem destinatários que possam ser identificados. Trata-se de ampliar, por meio da Ética e Alteridade, nossas responsabilidades a partir do surgimento de outros sujeitos os quais não são humanos. Por esse motivo, a Cidadania não deve ser caracterizada como *status* político e jurídico como se observa nas constituições dos países, mas um projeto mais amplo, que se inicia pela dimensão ambiental. Se a Natureza é, também, um sujeito, inclusive de direitos, é necessário, portanto, comungar atos e ideias as quais favoreçam uma integração planetária e permita o seu desenvolvimento pelo respeito aos ciclos reprodutivos e regenerativos.

Palavras-chave: Cidadania Ambiental; Ética; Sustentabilidade; Transnacionalidade.

ABSTRACT: People can realize over time that there are themes of our concern and does not solely belong to one nation, but all mankind. These efforts need to be common, as there are no recipients who can be identified. This extends, through the Ethics and Otherness, our responsibilities from the emergence of other subjects which are not human. For this reason, Citizenship should not be characterized as political and legal status as shown in modern constitutions, but a larger project, which begins with the environment. If Nature is also a subject, including its rights, it is necessary to commune actions and ideas which favor a global integration and allows to develop respect to its reproductive and regenerative cycles.

Keywords: Environmental Citizenship; Ethics; Sustainability; Transnationality.

1 Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional (IMED). Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade na mesma instituição. Docente do Curso de Direito da Faculdade IBES/SOCIES (Blumenau/SC). Docente da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Avantis (Balneário Camboriú/SC). Advogada. Email: maypellenz@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional. Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico pela Faculdade Meridional. Membro do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Advogada. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se analisar um novo modelo de Cidadania que vai além da conceitualização tradicional. Trata-se de uma metamorfose, redimensionada diante dos fenômenos da Globalização e da Transnacionalidade. Em uma sociedade pós-moderna, multicultural, de caráter transnacional, com influência direta dos processos de globalização, o conceito de Cidadania precisa ser revisitado, possibilitando a integração jurídica e social de todos.

Embora a categoria tenha mantido sua força até os dias atuais, seu significado desvela novas características, e extrapola o vínculo Estado-Nação, sofrendo transformações no tempo e no espaço. Por ser uma construção histórica, oriunda das lutas e conquistas iniciadas especialmente no contexto da Revolução Francesa, é evidente que o conceito de Cidadania é modificado no processo civilizatório.

As novas perspectivas históricas, bem como os Direitos Fundamentais, são vivenciadas e, assim, há necessidade de um redimensionamento do vínculo jurídico e político, que transcenda relação indivíduo-Estado, num sentido de pertencimento daqueles que integram o corpo social. Desse modo, a Cidadania adquire novos significados à luz dos direitos fundamentais e efetiva-se, de forma mais ampla, em espaços onde o processo democrático é estabelecido.

A partir destes novos cenários, a Cidadania adquire uma faceta voltada à questão ambiental, como critério de integração planetária. O sentimento de pertença e de um vínculo antropológico comum, que une os atores sociais, é um vetor para a retomada de responsabilidade dos cidadãos pelo seu agir comportamental e sua participação nesta questão. Quando se trata do meio ambiente, estas condições ficam ainda mais evidentes, a medida que a problemática ambiental não tem fronteiras e impacta em todo o mundo.

Para que os cidadãos do mundo possam conviver com esta nova realidade, é necessário o resgate de valores humanitários, como a Ética por exemplo. Nesse cenário é preciso destacar a Cidadania como parte de um projeto político de nível global, capaz de assegurar seu exercício pelo viés ambiental. Propõe-se uma Ética de convivência voltada ao Outro e também ao meio ambiente, viabilizando condições de agradabilidade e de convivência equilibrada entre os seres vivos.

Nessa linha de pensamento, o objetivo desta pesquisa é responder a seguinte indagação: a Ética pode ser considerada um fundamento plausível para a Cidadania Ambiental? A problemática apresenta como hipótese uma perspectiva positiva, se a Ética for visualizada no seu sentido de Alteridade. Essa condição possibilita a materialização de uma sociedade sustentável, com espaços compartilhados e democráticos, essenciais na troca de experiências e no ideal de participação ao qual a Cidadania se propõe. Essa pesquisa objetiva demonstrar que a Ética é um fundamento capaz de viabilizar e concretizar a Cidadania Ambiental a partir do sentimento de pertença e do fortalecimento de vínculos que unem a humanidade com os demais seres vivos.

Nesta senda, a partir da precariedade humana, busca-se a (re)ligação do Homem para com todas as formas de vida, de modo a perpetuar sua existência nesse Planeta. Os objetivos específicos podem ser descritos como: a) Definir a possibilidade de uma Cidadania Ambiental; b) Definir o que é a Ética; c) Identificar de que modo a Ética figura como um critério para a Cidadania Ambiental; d) Avaliar de que forma a Cidadania Ambiental carece de valores que possibilitem e disseminem uma participação humana nas questões ambientais, pautada na compreensão do vínculo antropológico comum, no cuidado e na responsabilidade; e) Reconhecer que não é possível concretizar a Cidadania Ambiental se não estiver presente a Ética, como categoria capaz de oportunizar patamares mínimos comuns de uma convivência transnacional.

Para elaborar o aspecto metodológico deste estudo, utilizar-se-á como critério método de

abordagem para descrever os resultados alcançados o indutivo³, cuja premissa menor é a Ética como fundamento para uma sociedade sustentável e transnacional e a premissa maior se descreve pela estruturação de uma Cidadania Ambiental como nova categoria jurídica. As técnicas utilizadas para desenvolver o método escolhido é a Pesquisa Bibliográfica⁴, a Categoria⁵ e o Conceito Operacional.⁶

2. A ÉTICA COMO FUNDAMENTO PARA UMA SOCIEDADE SUSTENTÁVEL E TRANSNACIONAL

O processo civilizatório e o progresso das ciências possuem aspectos positivos e negativos. Neste segundo caso, muitas vezes, os danos causados são irreversíveis. A ideia de que tanto a tecnologia quanto a Ciência, aliadas à racionalidade, poderiam contornar os momentos de crise que ela mesma deu causa, não é sustentável, pois nem mesmo o aparato mais moderno é capaz de suportar o caos instalado na atualidade, quando se refere à crise ecológica.

Na atualidade, há uma dificuldade em creditar os acontecimentos naturais como exclusivamente naturais, à medida que as ações humanas também causam destruição. É custoso distinguir o que é resultado de um fenômeno natural ou se aquele efeito ocorre por conta da influência humana no meio. Essa relação entre Homem e Natureza, oriunda de um padrão cultural que predomina há séculos, rompeu em definitivo com o senso de responsabilidade e respeito para com o meio ambiente.

Por esse motivo, a superação de paradigmas deve ser constante e direcionada à tecnologia, à Ciência e à racionalidade, pois não cabe à técnica figurar como “tábua de salvação” aos problemas instaurados, ou ainda o remédio para a crise. No passado, reduziu-se, substancialmente, a complexidade dos fenômenos para adaptá-los à racionalidade emergente⁷. No entanto, se a superação de paradigmas não foi direcionada também ao ser humano, os efeitos desejáveis para que haja um progresso capaz de traduzir esse perene diálogo do “Eu-Tu-Mundo-Nós” não serão observados.

Sem a pretensão de minimizar os benefícios que os avanços tecnológicos trouxeram à vida humana, aduz-se que o conhecimento evoluiu consideravelmente, mas possivelmente tenha falhado na previsão dos riscos que o progresso traria à humanidade, quando da exploração desenfreada do meio ambiente. Salienta-se que o gênero humano não é uma parte isolada, mas sim, elemento fundamental e integrante do grande lar compartilhado chamado Planeta Terra.

A Humanidade, por mais avanços que tenha conquistado, não foi capaz de desenvolver uma forma de sobrevivência que seja desvinculada com o meio natural. O conjunto de elementos que forma a Natureza é indispensável à vida humana e por este motivo, é uma necessidade a superação de paradigmas que denota os recursos naturais à serviço do Homem.

O que se propõe é o reestabelecimento de vínculos⁸ que viabilizem o equilíbrio da relação Homem versus Natureza - por meio de um novo modo de pensar essas interações -, além do fomento

3 “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, 2011, p.205).

4 “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, 2011, p.207).

5 Nas palavras de Pasold: “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia” (PASOLD, 2011, p. 25. Grifos originais da obra em estudo).

6 Reitera-se conforme Pasold: “[...] *uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]*”. (PASOLD, 2011, p.37. Grifos originais da obra em estudo).

7 “Na falência da ideia de razão instrumental (cognitiva e instrumental), ou na decrepitude do projeto moderno, estar-se-ia diante de um convite à revisão da razão, agora de uma razão consciente de suas fragilidades, mas não propriamente diante do abandono do princípio segundo o qual a razão deve governar as relações. Deste modo é que afirma: “Precisamos de um racionalismo novo, fundado numa nova razão. A verdadeira razão é consciente dos seus limites, percebe o espaço irracional em que se move e pode, portanto, libertar-se do irracional”. (BITTAR, 2009, p. 117).

8 Segundo Maffesoli, “[...] o vínculo comunitário, o fato de estar “vinculado” e de ter confiança, se fundamenta na sedimentação de todas essas pequenas coisas. A sedimentação, em seu sentido estrito, gera cultura”. (MAFFESOLI, 2012, p 25).

ao sentimento de pertença do ser humano em relação ao meio ambiente, com novos conteúdos éticos que proporcionem vínculos de Fraternidade.

Nessa linha de pensamento, Ferrer (2012, p.311) entende que a busca pela harmonia entre as categorias figura como um fio condutor para o adequado progresso da humanidade com vistas no futuro. Em relação à Sustentabilidade, o autor explica que o princípio corresponde à harmonia em todas as dimensões de relacionamento da vida humana e não somente da manutenção da espécie no futuro. Precisa-se desenvolver essa compreensão na perpetuação do momento presente.

De fato, uma nova perspectiva em relação ao meio ambiente não será possível sem a Ética. Para Bauman, esta pode ser definida como: “um código moral, que pretende ser o código moral, o único conjunto de preceitos harmonicamente coerentes ao qual deve obediência toda pessoa moral [...]” (BAUMAN, 1997, p. 29). Ao lado da Moral, a Ética funciona como um vetor para as escolhas e as decisões humanas individuais⁹.

Sob igual critério, a responsabilidade adquire fundamental importância, a medida que o vínculo antropológico comum necessita ser resgatado e fortalecido com uma sensibilidade que precisa ser desenvolvida a partir do Outro¹⁰. Essa experimentação denota a complexidade humana e enseja cuidado, pois o agir de forma ética, para com o semelhante ou no meio em que se vive pode resultar em rompimentos comportamentais necessários.

Os fundamentos da Ética, na contemporaneidade, implicam na retomada do agir moral responsável voltado para o Outro e para o mundo, em uma perspectiva de integração planetária¹¹. Essa integração nada mais é do que a aproximação e o fortalecimento de valores capazes de unir os seres vivos, em intersubjetividade, na busca de significados que auxiliem na estruturação de uma sociedade sustentável.

A partir destas experimentações, por meio da Ética, o “Eu” se desvela no “Outro” e abre caminhos para vivências genuinamente humanas. A Ética é categoria que se constrói historicamente e possui uma função relevante no comportamento humano, capaz de fortalecer os vínculos neste momento de relações tão superficiais.

Esta proposta guarda ligação com a Cidadania à medida que o sentimento de pertença e o ímpeto de mudança da atual realidade possibilitariam uma melhora no ambiente físico, na saúde física e mental, na qualidade de vida, no lazer e tantos outros aspectos positivos que englobam o bem-estar do cidadão. Este novo paradigma, no entanto, depende de um agir humano ético que favoreça estas transformações com vistas na questão ambiental.

Nessa linha de pensamento, observa-se como a qualidade de vida a que se pretende alcançar não

9 “O que estamos aprendendo é que a moralidade pessoal é que torna a negociação ética e o consenso possíveis, e não vice-versa. [...] Repersonalizar a moralidade significa fazer voltar a responsabilidade moral da linha do fim (para a qual foi exilada) para o ponto de partida (onde ela se acha em casa) do processo ético. Constatamos agora - com uma mistura de apreensão e esperança - que a não ser que a responsabilidade moral esteja “desde o começo” enraizada de alguma forma no próprio modo de nós humanos sermos, nunca será suscitada em fase posterior, por generoso e elevado seja o esforço”. (BAUMAN, 1997, p. 43-44).

10 “Será somente mais tarde, quando eu reconhecer a presença da face como minha responsabilidade, que nós dois, eu e o próximo, adquirimos significados: Eu sou eu, quem sou responsável, ele é ele, a quem eu atribuo o direito de fazer-me responsável. É nessa criação de significado do Outro, e assim também de mim mesmo, que chega a mim minha liberdade, minha liberdade ética. E precisamente por causa da unilateralidade, por causa da não-simetria da responsabilidade, por causa da condensação de poder criativo inteiramente do meu lado, é que a liberdade do eu ético seja talvez, paradoxalmente, a única liberdade que se veja livre da sombra ubíqua da dependência”. (BAUMAN, 1997, p. 10).

11 “Esse é o desafio da Pós-Modernidade, na qual precisa ser insistente: fundar uma condição moral de vida na qual cada pessoa se torna, de modo incondicional, responsável pelo Outro. Trata-se de uma moralidade sem a presença dos códigos de ética. A presença incomoda, provocadora daquele na qual impõe limites à vontade do “Eu” ilimitado se torna, aos poucos, audível quando as relações humanas des-velam as obscuridades que cegam o Ser humano no seu caminhar para se tornar sempre mais Moral. Essa condição - insiste-se - jamais cessa, jamais se exaure. É perene e pode ser descrita como a moeda de duas faces: guarda em si a salvação ou maldição de todos”. (AQUINO, 2015, p.6).

engloba somente fatores como emprego, renda, riqueza e consumo, mas corresponde a ideia de que os indivíduos necessitam estabelecer vínculos de pertença a seu grupo social e ao meio em que vive.

Insiste-se: o Direito é um fenômeno cultural que reflete as crenças e valores daquela Sociedade. Se o paradigma utilizado até agora, em relação à Natureza, é de sua dominação e exploração, diante das mudanças que ocorre nas últimas décadas em relação a esta, o Direito também é capaz de ser transformado, por meio do enfrentamento da questão ambiental, o qual não se encontra tão somente no campo tecnológico, mas, também, no cultural (FERRER, 2012, p. 312-314).

Não há dúvidas de que os caminhos que trouxeram o Homem até o momento presente são tortuosos do ponto de vista ecológico, pois os modelos de desenvolvimento adotados colocam em risco a existência dos elementos e dos seres vivos que compõe o Planeta. Chama-se a atenção à relação do Homem perante a Natureza que deve ser, em sua essência, ética e responsável. Para tanto, questiona-se que valores estão sendo propostos para isso, visto que a exploração dos recursos naturais ainda é uma realidade.

A Ética vai de encontro com a necessidade do Homem em assumir sua responsabilidade mediante a crise instaurada, de modo a não justificar, a todo tempo, os equívocos ocorridos neste âmbito, mas sim, dar legitimidade a uma nova forma de pensamento, não utilitarista, e que suprime, em definitivo, a ideia de progresso às custas dos recursos naturais. O padrão estabelecido até pouco tempo era de que a racionalidade científica vigorasse, e por esse motivo, admitia-se a relação de exploração com a finalidade de dominar o ambiente natural e, conseqüentemente, subjugar-lo aos interesses e necessidades humanas¹².

A crise hoje a ser enfrentada apresenta-se como uma faceta do modelo de desenvolvimento adotado até aqui. Beck (1998, p. 304) salienta que as promessas da modernidade não são coerentes com a estrutura de seus setores produtivos, sua noção de crescimento econômico, sua compreensão da ciência e da técnica e suas formas de democracia. Sob idêntico argumento, Ferrer explica que o grande paradigma da humanidade é a Sustentabilidade, ou seja: a vontade de construir uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo, e em condições dignas em relação ao social e, também, ao ambiental (FERRER, 2012, p. 319).

Por esse motivo, um dos caminhos propostos à superação das crises, está em um conceito mais amplo e global, um conceito que favoreça a integração e a religação entre pessoas e as estimule a participar das decisões globais com ética e responsabilidade. Elemento chave para um novo tempo diz respeito à religação. Essa proposta segundo Maffesoli, aduz que:

[...] para além da ideologia progressista própria à modernidade, não se pode esquecer a herança dos séculos a da tradição, que enfatiza as conexões, as harmonias de bases próprias a toda vida em sociedade. Trata-se aí de um tesouro herdado do passado, que, no presente, prefigura o futuro. Em resumo, “estar com” é a antiga e obsessiva preocupação com a relação: estar religado ao outro (MAFFESOLI, 2014, p. 81).

No cotidiano, esse cenário pode ser concretizado, desde que haja consciência de que todos pertencem a um único lar, chamado Planeta Terra, e que compartilhem suas responsabilidades para a manutenção de todas as formas de vida (FERRER, 2012, p.324). Assumir a responsabilidade pelo atual estado do Planeta também é uma necessidade pois a crise dos recursos naturais é gravíssima e começa a impactar a vida humana de forma bastante intensa e de maneira global.

Atualmente, uma mudança de consciência a respeito destas questões é uma realidade. Iniciou o processo do rompimento de paradigmas - como aquele que denota a Natureza como bem

12 É no contexto de crise que o movimento social torna-se um rico objeto de análise. Em meio a saturação da questão ecológica, Maffesoli pontua que “[...] quando uma civilização já deu o melhor de si mesma, ela sente a necessidade de retornar a sua origem”. (MAFFESOLI, 2010, p. 21).

ou à serviço do homem, conforme a linha de pensamento de Descartes¹³ - porque Homem e Natureza possuem uma ligação direta.

A forma de encarar a realidade, partindo da premissa de que, por acontecimento natural ou vontade divina, o Homem é herdeiro do Planeta, não merece prosperar, mesmo que estas sejam as orientações de várias civilizações e de algumas religiões (especialmente a cristã e hebraica). Esse pensamento acirra ainda mais a relação Homem versus Natureza e é alvo de crítica para Boff, que aduz:

O antropocentrismo é ilusório porque o ser humano foi um dos últimos seres a aparecer no cenário da evolução. Quando a Terra estava pronta em 99,98% de sua realidade, surgiu a espécie homo, com a capacidade singular de ser consciente e inteligente, mas isso não lhe confere o direito de dominar os demais seres. Ao contrário, o mesmo Gênesis coloca o ser humano no Jardim do Éden para cuidar e guardar esta herança que Deus lhes deixou (Gn, 2,15). Esta visão é ecológica e deve ser resgatada e não a outra. O que agrava o antropocentrismo é o fato de colocar o ser humano fora da natureza, como se ele não fosse parte dela e não dependesse dela. A natureza pode continuar sem o ser humano. Este não pode sequer pensar em sua sobrevivência sem a natureza. Além do mais, ele se colocou acima da natureza, numa posição de mando, quando, na verdade, ele é um elo da corrente da vida. Tanto ele quanto os demais seres são criaturas da Terra e junto com os seres vivos nós formamos, como insiste a Carta da Terra, a comunidade de vida (BOFF, 2012, p.69).

O ponto de vista trazido pelo autor derruba, em definitivo, os discursos de cunho religioso para legitimar a prática de exploração à Natureza. O Homem depende do Planeta para promover sua subsistência e desenvolvimento. A ação humana no sentido de explorar o mundo natural de forma irresponsável tem demonstrado ser prejudicial à harmonia da vida humana com a Natureza. A informação hoje está mais acessível e assim as dimensões dos problemas ambientais são disseminadas. A degradação ao meio ambiente, que ocorreu de forma mais intensa na Revolução Industrial, foi questionada porque os primeiros sinais de uma Natureza esgotada começavam a aparecer.

A consciência sobre a finitude do mundo natural contribuiu para o fim da seguinte ideia: a Natureza é um objeto à serviço de um ser pensante, dotado de racionalidade, que domina os recursos com a tecnologia e a ciência, buscando o progresso, a qualquer custo. Retoma-se hoje o pensamento das sociedades tradicionais, que possuíam uma ligação com a Natureza bastante forte, ou seja, participação do sujeito em uma entidade coletiva.

A ideia correspondia à sinergia com o meio ambiente, e o Planeta crescia de forma natural, sem a intervenção humana de forma tão intensa. O utilitarismo era limitado à subsistência das tribos ou das famílias. A Natureza era domesticada e dominada sem maiores prejuízos, sem manobras de manipulação. Porém, por muito tempo, a chamada “metástase do ego” (MORIN, 2011, p.55) fomentou a visualização dos próprios interesses, indo ao encontro do progresso desenfreado que seduziu a humanidade. Nesse aspecto, cabe destacar:

Ha aportado los lados más sombríos del individualismo: el egocentrismo, la autojustificación (que suscita la incomprensión del otro) y el afán de lucro [...] Ha destruido la solidaridad tradicional sin crear otra que la sustituya y, como resultado, se han multiplicado las soledades individuales. Al desarraigar y crear guetos, se plantan las semillas de la criminalidad. (MORIN, 2011, p. 26).

13 A famosa expressão de Descartes é, segundo Maffesoli, “[...] a pretensão moderna: um sujeito senhor e possuidor da natureza, ator da sua própria história e da história do mundo”, denotando um paradigma que precisa, com urgência, ser superado em definitivo”. (MAFFESOLI, 2007, p. 106)

Numa perspectiva diferenciada, remete-se hoje a ideia de que a Natureza é uma parceira obrigatória à manutenção da vida humana na Terra. Não se trata de contrastar a humanidade com os demais seres, mas sim, de fomentar vínculos de responsabilidade e principalmente de pertença, que absorvam a ideia de lar comum, no cotidiano. Um desafio tão complexo, que é superar o individualismo em prol de uma compreensão sistêmica da Sustentabilidade, enseja uma “[...] tomada de consciência de pertencimento a uma mesma “terra pátria” (MORIN, 2005, p.166-167).

Essa condição vai de encontro com as lições de Maffesoli. Segundo o autor, a “tribalização” da sociedade é fruto de agregações resultantes de vínculos afetivos compartilhados (MAFFESOLI, 1997, p.42). Novas perspectivas, contudo, só serão possíveis pelo exercício da Ética, apta a desenvolver uma ética que seja capaz de contemplar as necessidades e os interesses do outro. Essa nova perspectiva, que possui ligação com o senso de responsabilidade, é oriundo do vínculo antropológico comum, ou seja: o imperativo de existência da humanidade.

Chama-se atenção a necessidade de respeitar o funcionamento e a dinâmica vital da Natureza. O seu funcionamento é complexo e macroscópico. O Planeta corresponde à “teia da vida”, um organismo vivo¹⁴ e pulsante, que não pode ser concebido como à disposição do Homem.

O exercício da Cidadania é fator que merece maior esclarecimento, pois esta significa uma condição de existência com Dignidade¹⁵ e que vai além das condições vitais básicas do ser humano. Ao exercer a Cidadania, de forma plena, o Homem acaba por influenciar no meio em que vive e contribuir na superação dos obstáculos da Pós Modernidade.

A Sustentabilidade, para além de números que medem o desenvolvimento ou os índices econômicos, significa adentrar em questões subjetivas que envolvem o bem estar e a qualidade de vida do Homem (FERRER, 2012, p. 312). Este, como cidadão, é capaz de rever seus padrões de consumo e modo de vida. O Direito é elemento chave neste movimento, pois este é o garantidor do exercício da Cidadania (FERRER, 2012, p. 313). Além disso, trata-se de um vetor para as transformações que se almejam alcançar.

Ferrer afirma que, para que se busque uma sociedade sustentável, primeiramente precisa-se de cidadãos globais (FERRER, 2012, p.324). Conscientes a respeito dos desafios contemporâneos, é necessário que reconheçam a si e os demais como sujeitos dignos, em qualquer canto do Planeta.

3. A CIDADANIA AMBIENTAL: UMA CATEGORIA JURÍDICA TRANSNACIONAL

O cidadão global está atento às responsabilidades, é sabedor de quais direitos exigir, é tolerante em relação às diferenças culturais e é crítico em relação ao padrão de consumo e modelo de desenvolvimento atual. Essa condição implica na defesa de todas as formas de vida e no respeito, tanto de comportamento, de gênero, de identidade e de culturas como fonte de enriquecimento humano.

14 Além do Planeta, em sua composição natural do qual faz parte a química, a física, a bioquímica e tantos outros elementos, cabe mencionar, que, do mesmo modo, segundo Maffesoli, “o corpo social é um metabolismo vivo”. (MAFFESOLI, 2007, p. 105).

15“A dignitas é um atributo que se confere ao indivíduo desde fora e desde dentro. A dignidade tem a ver com o que se confere ao outro (experiência desde fora), bem como com o que se confere a si mesmo (experiência desde dentro). A primeira tem a ver com o que se faz, o que se confere, o que se oferta [...] para que a pessoa seja dignificada. A segunda tem a ver com o que se percebe como sendo a dignidade pessoal, com uma certa auto-aceitação ou valorização-de-si, com um desejo de expansão de si, para que as potencialidade de sua personalidade despontem, floresçam, emergindo em direção à superfície. Mas, independentemente do conceito de dignidade própria que cada um possua (dignidade desde dentro), todo indivíduo é, germinalmente, dela merecedor, bem como agente qualificado para demandá-lo do Estado e do outro (dignidade desde fora), pelo simples fato de ser pessoa, independente de condicionamentos sociais, políticos, étnicos, raciais etc. [...] Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como pratica diuturna de respeito à pessoa humana”. (BITTAR, 2009, p. 301-302).

A Cidadania com características transnacionais é, atualmente, uma realidade. O imperativo desta nova categoria é a existência de cidadãos comprometidos, capazes de agir no âmbito local e no âmbito global, numa Cidadania ativa e coletiva (FERRER, 2012, p. 324), determinada pelos valores¹⁶ que são caros aos cidadãos em determinado contexto social. Nesse sentido, a Cidadania assume feição comunitária, ou seja, a categoria não possui apenas uma qualidade individualista. Para Pérez-Luño:

Propugnó decididamente esta versión de la ciudadanía Thomas Marshall, em su conocida obra: *Ciudadanía y clase social*, em la que considera necesario no reducir la ciudadanía al ámbito estricto de la individualidad, sino ampliarla al conjunto de exigencias y necesidades de la persona em el desarrollo de su existencia como miembro de la colectividad. Marshall aboga por una “ciudadanía social” como alternativa y ampliación del concepto de “ciudadanía individual”, forjada por la tradición del liberalismo conservador (PEREZ-LUÑO, 2002, p. 180)

Essa concepção possibilita a unidade social dos cidadãos por meio da Cidadania, em detrimento do vínculo limitador e exclusivo com o Estado, o qual estreita as relações humanas de uma perspectiva local à planetária. Essa condição é o desvelo do panorama histórico atual, que, na contemporaneidade, demanda um significado de Cidadania multilateral e global.

Embora esse novo modelo encontre barreiras para concretização, é preciso viabilizar essa nova forma de pensamento, com a perspectiva de incluir e reconhecer as pluralidades e as minorias, como expressão máxima da não discriminação e Democracia. Todavia, a modificação do vínculo do cidadão e do Estado de unilateral para multilateral enseja a participação dos “cidadãos do mundo” (CORTINA, 2005, p.19), se houverem condições como liberdade e igualdade para essa aspiração. A formação de blocos internacionais com objetivos nesse sentido são elementos que somam na contribui no engajamento destes cidadãos à essa perspectiva moderna de enfrentar os desafios presenteístas. Para Ferrer:

En su concepción tradicional, la ciudadanía está ligada a la nacionalidad y consiste en el conjunto de competencias, derechos y obligaciones que permiten a un sujeto la participación activa en la vida político-social de una comunidad. Sin embargo, “las exigencias cívicas y sociales que caracterizan el mundo actual hacen que el concepto tradicional de “ciudadanía”, ligado básicamente al de “nacionalidad”, resulte claramente restrictivo e insuficiente. El fenómeno de la globalización, la progresiva multiculturalidad y las desigualdades entre Norte y Sur, entre otros factores, nos obligan a avanzar hacia un concepto de ciudadanía más amplio y global. Un concepto que favorezca la integración e inclusión de las personas en la sociedad actual y que estimule la participación ciudadana desde los principios de democracia y corresponsabilidad. En definitiva, una ciudadanía “global”, crítica e intercultural, activa y responsable” [...] La ciudadanía “nacional” normalmente no se escoge, sino que viene dada, la global es fruto de una opción. Es fruto de la decisión consciente de convertirse en sujeto activo y protagonista de este proceso civilizatorio. De la determinación de compartir solidariamente esfuerzos y esperanzas con millones de personas que, a lo largo y ancho del mundo, se van sumando a la tarea, olvidando las diferencias que interesadamente nos decían nos separaban y destacando nuestra absoluta y esencial identidad (FERRER, 2012, p. 324).

Já se observa uma metamorfose silenciosa, que ocorre a nível mundial, responsável por partilhar de um vínculo humanitário que precisa ser fortalecido. Estas novas relações vão muito além daqueles com quem se cultivam vínculos próximos. O ideal cosmopolita enseja reconhecimento ético e moral diante e dos diferentes modos de vida no meio ambiente.

As interações sociais em espaços democráticos e transnacionais ensejam respeito mútuo,

16 Para Ferrer (2012, p.324), em uma perspectiva de cidadania global, os valores são: Responsabilidad - Compromiso - Solidaridad - Equidad - Honestidad.

tolerância, ética e alteridade. É, portanto, um desafio, pois estas condições direcionam-se também à questão ambiental. Hoje, a Natureza é alvo permanente de discussões de níveis globais devido pela crise enfrentada pelo esgotamento destes recursos. Portanto, trata-se de visualizar a natureza não como uma coisa ou objeto, mas como um “espacio de vida” (QUINTERO, 2009, p. 83).

Para não perecer, cabe ao homem vivenciar laços fraternos e assumir compromissos – afetivos, políticos, sociais, ambientais e jurídicos – com o condão de perpetuar as raízes que o identificam e o ligam a seu Estado, a sua cultura, aos demais cidadãos e ao meio ambiente em que ele habita. Em primeiro lugar, é preciso respeitar essa identidade – por meio do imaginário pessoal, e também compreender estas significações, sob pena de ter seu referencial perdido.

Todas estas dimensões são características de uma sociedade globalizada e transnacional. Entretanto, chama-se atenção para que as sociedades plurais sejam inseridas em contexto globalizado, de maneira a reformular significados e visitar conceitos para que cidadão, Estado-nação, cultura e povo se perpetuem e não padeçam.

Diante deste novo panorama, é preciso questionar as próprias certezas, reconstituir os espaços de reconhecimentos e não perder as raízes que caracterizam a identidade. Neste processo, os diálogos são fundamentais. Embora conviver em uma sociedade plural seja um desafio dos tempos modernos, caminhar no sentido da integração é também uma necessidade dos novos tempos.

Sob essa perspectiva e para muito além de uma Cidadania liberal, destaca-se a Cidadania Ambiental, de enfoque transnacional. O termo possui um caráter cosmopolita à medida que expande seu significado para responsabilidades do cidadão que vão além do Estado Nação, ultrapassam as fronteiras de um espaço pré-determinado e dizem respeito à questão da ecologia e da Sustentabilidade.

Entretanto, são necessárias ações efetivas que permitam que a Cidadania Ambiental seja vivenciada por todos. Por meio dos processos educativos é possível internalizar a ética, a responsabilidade, o respeito à Natureza e ao Outro, preservação ecológica, a importância dos valores e das ações humanas para a transformação humana e social do nosso Planeta.

Faz-se necessários esclarecimentos sobre a Cidadania Ambiental, pois trata-se de um importante mecanismo de inclusão de cidadãos, que precisa manter sua força para de fomentar vínculos de pertença, de responsabilidade, de reconhecimento e de integração entre as pessoas. Muito além das fronteiras do Estado-Nação, os cidadãos devem estar cientes de suas responsabilidades acerca da Natureza, das águas, da biodiversidade, dos animais humanos e não humanos e dos demais elementos que integram o grande lar compartilhado chamado Planeta Terra.

O exercício de direitos e deveres, a partir de uma perspectiva ambiental, é uma temática global. O enfrentamento da crise ecológica que está disseminada no mundo exige Racionalismo¹⁷, Sensibilidade, Educação e Cidadania. O Racionalismo possibilita a adoção de medidas técnicas e estratégicas, ao passo que a Sensibilidade denota a forma (subjéctiva) com que o tema deve ser tratado. A Educação permite decodificar o conhecimento voltado à questão ambiental e a Cidadania possibilita a participação do indivíduo no enfrentamento da questão, com vistas na Sustentabilidade.

A movimentação global e coletiva, na busca por um padrão ambiental de equilíbrio e harmonia, entre Homem e Natureza¹⁸, corresponde ao fortalecimento de valores¹⁹ cívicos, individuais e coletivos.

17 No mesmo sentido, Hartke (2014, p.255) explica que tudo é classificado pela Razão. Essa condição, é, na verdade, uma quimera, pois o ser humano, não segue uma prévia classificação em relação a sua realidade, afinal, o ser humano que vive é dotado não só da Razão, mas também de sentimentos e emoções.

18 Wolkmer afirma que “[...] na vida tudo está “interconectado e interdependente”, reafirmando a harmonia e integração do homem com a natureza”. (WOLKMER, 2004. p. 70).

19 Ferrer, nesse ponto reforça que “Compartir ciudadanía supone una mínima coincidencia en cuanto a los valores éticos y morales por los que riges tu existencia. En el caso de ciudadanos “nacionales” la coincidencia habitualmente es fácil, ya que el entorno cultural básico es idéntico: la comunidad nacional. En cambio, en el caso de la global las posibilidades de divergencia son mayores”. (FERRER, 2012, p. 324).

A Educação ambiental constitui um dos elementos para que a Cidadania Ambiental seja realizada. Esse contexto possibilita novos formatos de interação entre Humanidade e meio ambiente, à medida que, no cotidiano, os valores - como a ética - vão sendo experimentados.

A qualidade do meio ambiente só pode ser conquistada se as condições ao exercício da Cidadania forem ampliadas por meio de processos educativos que esclareçam o novo paradigma da Sustentabilidade e viabilizem um novo caminho de “desenvolvimento, menos interessado no material, e mais centrado no bem-estar das pessoas e na qualidade do meio ambiente” (GUDYNAS, 2009, p.115). Para completar esse processo, o agir humano é um desafio político que depende de motivação, cooperação social e Sensibilidade. Aduz Leff:

[...] o processo educativo deve ser capaz de formar um pensamento crítico, criativo e sintonizado com a necessidade de propor respostas para o futuro, capaz de analisar as complexas relações entre os processos naturais e sociais e de atuar no ambiente em uma perspectiva global, respeitando as diversidades socioculturais (LEFF, 2001, p. 256).

A Cidadania é uma categoria que deve ser construída no cotidiano. Representa o resultado histórico de lutas e conquistas dos Homens pela tutela de direitos individuais e coletivos. A Cidadania Ambiental contribui de forma significativa em relação ao mundo de hoje, pois vai além dos limites geopolíticos, e assume uma perspectiva transnacional e fronteiriça. Para Ferrer:

La única posibilidad que tenemos para construir un futuro digno para nuestros hijos, una sociedad sostenible, es difundir la ciudadanía global y profundizar en su contenido. Debemos crear sujetos activos conscientes de su papel protagónico tanto en el plano local como en el global, comprometidos en la construcción de una sociedad más justa y sostenible (FERRER, 2012, p. 324).

Os processos de exploração nociva da Natureza precisam ser superados, mas para além de todas de decisões urgentes sobre o tema, o exercício da Cidadania Ambiental, no cotidiano, oportuniza o cidadão a agir. Pouco a pouco, é possível compreender o mundo em toda a sua complexidade por meio de uma nova consciência e de uma ética que se desvela no momento presente.

A partir desse argumento, novos rumos socioeconômicos podem ser avistados desde que haja uma responsabilidade ambiental compartilhada por todos. Para que a uma nova estruturação social seja possível²⁰, com um novo olhar à Natureza, é fundamental, além de uma Razão Sensível, a Sociabilidade, a Educação e a participação. Os cenários pedagógicos amplos e plurais viabilizam a construção dos significados das categorias mencionadas, no cotidiano.

Todavia, não é possível que a Cidadania vá de encontro ao processo civilizatório, em oposição. O cidadão global possui um olhar atento ao seu entorno. Isto requer um pensamento crítico e a definição de um posicionamento ético-político, “[...] situando o ambiente conceitual e político onde a educação ambiental pode buscar sua fundamentação enquanto projeto educativo que pretende transformar a sociedade” (CARVALHO, 2004, p. 18).

Nesse ponto, Ferrer reforça a necessidade do fortalecimento dos vínculos que unem todos os seres vivos. Para o autor, para ser efetivada a Cidadania, em todas as suas dimensões, é necessária a conjugação de valores, mas também de:

²⁰ Afirma Silva-Sanchez que “a construção de uma cidadania ambiental faz parte de um processo mais amplo de reconstrução da sociedade civil brasileira, a partir da emergência de setores organizados, capazes de intervir e participar dos rumos e processos de decisão política”. (SILVA-SANCHEZ, 2000, p. 95).

[...] sentimiento necesario para una cabal ciudadanía es la sensación de pertenencia al grupo social en el que se está incorporado. Se trata de una sensación de identidad, de compartir destino e intereses. En la ciudadanía global el grupo social es la Humanidad (FERRER, 2012, p.324).

A Cidadania acompanha o processo civilizatório e os desafios dos novos tempos. Seu conceito, revisitado, adquire novos conteúdos jurídicos no cenário internacional, em uma perspectiva de inclusão. A categoria, em âmbito global, é redimensionada em blocos de integração e cumpre seu papel, em relação aos Direitos Humanos Fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Na contemporaneidade, os reflexos sociais e os fenômenos da Globalização e da Transnacionalidade demandam o redimensionamento de significados, categorias, símbolos e conceitos a despeito da relação do Homem *versus* Natureza. A partir de uma perspectiva de integração, e de “Estar Junto com o Outro”, a característica holística de todos os seres vivos integrarem o grande lar compartilhado chamado Planeta Terra é uma necessidade do momento histórico vivido.

Nesta pesquisa, apresentou-se a Ética como elemento-chave na caminhada da Humanidade rumo ao futuro – o tempo desconhecido, a partir do resgate de valores que devem permear, sob um novo paradigma, a vida humana e sua relação de interdependência com o mundo natural.

Em comunhão, busca-se a harmonização de todas as formas de vida, a partir de um sentimento de pertença que seja disseminado em toda a coletividade. O agir humano ético é um dos vetores para a superação da crise ecológica, que possui uma dimensão transnacional e transfronteiriça.

Com a modificação das categorias jurídicas mais importantes, no tempo e no espaço, a partir do caos ambiental instalado nesse tempo, a Cidadania adquire novos significados e uma nova (*re*) significação. Não se trata de estender o exercício da Cidadania aos elementos do mundo natural, mas sim, de estimular a vivência da categoria pelo ser humano numa perspectiva ambiental. Em integração, sinaliza-se o direito e o dever do Cuidado com a Natureza, considerando que não há proteção ao meio ambiente sem meio ambiente. Como critério de união, o Meio Ambiente sustenta essa nova categoria, a partir de uma perspectiva horizontal, e não somente vertical, a qual remete a ideia de pertencimento e vínculo a um Estado – nação.

Reflexões nesse sentido levam a estruturação de uma Cidadania ambiental, com a participação de todos e a valorização da vida, em seu sentido mais amplo. Além disso, o estreitamento dos vínculos entre os seres permite a vivência do paradigma da Sustentabilidade, como forma de aproximação entre tudo que é vivo.

Para tanto, a Ética e a Alteridade são capazes de fomentar essa Cidadania, em uma dimensão planetária e global. As transformações que se almeja alcançar dizem respeito a adoção de novos comportamentos e a construção de horizontes comuns, a partir do respeito as diferenças, da não exploração da Natureza e da criação de espaços democráticos para efetivação da Cidadania que nesta pesquisa se propõe. Assim, reconhece-se, a partir do objetivo inicial desta pesquisa, que não é possível concretizar a Cidadania Ambiental se não estiver presente a Ética, como categoria capaz de oportunizar patamares mínimos comuns de uma convivência transnacional.

Na busca da sociedade sustentável, a Fraternidade, a Sensibilidade e a Solidariedade são elementos que também devem estar presentes, pois possibilitam experimentações humanas e completas sem limites geográficos e a partir de interações sociais mais fortalecidas.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. Ética e moral no pensamento de Bauman. *Revista Cadernos Zygmunt Bauman*, Maranhão, v. 1, n. 2, p. 44, jul/2011. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1580/1244>>. Acesso em: 05 de out. de 2015.
- AQUINO, Sérgio R. F. *Rumo a Cidadania Sul-Americana: Reflexões sobre sua viabilidade no contexto da UNASUL a partir da Ética, da Fraternidade e da Sustentabilidade*. 01 de março de 2013. 338 páginas. Tese de Doutorado. Itajaí, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade: e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é e o que não é*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- CARVALHO, Isabel. Educação ambiental crítica: nomes e endereçamentos da educação. In: MMA/ Secretaria Executiva/ Diretoria de Educação Ambiental (Org.). *Identidades da educação ambiental brasileira*. Brasília: MMA, 2004.
- CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo (SP): Edições Loyola, 2005.
- FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿ construimos juntos el futuro? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 3, Dez. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 02 abr. 2015.
- GUDYNAS, Eduardo. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución. Quito: Abya Yala, 2009.
- HARTKE, Suzete Habitzreuter. Teoria do Direito na Pós-Modernidade: reflexões a partir da sustentabilidade à sensibilidade. In: NONES, Nelson (org). *Desafios para o Direito Empresarial*. Blumenau: Legere Editora, Blumenau, 2014.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. São Paulo: Cortez, 2001.
- MAFFESOLI, Michel. *A transfiguração do político: a tribalização do mundo*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre, Sulina, 2006.
- MAFFESOLI, Michel. *Homo eroticus: comunhões emocionais*. Tradução de Abner Chiquieri. Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- MAFFESOLI, Michel. *O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós – moderno*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- MAFFESOLI, Michel. *O tempo retorna: formas elementares da pós-modernidade*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- MAFFESOLI, Michel. *Saturação*. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2010.
- MORIN, Edgar. *La vía para el futuro de la humanidad*. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Porto Alegre. Sulina, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12. ed. Florianópolis. Conceito Editorial/Millennium, 2011.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. Ciudadanía y definiciones. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, 2002.

SILVA-SANCHEZ, Solange. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas, 2000.

QUINTERO, Rafael. Las Innovaciones conceptuales de la constitución de 2008 y el Sumak Kawsay. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (org.). *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). *Perspectivas e Desafios para a Proteção a Biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. 2004.

Recebido em: 06/09/2016

Aprovado em: 29/09/2016

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

TENDERS SUSTAINABLE

LEANDRO BUSSOLOTTO 1

RESUMO: O presente estudo aborda o problema da institucionalização da discricionariedade nas decisões judiciais. É dever legal de todo gestor público de dar efetividade às licitações sustentáveis em respeito ao princípio constitucional da eficiência administrativa e do meio ambiente equilibrado, porém, o protagonismo do judiciário que julga conforme convicção pessoal do Juiz acaba tornando o gestor público refém do “ativismo” e conseqüentemente causa insegurança jurídica na elaboração de políticas públicas. O método utilizado para a pesquisa será o dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica para ao final concluiu que não há óbices legais para inclusão de critérios que recepcionem política pública de sustentabilidade nas aquisições e contratações governamentais.

Palavras-chave: Discricionariedade; Licitações sustentáveis; Ativismo.

ABSTRACT: This study addresses the problem of institutionalization of discretion in judicial decisions. It's legal duty of every public manager to give effect to sustainable procurement in respect of the constitutional principle of administrative efficiency and balanced environment, however, the role of the judiciary that judges as personal conviction of the judge ends up becoming hostage public manager of “activism” and consequently cause legal uncertainty in public policy development. The method used for the search is deductive, using bibliographic research technique to the end concluded that there are no legal obstacles to inclusion criteria which they approve public policy of sustainability in procurement and government contracting.

Keywords: Discretion; Sustainable procurement; Activism.

1 Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (FCSF/CESU-SC). Advogado. E-mail: bussolottoadv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A gestão pública sofre constante modernização no Direito Licitatório² em função da necessidade de se adequar às novas exigências legais. A legislação brasileira regula o processo de licitação³ e, nos últimos anos, o Brasil carece de políticas públicas voltadas à sustentabilidade do planeta. Com a análise do tema pretende-se avaliar se o “ativismo⁴” presente nos tribunais prejudica o gestor público na implementação de políticas públicas, em especial, quando prevê em edital de licitação, por meio do termo de referência, descrição de produto ecologicamente correto, com qualidade e características de sustentabilidade, sem que isso comprometa o princípio da isonomia.

A Lei 8.666/1993, conhecida como lei de licitações e contratos, teve seu conteúdo alterado pela Lei 12.349/2010, cuja origem foi a Medida Provisória 495/10. Dentre as principais alterações, cabe destacar a nova redação do caput do art. 3º que incluiu como finalidade da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, alçando-o ao mesmo nível da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para administração. Tal alteração corrobora com o exercício dos gestores públicos no desenvolvimento de políticas públicas voltadas as práticas de sustentabilidade.

Com esse novo objetivo, a licitação⁵ passou a ter mais um desafio, ou seja, além de existir a possibilidade de se optar pela proposta mais vantajosa e respeitar a isonomia entre os licitantes, deve servir como meio de promoção ao desenvolvimento nacional sustentável.

Em 2010, houve a inserção definitiva do conceito desenvolvimento nacional sustentável na administração pública, especificamente, na lei de licitações e contratos, obrigando a reformulação do processo licitatório a fim de que se atenda às leis e normas ambientais sem prejuízo dos demais normativos.

Desse modo, a introdução de critérios de sustentabilidade nas compras públicas traz uma nova forma de planejar, executar e controlar as licitações, tornando-as ainda mais complexas, pois novos critérios envolvendo políticas públicas de sustentabilidade passaram a fazer parte do contexto que abrange os processos de licitações.

Sem poder estar à margem das recentes mudanças, o Tribunal de Contas da União - TCU - já começa a enfrentar questões dessa natureza e precisa se posicionar vez que possui um papel extremamente relevante na consolidação desse processo, porém, no Tribunal de Contas da União, como nos demais tribunais brasileiros, “o juiz procura conferir à sua opinião pessoal um fundamento mais geral e, por isso mesmo, mais aceitável” (TASSINARI, 2013, p.54), por consequência, ocorre o fenômeno do “ativismo” e simultaneamente a insegurança jurídica ao gestor público que pretende inovar com política pública objetivando contemplar o critério da sustentabilidade em processos de licitação.

Deste modo, o presente estudo, aborda como problematização o ativismo judicial nos Tribunais e suas consequências, especificamente ao gestor público.

2 Nos anos 80, houve inúmeras normas regulamentadoras expedidas por todos os entes federados, resultando na consolidação do tema pelo Decreto-Lei n.º 2.300/86, atualizado em 1987, considerado o primeiro estatuto a versar de forma global o Direito Licitatório.

3 O registro mais antigo para o tema é o Decreto 2926/1862, ainda no Período Imperial, que regulamentava as contratações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. (BRASIL. Decreto nº 2926 de 14 de maio de 1862, que aprova o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas).

4 Como menciona Clarissa Tassinari (2013, p.35) ao citar o autor Verissimo em seu livro *Jurisdição e ativismo judicial*, limites da atuação do judiciário: “Mas também é preciso referir que o autor identifica o ativismo judicial com o controle incidente sobre as “políticas de ação social do governo”. Este, sim, é o ponto sensível da discussão sobre o ativismo judicial, porque é justamente para evitar que o judiciário assuma funções de governo que surge a necessidade crítica ao ativismo judicial”.

5 Nos anos 80, houve inúmeras normas regulamentadoras expedidas por todos os entes federados, resultando na consolidação do tema pelo Decreto-Lei n.º 2.300/86, atualizado em 1987, considerado o primeiro estatuto a versar de forma global o Direito Licitatório.

2. ATIVISMO PRESENTE NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conciliar interesses que visem ao crescimento econômico, ao cumprimento das normas brasileiras em matéria ambiental e aos interesses da sociedade é considerado de extrema relevância para uma boa administração, cabendo ao Estado uma nova postura após o surgimento da prática da sustentabilidade nas contratações públicas. O governo ao planejar, formular e implementar políticas públicas que, de alguma forma, atinjam o meio ambiente deve almejar promover o desenvolvimento econômico de forma sustentável.

Políticas públicas podem contribuir para que na prática os processos de licitação sejam uma ferramenta de implementação das práticas de sustentabilidade. O maior desafio do gestor será interpretar um grande arcabouço jurídico e decisões, em especial, em virtude do “ativismo” judicial, presente nos tribunais que causa insegurança jurídica na aplicação de normas gerais de licitações sobre as quais cabe privativamente à União legislar.

O processo de licitação é regulado por lei própria que obriga seja respeitado os princípios da isonomia ou igualdade, eficiência, celeridade, finalidade, justo preço, seletividade e legalidade.

Em decorrência das exigências legais da lei 8.666/1993, a implementação de políticas públicas pelo gestor, em especial quando trata-se de uma proposta sustentável em detrimento da mais vantajosa economicamente, normalmente, fica prejudicada sua efetivação e para resolver o impasse, com base na Constituição de 1988, o caso concreto é submetido ao Judiciário, demanda normalmente que ganha impulso pelo perdedor do certame que possui produto mais barato a oferecer, porém com preço menor do sustentável, problema que se apresenta como característica da crescente judicialização.

As normas gerais de licitação estão positivadas e a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União possui respaldo na forma do art. 45, caput, da Lei nº 8.443/1992, dispositivo amparado pela Súmula 222.⁶

Pode-se verificar que a Súmula 222 do Tribunal de Contas da União encontra respaldo no art. 22, 37, 71 e 73 da Constituição Federal de 1988.

Nossa legislação é norteada por princípios ou determinações legais já consagradas, porém, se o gestor público decidir pela aplicação de critério de sustentabilidade no processo de licitação, o seu ato administrativo, mesmo não respaldando por vezes o princípio da proposta mais vantajosa, terá a seu favor as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que, quando o gestor público é fiscalizado e submetido a julgamento, enfrenta dificuldade em obter uma decisão amparada nos limites da Constituição Federal, objetivando superar o entendimento sobre a proposta mais vantajosa (mais barata), pois, depara-se com o ativismo judicial, que em suma, pode-se afirmar que é um problema de teoria do direito. (TASSINARI, 2013, p.56).

O Brasil é uma nação que possui um texto constitucional que afirma muitos direitos, porém, quando se trata de interpretação dos princípios, os juízes em muitos casos não amparam suas decisões em uma teoria que interpreta adequadamente a Constituição Federal de 1988. Tassinari (2013, p.80) ensina “[...] o problema nunca foi discutir se os juízes devem interpretar a Constituição, mas em saber como ocorre esta interpretação, tendo em vista que muitas vezes acaba sendo mitigada pela atuação discricionária de juízes e tribunais”.

Sobre Dworkin, Motta (2012, p.74) revela:

⁶ As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2015).

[...] que o autor estadunidense entende que princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Motta (2012, p.74) afirma que:

[...] o ponto de Dworkin não é o de que o Direito contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e, outros, princípios: na verdade, ele quer é opor-se à ideia de que o Direito é um conjunto fixo de padrões de algum tipo, e é por isso que há o choque contra o positivismo.

Portanto, cabe aos juízes, julgar com base em uma teoria que garanta que a decisão seja o resultado da adequada interpretação Constitucional, isso para que o gestor possa ter a necessária garantia jurídica para o planejamento de implementação de critérios de sustentabilidade em processos de licitação.

Trindade (2015, p. 247) contribui com importante ensinamento sobre Dworkin:

[...] Entretanto, Dworkin adverte que, se o juiz, assim como cada escritor da cadeia, deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores, isto não significa que ele esteja obrigado a se ater, apenas, ao que se encontra assentado jurisprudencialmente, sendo-lhe facultado, inclusive, alterar o rumo da história de acordo com as possibilidades verificadas no presente.

Assevera Trindade (2015, p. 247):

[...] Observa-se, assim, que Dworkin propõe uma interpretação construtiva em que a justificação deve atender aos princípios de moralidade política que (con) formam o direito, impedindo, assim, os juízes de incorrer em qualquer espécie de decisionismo.

O livre convencimento ou livre apreciação da prova pelo juiz não contribui para que seja respeitado os requisitos Constitucionais da fundamentação (art.93, inc. IX, com a redação conferida pela EC n.45/2004), nem legais da motivação (art. 489, §1º do CPC/15), circunstancia que acarreta prejuízo ao direito.

Streck (2014, p. 320) sobre o tema afirma:

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental.

Quando o assunto é políticas públicas, o gestor público, por não ter segurança jurídica no modo em que o judiciário interpreta os dispositivos constitucionais que amparam o desenvolvimento sustentável no Brasil, isso pelo fato de ser notório que quando ocorre a falta de fundamentação nas decisões, obrigação prevista no art. 93, IX, da Constituição do Brasil, acabam por terem frustradas suas expectativas, planejamento e muitas vezes acabam condenados por “irregularidades de gestão”, principalmente quando trata-se de processo de licitação com critério de sustentabilidade em detrimento ao melhor preço e pelo princípio da isonomia, pois muitas empresas ofertam produto menos onerosos, porém não respeitam o critério de sustentabilidade.

3. DECISÃO ADEQUADA E A INCOMPLETA APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY PARA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Vivemos em um Estado Democrático de Direito e isso significa que a produção legislativa é um processo democrático, porém, enfrenta-se diariamente um protagonismo judicial, pelo qual o Judiciário diz o que quer sobre o texto jurídico.

Uma nova e gradual base administrativa de regulação estatal é necessária para garantir uma governança sustentável, alicerçada em direitos fundamentais onde as decisões sejam geradas por princípios. Motta (2012, p.131) afirma que “[...] a superação do positivismo é apontada por Ovídio como indispensável para que o Direito seja recolocado no campo das ciências hermenêuticas”.

Ocorre que a atual contemporaneidade é marcada por um crescente movimento de fortalecimento do judiciário, que, elevado a ativismo judicial, aparece como um problema que precisa ser contido.

Tassinari (2013, p.134) revela em relação ao problema do ativismo “[...] um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, através do estabelecimento de novas teorias: das fontes, da norma e da interpretação.”

Confunde-se muito discricionariedade com arbitrariedade, sendo que a primeira tem como característica o campo da juridicidade que sempre deve observar o princípio da razoabilidade.

No Brasil, alguns juízes justificam suas decisões com amparo em Alexy, por meio da ponderação, portanto sobre a influência da teoria da argumentação jurídica de matriz alexyana que, por ser mal compreendida e aplicada acaba caracterizando o ato do juiz com um ato individual, fato que contraria a teoria da decisão judicial, que tem como objetivo a resposta correta, fundamentada nos preceitos constitucionais, pressupostos democráticos do constitucionalismo.

Sobre Alexy, Morais (2011, p. 208) ensina:

Parece que um dos efeitos colaterais da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, principalmente, decorrente da sua estrutura como princípios jurídicos, seria fundar-se na hipótese de que o caso concreto levado ao Poder Judiciário imprimiria constantes colisões entre princípios jurídicos (ALEXY, 2008, p. 80). Isso porque, sendo o princípio jurídico mandamento de otimização, o que exige sempre a sua satisfação pelo nível máximo, acabaria por colocar em choque diferentes mandamentos provenientes de deferentes princípios. A resolução desse problema acabaria exigindo do Judiciários o sopesamento ou ponderação entre princípios jurídicos, do qual se produziria uma norma de direito fundamental atribuída (ALEXY, 2008, p. 94-99).

Assim, baseando-se na tese de Alexy, pode-se dizer que se o juiz não respeita o espaço de interpretação das normas constitucionais (margem de discricionariedade) conferido ao legislador, está havendo “ativismo”.

Morais (2011, p. 215) afirma sobre controle judicial das políticas públicas:

Parece que, do ponto de vista do controle judicial das políticas públicas que caracterizam os direitos sociais, está diante do desafio da arbitrariedade. Isso porque, em vez de pensar-se em critérios jurídicos democráticos para aferição das tarefas do Estado, como um imperativo de proteção, caminho seguido pelo Poder Judiciário tem sido o recurso ao método da ponderação entre princípios jurídicos que, por vezes, descuida-se do arcabouço teórico que lhe seu suporte, bem como deixa de cumprir com o dever de fundamentação das decisões judiciais, dando à solução ares de mitologia, redundando, apenas, na substituição da arbitrariedade das escolhas do administrador pelas do julgador.

O enfrentamento do ativismo judicial, que, por estar embasado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos (mas pela vontade do julgador), apresenta-se como um problema, especialmente na atual conjuntura, em que há uma forte tendência de delegar à jurisdição a concretização

de direitos. (TASSINARI, 2013, p.141).

Doutrinariamente, conclui-se que o juiz deve fundamentar sua decisão, conforme Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Ocorre que o que poderia ter sido uma conquista em desfavor da atuação discricionária parece que na prática não ocorrerá.

Morais (2011, p.215) explica:

Por sua vez, a argumentação, justificação, ou, para ser melhor compreendido, o dever de fundamentação (CF, art. 93, IX), permite que a jurisprudência cumpra o seu papel de reprodutor da tradição jurídica, denunciando as deficiências do dever de proteção do Estado, auxiliando na institucionalização dos limites do sentido jurídico constitucional à autonomia do direito, preocupação esta que não atinge os hermeneutas adeptos ao princípio da proporcionalidade para controle das políticas públicas, sem os cuidados apontados.

Autor Lenio Luiz Streck (2013) afirma:

E, atenção: que história é essa de “modelo de como seguir precedentes”? Afinal, o que seria isso? E que coisa é essa — a modulação dos efeitos em caso de alteração dos precedentes? Nem vou falar aqui do restante do capítulo destinado aos precedentes (por exemplo, o que se quer dizer com o parágrafo 7º do artigo 521: “O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado?”). Parece que no Brasil somos campeões em fazer gambiarras e puxadinhos: pegamos a ponderação de Alexy e a transformamos em uma pedra filosofal interpretativa; transformamos os princípios em meros álibis teórico-retóricos e agora pegamos a *common law* e a acoplamos ao sistema romano-germânico. Como é que ninguém pensou nisso antes? Como sobrevivemos até hoje sem essas ideias revolucionárias?

Sobre o tema Trindade (2011, p.183) ensina:

Desse modo, resta concluído que o atual momento pelo qual passa tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais tribunais brasileiros – aqui denominados fase ativista – reflete o período atual, em que se ampliam os espaços da jurisdição e, junto com ela, a noção de discricionariedade, cujo maior e pior (d) efeitos é, precisamente, o enfraquecimento da normatividade da Constituição e, via reflexa, do próprio regime democrático, conforme denuncia Ferrajoli (2010), ao esclarecer que o garantismo é incompatível ao ativismo judicial.

Para combater o ativismo é necessário que as decisões estejam conectadas com fundamentações constitucionais e não pessoais de quem decide. No entanto, com a entrada do novo Código de Processo Civil, o que poderia ser um alento ao gestor, pois o juiz de primeiro grau deve fundamentar as decisões e se valer da hermenêutica, porém, na prática, seguirá o que os tribunais decidirem e muitas vezes de forma discricionária, portanto, mantendo a possibilidade de permanecer nas decisões o ativismo.

4. CONCLUSÃO

O texto Constitucional, por ter sido produzido democraticamente, deve ser respeitado, no mínimo, deveria servir para equilibrar e harmonizar os poderes, evitando-se assim, os ativismos judiciais.

Denota-se do presente estudo que o Brasil não desenvolveu uma teoria, julga-se, ainda, com base em teorias de séculos passados. Os tribunais ao julgarem, aplicam em muitas das vezes e de forma discricionária teorias que não refletem o texto constitucional e muito menos correspondem à técnica que deviria ser aplicada, manejada, para que se possa reconhecer sua eficácia.

O tema da sustentabilidade está positivado no artigo 5º, §1º, 23 e 225 da Constituição Federal como norma fundamental, devendo ser observado nos processos de licitação pública. O agente político não possui segurança jurídica para promover ações de proteção ao meio ambiente, eis que para isso, precisa decidir muitas vezes em não homologar a proposta de menor preço e sim a mais benéfica ao planeta, que produz menos impacto, mesmo que seja a mais onerosa.

O “ativismo judicial” ocorre quando há o desrespeito à discricionariedade do legislador na conformação da política pública, invalidando-se a legislação regulamentadora cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, alterando-se substancialmente a política através da utilização dos critérios próprios do juiz, circunstância que causa insegurança jurídica ao gestor público que pretende, por meio de políticas públicas, estabelecer nos editais de licitação critérios de sustentabilidade, ato que nos tribunais é ainda questionado por determinados juízes que preferem decidir de forma contrária, porém sem fundamentar adequadamente suas decisões.

Não se substitui um ato inovador, uma política pública, baseado em diretrizes constitucionais praticado por um administrador, por uma aplicação discricionária ou arbitrária de qualquer autoridade sindicante, quer judicial, quer do Tribunal de Contas da União.

Isto quer dizer que: não pode o Tribunal de Contas imputar ao gestor uma responsabilidade pela escolha pública realizada sem comprovação de que a outra efetivamente era mais eficiente e eficaz, sob pena de existir uma verdadeira responsabilidade objetiva do administrador.

Ficou demonstrado que existe previsão legal sobre o tema da sustentabilidade. O texto Constitucional objetiva promover condições permanentes para uma mudança cultural da sociedade pela conscientização de utilização de novas tecnologias, no entanto, por não se ter uma cultura jurídica que privilegie a Constituição Federal e sim o protagonismo do judiciário que julga conforme convicções pessoais o gestor público fica refém do “ativismo” e administra com a constante dificuldade da insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/626-gestão-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/súmulas/18304-súmula-222-tcu>>.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*: orientações jurisprudenciais do TCU. Brasília. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação*: riscos e controles para o planejamento da contratação. Tribunal de Contas da União. – Versão 1.0, - Brasília: TCU, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantivismo, hermenêutico e (neo) constitucionalismo*: um debate com o Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- REDIN, Giulian; BRUCH, Kelly Lissandra. (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Espaços Públicos II*. Passo Fundo: Editora IMED, 2010. 193 p.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ed. São Paulo. Tribunais. 2014.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e atividade judicial: limites da atuação do judiciário/ Clarissa Tassinari – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.*
- TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04/5021>>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Espaços Públicos II*. Passo Fundo: Editora IMED, 2011. 379 p.
- ZAMBAM, Neuro; BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Orientação Básica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

Recebido em: 04/05/2016

Aprovado em: 08/09/2016

A NECESSIDADE DO PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

THE NECESSITY OF PRIOR EXHAUSTION OF ADMINISTRATIVE DISCUSSION BEFORE FILING CRIMINAL LAWSUIT AGAINST TAX AND ECONOMIC ORDER CRIMES

STEPHANIE CAROLYN PEREZ 1

RESUMO: O presente artigo tem como proposta analisar a questão referente à necessidade do prévio exaurimento da via administrativa antes do ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Para tanto, será analisada de forma crítica, a aplicação da norma jurídica penal tributária, a partir de uma análise sistemática do artigo 83 da Lei nº 9.430/96. A seguir, será analisado o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o Habeas Corpus nº 81.611-8, sedimentou seu entendimento sobre a questão, servindo este julgamento como importante precedente aos demais.

Palavras chave: Crimes contra a ordem tributária; Constituição em definitivo do crédito tributário; Exaurimento da via administrativa. Habeas Corpus nº 81.611-8; Súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the necessity of prior exhaustion of administrative discussion before filing criminal lawsuit against tax and economic order crimes. The aim is to analyze the enforcement of tax criminal law from a systematic analysis of Article 83 of Law No. 9.430/96. Furthermore, will be examined the current position of the Federal Supreme Court (STF) that after judging the Habeas Corpus No. 81611-8, consolidated their understanding of the question, serving this judgment as an important precedent for others.

Keywords: Crimes against the tax and economic order; Constitution of tax credit; Prior exhaustion of administrative discussion; Habeas Corpus nº81611; Binding precedent nº24 of the Federal Supreme Court.

1 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A questão referente à necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária tem sido, até hoje, objeto de grande discussão entre os operadores do Direito, muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha sedimentado seu entendimento a respeito do tema.

A discussão ganhou destaque com a publicação da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que em seu artigo 83 exigiu “*decisão final na esfera administrativa para que seja encaminhada representação fiscal ao Ministério Público*”, acirrando ainda mais os debates sobre a correta interpretação e alcance do mencionado dispositivo legal.

Houve, inclusive, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.571-1, em 11 de março de 1997, por meio da qual se alegou a inconstitucionalidade do citado artigo 83, por limitar o exercício da função institucional do Ministério Público prevista no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, qual seja, a de “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”, já que condicionaria a atuação do Ministério Público ao término do processo administrativo, de forma a estabelecer uma condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação penal pública, violando a independência funcional constitucional das esferas administrativa e judicial.

Ao julgar a referida ação, o Supremo Tribunal Federal firmou seu entendimento no sentido de que o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 não estabelece condição de procedibilidade para o ajuizamento de ação penal pública, sendo lícito aos representantes do Ministério Público a propositura de ação penal nos crimes contra a ordem tributária mesmo antes de encerrado o processo administrativo, desde que existam provas da materialidade delitiva e indícios de autoria suficientes para tanto. Sustentou o relator, Ministro Gilmar Mendes, que o dispositivo legal não condicionou a denúncia nos crimes contra a ordem tributária ao término do processo administrativo, mas apenas prescreveu ao agente administrativo a obrigação de enviar representação ao Ministério Público logo após ser proferida a decisão final naquele processo. Desta forma, a Corte entendeu que a imposição expressa no artigo 83 da Lei nº 9.430/96 é direcionada aos agentes da Administração Pública, determinando o momento em que estes deverão encaminhar ao Ministério Público os expedientes contendo informações sobre o delito que se pretende investigar e processar.

Interessante mencionar que da leitura do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.571-1, publicado no Diário Oficial em 30.04.2004, percebe-se que toda a discussão foi baseada tão somente na autonomia funcional das esferas administrativa e judicial. A discussão aprofundada viria pouco depois, no mesmo ano, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611-8², ao qual desde já faço menção, e que será analisado no momento oportuno, vez que representa o mais importante precedente a respeito do tema ora estudado, e que serviu de base para a elaboração do presente artigo.

2. O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

Sabe-se que cada área do Direito possui seus princípios, fundamentos e normas jurídicas específicas. Em relação aos crimes contra a ordem tributária, temos a interdisciplinaridade entre dois importantes ramos do Direito. O primeiro deles é o Direito Tributário, ramo do Direito Público e de natureza obrigacional, na medida em que se refere à relação de crédito e débito que nasce entre os sujeitos da relação jurídica, notadamente o Estado (sujeito ativo) e o contribuinte (sujeito passivo) uma vez ocorrida de forma concreta a norma abstratamente prevista em lei. Já o segundo ramo é o Direito

2 STF. HC nº81611, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084.

Penal, que está voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, por meio da elaboração de normas jurídicas de conduta que instituem infrações penais e as sanções a elas correspondentes em caso de descumprimento, tutelando, desta forma, os bens jurídicos mais importantes para o convívio em sociedade. Dado seu caráter sancionatório, que afeta, na maioria das vezes a própria liberdade do indivíduo, o Direito Penal deve ser sempre aplicado como *ultima ratio* na composição dos conflitos.

Bem se sabe que as áreas do Direito, apesar de independentes, agem de forma harmônica, sendo que muitas vezes um mesmo fato pode ser relevante para mais de uma área. Atualmente é muito comum, no estudo de determinado tema, a interdisciplinaridade entre os ramos do Direito. É exatamente o que ocorre nos crimes contra a ordem tributária, na medida em que um mesmo fato (todas as condutas descritas expressamente nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90) importa tanto ao Direito Tributário, como ao Direito Penal.

Exemplificando, para o Direito Tributário, um determinado fato realizado pelo contribuinte é relevante pois configura a ocorrência da hipótese de incidência da norma tributária. Já para o Direito Penal, esta mesma conduta também será relevante caso o contribuinte, por exemplo, declare o fato jurídico tributário omitindo informações fiscais, na medida em que poderá estar configurado o delito de sonegação fiscal. Daí surge o ramo autônomo que a doutrina moderna denomina de “Direito Penal Tributário”, como sendo o conjunto de enunciados jurídicos que correspondem à instituição, aplicação e execução das penas aplicadas em razão da ocorrência de um crime contra a ordem tributária. Trata-se, portanto, de uma intersecção do Direito Penal e do Direito Tributário.

A respeito do assunto, Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p.52) assim assevera:

Isso explica a terminologia ‘Direito Penal Tributário’: ‘penal’, uma vez que seu objeto são normas que prescrevem penas em decorrência da ocorrência de crimes, ou normas que com elas se relacionam. E ‘tributário’, pois essas mesmas normas que com elas se relacionam invariavelmente com normas tributárias, visto que os crimes nelas descritos são tipificados em razão do não cumprimento de relações jurídicas tributárias, ou seja, aquelas prescritas no consequente das normas que tratam direta ou indiretamente da instituição, arrecadação e fiscalização de tributos.

Historicamente, foi o Código Criminal do Império (1830) que pela primeira vez vislumbrou a existência de crime tributário, ao tipificar as condutas de contrabando e descaminho (hoje tipificadas no artigo 334 do Código Penal). Note-se, que se tratava de duas condutas esparsas e aleatórias. Ainda não se vislumbrava a existência concreta e individualizada de crimes contra a ordem tributária do modo como ocorre nos dias de hoje.

O Código Penal Republicano (1890) seguiu na mesma linha, reafirmando em sua redação o conteúdo previsto pelo Código Criminal do Império. Pouco depois surgiu o Código Penal Brasileiro (1940), que cuidou de tipificar como crimes as condutas de contrabando e descaminho.

O mais importante marco legislativo veio em 14.07.1965, com a publicação da Lei nº 4.729, que definiu expressamente o crime de sonegação fiscal, tipificando condutas que tinham como núcleo os verbos *prestar, inserir, alterar, fornecer e exigir*, acompanhados de uma finalidade específica de agir. Tratava-se de crime de merca conduta, cuja consumação não exigia a ocorrência de resultado lesivo ao Fisco. Bastava, portanto, a prática das condutas tipificadas no artigo 1º da referida lei para a consumação do crime de sonegação fiscal.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, houve crescimento da preocupação do nosso legislador com a evasão fiscal, mas ainda não se falava em crimes contra a ordem tributária do modo como é concebido atualmente. Pouco a pouco foram surgindo novas condutas que chamaram a atenção do legislador a ponto de fazer surgir a necessidade da edição de normas que tipificassem condutas que deveriam ser incluídas no rol de crimes contra a ordem tributária.

Neste sentido, em 27.12.1990 foi editada a Lei nº 8.137, consolidando de forma expressa condutas lesivas à ordem tributária, definindo o que hoje conhecemos por crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

A seguir será analisada a questão referente aos crimes contra a ordem tributária.

3. DEFINIÇÃO DE CRIMES TRIBUTÁRIOS

Os crimes contra a ordem tributária representam práticas de evasão fiscal, pois têm como finalidade reduzir ou eliminar por completo o recolhimento de um tributo por meio de práticas fraudulentas levadas a efeito após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, com o claro intuito de evitar ou ao menos tentar evitar que o Estado tenha ciência da ocorrência do fato gerador, ou mesmo induzi-lo em erro, alterando, por exemplo, os aspectos da base de cálculo do imposto devido. (DECOMAIN, 2010, p.39).

Assim, aqueles que de alguma forma, deixam de recolher um tributo devido ou o fazem a menor, devem responder pelos prejuízos causados ao erário público e à própria sociedade, já que é por meio da receita auferida com a arrecadação dos tributos que o Estado realiza sua função.

Nos crimes contra a ordem tributária o bem jurídico tutelado é a integridade do erário, ou seja, a arrecadação do tributo para que o Estado possa realizar suas atividades, e por fim, a própria Administração Pública. (CARVALHO, 2009, p.146). Para Manoel Pedro Pimentel (1974, p.37) o bem jurídico tutelado é a “defesa dos interesses do Estado, ligados à política de arrecadação dos tributos devidos e à respectiva fiscalização da sua execução”.

Por evasão fiscal devemos entender a ação do contribuinte no sentido de: (i) eliminar; (ii) reduzir; ou (iii) retardar o pagamento do tributo devido. É o que chamamos de fraude fiscal. Aqui uma importante ressalva deve ser feita: é possível que ocorra crime fiscal sem que haja fraude. É o que ocorre, por exemplo, na situação do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90, em que a simples omissão de recolhimento configura o ilícito penal. O mesmo também ocorre no artigo 1º, inciso V da mesma lei, onde o simples fato de “negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação” configura o ilícito penal, independentemente da ocorrência de fraude.

Importante destacar que os conceitos de evasão fiscal e elisão fiscal não se confundem. Evasão fiscal, como dito, se refere às próprias condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária. Elisão fiscal, ao contrário, refere-se às ações que buscam evitar, minimizar, ou até mesmo adiar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. São comportamentos adotados pelo contribuinte no sentido de planejar a incidência da norma tributária da forma menos onerosa possível. É o que se chama de planejamento tributário, prática muito comum nos dias de hoje. São atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas visando à incidência da tributação da menor forma possível. Tais comportamentos são absolutamente lícitos.

Aliomar Baleeiro (1958, p.62), defende ser o planejamento tributário um ato lícito por parte do contribuinte, nos seguintes termos: “Em princípio, se não viola proibição instituída em lei, ou não comete falsidade material ou ideológica, o contribuinte tem livre eleição dos atos jurídicos e instrumentos que, do ponto de vista fiscal, são mais convenientes aos seus interesses”.

Em contrapartida, a evasão fiscal possui a conotação de ilicitude. Neste sentido estão as lições de Antônio Roberto Sampaio Doria (1977, p.448):

O próprio termo evasão já conota uma certa irregularidade. O exemplo clássico é a chamada evasão de presos. Se dissermos evasão ilícita, estaremos mera ou pleonasticamente, qualificando um ato que por si só já é ilícito. E se dissermos evasão lícita estaremos criando uma certa contradição nos termos, pois o núcleo desta locução, o termo ‘evasão’, por si só, já

implica nessa idéia de ilicitude. Propõe-se, portanto, que se use a expressão *evasão* para significar a fraude fiscal e o termo *elisão* ou *economia* para exprimir essa chamada *evasão lícita* ou *legítima*. (grifamos)

Para Heleno Taveira Tôrres (2003, p.510):

Numa acepção estrita, todavia, por *evasão fiscal* deve-se entender o fenômeno que decorre da conduta voluntária e dolosa, omissiva ou comissiva, dos sujeitos passivos de *eximirem-se ao cumprimento, total ou parcial, das obrigações tributárias* de cunho patrimonial. (grifamos)

A seu turno, Pedro Roberto Decomain (2010, p.39) assim conceitua a *evasão fiscal*:

Se alguém realiza atividade que configura fato gerador de obrigação tributária e, depois, pratica ações ou omissões com o propósito de ocultar ou pelo menos tentar ocultar do fisco a ocorrência desse fato, a respectiva dimensão, ou seja, a verdadeira dimensão da base de cálculo do tributo, a alíquota a incidir corretamente ou ainda a verdadeira identidade do sujeito passivo, logrando com isso pagar tributo a menor do que o devido ou mesmo não pagar nada do quanto devido seja, se está diante de situação de evasão tributária. Tem-se um contexto em que efetivamente ocorreu situação que configura fato gerador de obrigação tributária. Com a ocorrência de tal fato, a obrigação tributária principal nasce. Com o objetivo de evitar que o fisco tenha conhecimento ou que saiba de sua real base de cálculo, ou de induzi-lo a crer na incidência de alíquota menos elevada ou ainda de mascarar a sua identidade, o sujeito passivo da obrigação tributária empreende determinadas condutas, que possam em princípio conduzir a tais consequências. Neste caso, tem-se a evasão tributária. (grifamos).

Rubens Gomes de Souza (1975, p.158) assim assevera:

[...] se o contribuinte agiu antes de ocorrer o fato gerador, a obrigação tributária específica não tinha surgido e o direito do fisco ao tributo ainda se encontrava em sua fase abstrata, não concretizada nem individualizada em relação a um fato e a um contribuinte determinados, por conseguinte o fisco nada poderá objetar se um determinado contribuinte consegue, por meios lícitos, evitar a ocorrência do fato gerador, ou fazer com que essa ocorrência se dê na forma, na medida ou ao tempo que lhe sejam mais favoráveis. Ao contrário, depois da ocorrência do fato gerador, já tendo, portanto, surgido a obrigação tributária específica, qualquer atividade desenvolvida pelo contribuinte, ainda que por meios lícitos, só poderá visar modificação ou a ocultação de uma situação jurídica já concretizada a favor do fisco, que poderá então legitimamente objetar violação do seu direito adquirido, mesmo que a obrigação ainda não esteja individualizada contra o contribuinte pelo lançamento, de vez que este é meramente declaratório. (grifamos)

Portanto, a *evasão fiscal* tem a conotação de fraude, na medida em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, o sujeito passivo busca evitar que esta ocorrência chegue ao conhecimento das autoridades administrativas competentes, ou ainda, adota condutas para levar a autoridade administrativa a erro, fornecendo informações equivocadas quanto ao valor devido do tributo, sobre o fato gerador, etc, de modo a eximir-se, ilicitamente, do pagamento do tributo devido, ou sujeitando-se ao pagamento a menor.

Todas essas condutas constituem artifícios fraudulentos não autorizados por nosso ordenamento jurídico. Já a *elisão fiscal*, constitui verdadeiro planejamento tributário, muito comum nos dias atuais, na medida em que permite, mediante prévio estudo e análise de cada caso concreto, a tributação menos onerosa do contribuinte, com medidas adotadas antes da ocorrência do fato gerador, mediante mecanismos lícitos e permitidos pela legislação, razão pela qual não sujeita seu autor a nenhuma penalidade ou sanção.

Para o estudo dos crimes contra a ordem tributária importa apenas a análise das condutas classificadas como evasão fiscal, pois apenas estas são ilícitas e darão ensejo ao ajuizamento de ação penal para que se investigue eventual prática de crime contra a ordem tributária.

Com efeito, importante desde já mencionar que o simples fato de o contribuinte deixar de recolher tributo não constitui crime. Assim, se o contribuinte, sujeito passivo da relação jurídico tributária, declara ao Fisco a ocorrência do fato gerador, cumpre as obrigações acessórias, tem escrita contábil regular, mas deixa de recolher o tributo, não está cometendo nenhum crime tributário, mas apenas incorrendo em inadimplemento, contra o que caberá, eventual ação de execução fiscal. Nesta situação existe, no máximo, dívida fiscal, que não configura crime. O Direito Penal não serve de execução de dívidas fiscais. Neste sentido, leciona Roque Antônio Carrazza (1994, p.64):

O comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete delito algum. Muito menos o capitulado no art. 2º, II, da Lei nº. 8137/90. Nunca esse inadimplemento poderá conduzi-lo a uma condenação criminal. Por quê- Porque sua conduta não é típica. E, sem tipicidade, não pode haver crime, nem, muito menos, condenação criminal. Em nosso ordenamento constitucional, não há crime por dívida tributária [...] Em suma, falta tipicidade na conduta do contribuinte que declara e não paga seu débito de ICMS. (grifamos)

Os crimes contra a ordem tributária contemplam tipos penais comissivos e também tipos penais omissivos que se consumam independentemente da ocorrência de resultado lesivo ao Fisco. Tais condutas estão expressas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;
II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Já sabemos que a esfera administrativa pode ser acionada pelo sujeito passivo da relação jurídico tributária para questionar perante o Fisco a exatidão de lançamento tributário contra ele realizado. Entendimento diverso representaria violação à ampla defesa e ao contraditório, porque o sujeito passivo ficaria impossibilitado de questionar a autuação sofrida, sendo compelido ao recolhimento do tributo exigido. Uma vez manifestando sua irrisignação, poderá vir a ser proferida decisão que descaracterize a ocorrência do fato gerador ou até mesmo que o confirme, mas que altere aspectos da regra matriz de incidência tributária, gerando ao contribuinte, por exemplo, o dever de recolher um valor menor aos cofres públicos. Seja de um jeito, seja de outro, o fato é que para fins de ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária, deve-se sempre aguardar o exaurimento da via administrativa, com a confirmação em definitivo da ocorrência ou não do fato gerador (constituição em definitivo do crédito tributário), para que após o trânsito em julgado desta decisão possa ser ajuizada ação penal.

Enquanto pendente discussão na esfera administrativa, a obrigação é incerta, inexigível e carente de liquidez, vez que não há certeza quanto à sua existência. Esta certeza somente virá ao final do procedimento administrativo, quando a decisão nele proferida constituirá em definitivo o crédito tributário, ou reconhecerá sua inexistência.

Resulta incongruente o desencadeamento da ação penal sem que, antes, esteja ultimado o processo administrativo fiscal, já que é a decisão nele proferida que trará o valor certo, líquido e exigível da obrigação tributária, até mesmo para que o tipo penal consubstanciado na supressão ou redução do tributo reste caracterizado. Desta sorte, não há com se admitir, sequer vislumbrar, a possibilidade de condenação de uma pessoa, sem que antes tenha sido constituído em definitivo o crédito tributário correspondente.

Se não há crédito constituído em definitivo, então não há plausibilidade em se falar na ocorrência de crime contra a ordem tributária. A existência de crédito é pressuposto para que exista justa causa para tanto, pois se não há crédito então não há tributo devido e se não há tributo devido, então nenhum tributo foi reduzido ou suprimido. Ademais, conforme demonstrado, vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da presunção de inocência, de modo que, até que se prove o contrário, o contribuinte será considerado inocente, para todos os efeitos legais.

Importante também mencionar que caso o contribuinte opte por discutir seu direito na esfera administrativa, fica suspensa a exigibilidade do suposto crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional.³ E, deste modo, como poderíamos imputar a este mesmo sujeito a prática de um crime contra a ordem tributária, se nem mesmo o crédito está sendo exigido por inexistir uma decisão definitiva sobre sua existência?

Nesta linha de raciocínio, nada mais coerente e justo do que se aguardar a constituição em definitivo do crédito tributário para eventual ajuizamento de ação penal. Parece-me, inclusive, que a constituição em definitivo do crédito tributário constitui-se como verdadeira causa objetiva de punibilidade para o exercício da ação penal, conforme será demonstrado a seguir.

3 Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

4. O ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96: CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE OU CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE?

Com a publicação da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, surgiu muita polêmica acerca da correta interpretação e alcance de seu artigo 83, que exigiu “decisão final na esfera administrativa para que seja encaminhada representação fiscal ao Ministério Público”. Surgiram então duas correntes: a primeira delas, entendendo que o prévio exaurimento da via administrativa constituía condição objetiva de punibilidade, e uma segunda corrente, sustentando tratar-se de condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação penal, vez que sem o término do procedimento administrativo não haveria justa causa para o ajuizamento de uma ação penal.⁴

O tema é, sem dúvidas, interessantíssimo do ponto de vista doutrinário e permite uma discussão rica e completa, sobretudo por abranger não apenas a aplicação da norma penal tributária, mas também de norma processual e constitucional.

Vale mencionar que os crimes contra a ordem tributária estão previstos, como já vimos, nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Por opção metodológica, analisarei neste estudo, apenas o 1º da referida lei, muito embora as conclusões aqui obtidas possam ser aplicadas a todos os crimes contra a ordem tributária.

Pois bem. Os crimes tipificados no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 são essencialmente crimes materiais ou de resultado, razão pela qual necessitam da comprovação da efetiva supressão ou redução do tributo para sua consumação. Esta comprovação será fornecida justamente pela decisão final proferida ao término do procedimento administrativo, até mesmo porque a decisão poderá dizer que o tributo não é devido, ou que o fato gerador não ocorreu, hipóteses em que sequer haveria que se falar em infração à ordem tributária, vez que nem mesmo o objeto da conduta existiria. Ademais, não podemos nos esquecer de que, nos termos do artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional, a discussão na esfera administrativa é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o que, por si só, já impossibilitaria a constituição em definitivo do crédito tributário.

Nesta linha de raciocínio, defendo ser imprescindível aguardar o término do processo administrativo, pois é justamente com a decisão nele proferida que será possível obter a materialidade delitiva de eventual crime contra a ordem tributária. É o processo administrativo tributário que dirá se o tributo é devido ou não, determinando ainda o *quantum debeat*, trazendo sua exigibilidade e definitividade. Antes disso, o fato será juridicamente irrelevante e inexistente. (CARVALHO, 2009, p.221).

Há casos nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, a que chama de *condição objetiva de punibilidade*. A respeito do tema, Heleno Claudio Frago (2006, p.224-225) assim assevera:

[...] Não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verifique. Antes da condição, portanto, não há crime condicional ou condicionado, nem crime de punição condicionada, mas fato irrelevante para o Direito Penal. Tal fato somente se torna punível, ou seja, somente adquire significação para o Direito Penal, no momento em que se verifica a condição objetiva de punibilidade. (grifamos)

⁴ No sentido de condição objetiva de punibilidade: Barandier (1997). No sentido de condição de procedibilidade: Toron (1997).

O Supremo Tribunal Federal sustentou, ao julgar o HC nº 81.611-8, que a decisão proferida ao término do processo administrativo representa uma condição objetiva de punibilidade, pois somente a partir dela se poderá falar que a conduta praticada pelo sujeito passivo foi típica e que o crime efetivamente se consumou.⁵ Esse é também o meu entendimento. Qualquer espécie de ação penal ajuizada antes do término do processo administrativo será prematura, abusiva e desprovida de justa causa. Vejamos a justificativa.

Dispõe o §1º do artigo 113 do Código Tributário Nacional⁶ que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador. Uma vez ocorrida a hipótese abstratamente descrita na norma tributária, haverá a incidência da norma de forma individual e concreta, criando a relação jurídico tributária entre o Fisco e o contribuinte, dando origem, assim, ao que se chama de *obrigação tributária*, que não é, nesse momento, exigível. Isso tudo porque dispõe o *caput* do artigo 142 do mesmo diploma legal⁷ que o lançamento, ato privativo da autoridade administrativa, é que constitui o crédito tributário, o que significa dizer que somente após o lançamento a obrigação tributária se torna certa, líquida e exigível no mundo jurídico.

Hugo de Brito Machado (2005, p. 35) assim se posiciona acerca do lançamento tributário:

Lançamento Tributário, portanto, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível. Esta é a definição de lançamento, contida no art. 142 do Código Tributário Nacional, com alterações decorrentes da interpretação sistemática da referida norma, como acima demonstrado.

Paulo de Barros Carvalho (2009, p.426) também define o conceito de lançamento:

Lançamento tributário é um ato jurídico administrativo, da categoria do simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira u'a norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como conseqüente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, e determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço temporais em que o crédito há de ser exigido.

5 EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. (STF. HC 81611, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084).

6 Art. 113. [...] “§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.”

7 Art. 142. “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Ao comentar o artigo 142 do Código Tributário Nacional, que trata acerca do ato administrativo do lançamento, Américo Masset Lacombe (1977, p.100) assim se posiciona:

O presente artigo nos fornece uma definição legal de lançamento e resolve o problema da sua natureza. Pela combinação do 'caput' do artigo com o seu parágrafo único temos que o lançamento é um procedimento administrativo, decorrente de atividade vinculada da autoridade fazendária, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Alberto Pinheiro Xavier (1997, p.64) afirma ser o lançamento tributário "o ato administrativo de aplicação da norma tributária material que se traduz na declaração da existência e quantitativo da prestação tributária e na sua conseqüente exigência."

Verifica-se, portanto, que o lançamento formaliza a ocorrência de um fato, tornando-o existente no universo. Em decorrência do lançamento, constitui-se em definitivo o crédito tributário, momento a partir do qual é possível dizer se determinado tributo é devido ou não.

Partindo-se desta premissa, conclui-se que sem a constituição em definitivo do crédito tributário inexistente campo para a incidência da norma jurídica penal tributária.

Isto tudo porque a aplicação do Direito Penal Tributário depende da prática de uma infração tributária, no caso, uma supressão ou redução de tributo. Se essa infração não ocorrer, então não haverá espaço para aplicação da norma penal tributária. Para que se tenha campo para incidência desta norma é preciso, antes de tudo, estar diante de uma situação em que seja devido um tributo e que este tributo não tenha sido pago, ou o pagamento tenha ocorrido a menor. Somente neste cenário poderão ser aplicadas as normas penais tributárias. E, para isso, é imprescindível o exaurimento da via administrativa, pois somente ao final da discussão administrativa será proferida decisão no sentido de declarar a existência ou não do crédito tributário. É preciso deixar que o processo administrativo tributário chegue ao seu término, que é, inclusive, um direito assegurado ao contribuinte. O processo administrativo tem que findar para o judicial se iniciar. É uma coisa lógica. Admitir-se o ajuizamento de ação penal antes do encerramento da via administrativa impõe desrespeito às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, além de trazer enorme segurança jurídica ao sistema.

Antes da ocorrência do lançamento, não há, portanto, suporte para a incidência da norma penal tributária, não podendo ser ajuizada ação penal por ausência de justa causa.⁸

Neste mesmo sentido também se manifestou o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Petição 3.593-QO/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

EMENTA: "NOTITIA CRIMINIS" - PREMATURA INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PENAL POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO - RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, ENQUANTO À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A "PERSECUTIO CRIMINIS", SE INSTAURADO INQUÉRITO PO-

8 Nesse sentido: TRF-1 - ACR 17713020044013000. Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes. j. em 28.10.2014 – DJe em 07.11.2014; STF - HC 122755. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, j. em 19.08.2014 – DJe em 04.09.2014; STJ - REsp 1100959. Rel. Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. j. em 20.10.2011 – DJe em 27.10.2011; TJ-PI - ACR 201100010066549. Rel. Desembargador Sebastião Ribeiro Martins. j. em 29.05.2012 – DJe em 11.06.2012.

LICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL - OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TIPICIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS - INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE PELA CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE "HABEAS CORPUS". - Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário ("an debeatur") e determinado o respectivo valor ("quantum debeatur"), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. - A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes. - Conseqüente impossibilidade de se ordenar o mero sobrestamento dos atos de investigação, para que se aguarde a ulterior e definitiva constituição do crédito tributário. Não-acolhimento, no ponto, da proposta formulada pelo Ministério Público Federal. - Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da "representação fiscal para fins penais" a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. - A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes. (Pet 3593 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, STF, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2007, DJ 02-03-2007 PP-00028 EMENT VOL-02266-02 PP-00435 RTJ VOL-00201-02 PP-00534 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 493-499 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 510-523 RDDT n. 140, 2007, p. 205-206) (grifamos)

Também podemos citar como precedente o *Habeas Corpus* nº 86.032, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que restou assim ementado:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO AINDA EM CURSO - AJUIZAMENTO PREMATURO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A VÁLIDA INSTAURAÇÃO DA "PERSECUTIO CRIMINIS" - INVALIDAÇÃO DO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO, DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA, INCLUSIVE - CRIME DE QUADRILHA - PRESCRIÇÃO PENAL DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO RECONHECIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA - CONFIGURAÇÃO - DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO, QUANTO A TAL CRIME, DA PUNIBILIDADE DOS PACIENTES - PEDIDO DEFERIDO. - *Tratando-se dos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei nº 8.137/90, a instauração da concernente persecução penal depende da existência de decisão definitiva, proferida em sede de procedimento administrativo, na qual se haja reconhecido a exigibilidade do crédito tributário ("an debeatur"), além de definido o respectivo valor ("quantum debeatur"), sob pena de, em inexistindo essa condição objetiva de punibilidade, não se legitimar, por ausência de tipicidade penal, a válida formulação de denúncia pelo Ministério Público. Precedentes. - Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em conseqüência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes. (HC 86032, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-02 PP-00360 RTJ VOL-00205-01 PP-00231) (grifamos)*

Nesta mesma linha de raciocínio também decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.611-8, proferindo decisão no sentido de que para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária é necessário o encerramento do processo administrativo fiscal. A Corte foi além, e exigiu ainda o trânsito em julgado da decisão administrativa, com o que concordo, independentemente da questão ser levada ao judiciário ou não. Uma vez constituída em definitivo na esfera administrativa, esta decisão se reveste da certeza objetiva necessária que servirá de respaldo para o ajuizamento da ação penal.

Vejam, a seguir, o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sustentado em sede de julgamento do citado *Habeas Corpus* nº 81.611-8.

5. O ATUAL POSICIONAMENTO DO STF (HC 81.611-8)

Ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.611-8, o Supremo Tribunal Federal sedimentou seu entendimento no sentido de que somente após o trânsito em julgado da decisão proferida na esfera administrativa, momento em que ocorre a constituição em definitivo do crédito tributário, surge a chamada justa causa para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária. A decisão restou assim ementada:

EMENTA: I. *Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.*

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), *falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.*

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. (HC 81611, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084) (grifamos)

Ao manifestar seu entendimento, o relator do caso, Ministro Sepúlveda Pertence, afastou toda a discussão que se criou sobre a autonomia e independência funcional das esferas administrativa e judicial, sustentando que o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 apenas *“fixa o momento – a decisão final do processo administrativo tributário – a partir do qual se faz obrigatória para a autoridade fiscal a remessa da notitia criminis ao Ministério Público”*. Entendeu o Ministro relator que referido dispositivo legal não limita a atuação do Ministério Público, ou condiciona a independência e harmonia das esferas administrativa e judicial. Para o Ministro, a aplicação da referida norma está voltada única e exclusivamente aos órgãos administrativos fiscais, determinando que ao final do processo administrativo tributário estas autoridades devem encaminhar ao Ministério Público a representação fiscal contendo as informações necessárias para o respectivo ajuizamento de ação penal, para impedir que dele se sonquem informações que, necessariamente, levariam à propositura de ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

Superada esta questão, o relator do caso buscou definir o momento em que surge a justa causa

para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Para tanto, analisou os tipos penais previstos na Lei nº 8.137/90, comparando-os com as condutas descritas na Lei nº 4.729/64, que cuidava dos crimes de sonegação fiscal. A comparação é de todo útil, já que a Lei nº 4.729/64 cuidava de crimes de mera conduta, que uma vez praticadas já estavam consumadas, independentemente da efetiva lesão ao erário. O Ministro Sepúlveda Pertence demonstrou que ao contrário da Lei nº 4.729/64, as condutas previstas na Lei nº 8.137/90, notadamente em seu artigo 1º, são tipos penais de resultado, ou seja, crimes que para sua consumação necessitam da comprovação do resultado naturalístico supressão ou redução do tributo. E, conforme demonstrado, somente com o término do processo administrativo fiscal é que haverá a constituição em definitivo do crédito tributário, momento em que será possível dizer se o tributo é devido ou não e, conseqüentemente, se houve ou não supressão ou redução do tributo.

O lançamento tributário tem a função de individualizar a ocorrência do fato gerador, tanto em relação à sua existência, quanto em relação ao conteúdo da obrigação tributária, trazendo a certeza objetiva necessária para aplicação da norma tributária. Antes da confirmação do lançamento não há débito, nem obrigação individualizada e concreta. Somente com a confirmação deste lançamento, que ocorrerá por meio da decisão administrativa a ser proferida, é que será possível dizer se houve de fato a supressão ou redução do tributo para fins penais, pois se o tributo não for constituído, então ele não é devido e assim, não há que se falar em sua supressão ou redução. De tudo resulta que enquanto pendente o procedimento administrativo, ainda há incerteza objetiva quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Admitir-se o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público por crime contra a ordem tributária antes da definitividade do lançamento representa ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem assim, traz enorme insegurança jurídica ao nosso ordenamento jurídico, na medida em que o sujeito passivo de uma (suposta) obrigação tributária não pode ser condenado, sequer ter uma persecução penal iniciada contra si, sem que o crédito tributário tenha se constituído em definitivo. O que se busca com o encerramento da discussão administrativa é a certeza acerca da existência do tributo, tendo em vista que este constitui elemento normativo do tipo penal, essencial para a configuração de crime contra a ordem tributária. Neste sentido, citamos trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81611-8:

[...] De modo que, sendo tributo elemento normativo do tipo penal, este só se configura quando se configure a existência de tributo devido, ou, noutras palavras, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição desse elemento normativo do tipo não depende de juízo penal, porque, dispõe o Código Tributário, é competência privativa da autoridade administrativa defini-lo. Ora - e aqui me parece o cerne da argumentação do eminente Relator -, não tenho nenhuma dúvida de que só se caracteriza a existência de obrigação jurídico-tributária exigível, quando se dê, conforme diz Sua Excelência, a chamada preclusão administrativa, ou, nos termos no Código Tributário, quando sobrevenha cunho definitivo ao lançamento. [...]

E isso significa e demonstra, a mim me parece que de maneira irresponsável, que o lançamento tem natureza predominantemente constitutiva da obrigação exigível: *sem o lançamento, não se tem obrigação tributária exigível. [...]*

Retomando o raciocínio, o tipo penal só estará plenamente integrado e perfeito à data em que surge, no mundo jurídico, tributo devido, ou obrigação tributária exigível. Antes disso, não está configurado o tipo penal, e, não o estando, evidentemente não se pode instaurar por conta dele, à falta de justa causa, nenhuma ação penal. (grifamos)

Nada obstante, da leitura do acórdão proferido também verificamos que há uma preocupação em garantir ao indivíduo o exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo que caso o sujeito passivo da suposta obrigação tributária discorde quanto aos seus termos, possa promover a competente discussão na esfera administrativa, pois ela é a via correta para estes

questionamentos, antes que a obrigação (e seu respectivo crédito) se torne constituída em definitivo por meio do lançamento.

Assim, a norma jurídica penal tributária somente tem sua hipótese de incidência configurada com a constituição em definitivo do crédito tributário. Antes disso, não há suporte fático para sua incidência, faltando, portanto, justa causa para a ação penal. O Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifestou quanto à necessidade de que a constituição do crédito tributário seja definitiva, irreversível e imodificável:

[...] Malgrado surja a obrigação tributária do fato gerador (art. 113, §1º), o crédito tributário só é constituído pelo lançamento – susceptível de revisão, porém, mediante ‘impugnação do sujeito passivo’ (art. 145, III), manifestada a qual, só ao termo do procedimento ou processo administrativo se terá por definida a existência e conteúdo da relação jurídico-tributária, pondo fim à ‘incerteza objetiva, resultante da simples potencialidade de uma contestação’. *De tudo resulta que, enquanto pendente o processo administrativo, essa incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação permanecerá.* Ora – dadas, de um lado, a competência privativa da administração fiscal para constituir o crédito tributário e, de outro, que o crime definido no art. 1º da Lei 8137 pressupõe a existência de tributos – receitas, do crédito tributário – que, mediante uma das condutas prescritas, o agente antes houvesse logrado ‘suprimir ou reduzir’ – não se pode afirmar, sequer para a denúncia, a coerência desse pressuposto, enquanto a respeito, não opere, pelo menos, o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo. (grifamos)

Verifica-se que para o Supremo Tribunal Federal, somente há justa causa para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária quando ocorrer a constituição em definitivo do crédito tributário, sendo essencial e imprescindível aguardar-se o prévio exaurimento da via administrativa antes do ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

Por fim, vale mencionar que em 11.12.2009 foi publicada no Diário Oficial da União a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 24, resultado da proposta de Súmula Vinculante decorrente do julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611-8. Referida súmula restou assim ementada: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Por meio desta súmula a Corte buscou encerrar em definitivo qualquer dúvida que ainda tenha ficado quanto à necessidade da constituição em definitivo do crédito tributário pelo lançamento, nos crimes contra a ordem tributária, para que haja justa causa para o ajuizamento de ação penal.

Vê-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal entende como inviável o ajuizamento de ação penal enquanto não for concluída a discussão administrativa, na medida em que será a decisão proferida na esfera administrativa que constituirá, de modo definitivo, o crédito tributário, atestando sua existência ou inexistência no sistema. Somente após essa decisão é que o Ministério Público terá elementos suficientes para o oferecimento de denúncia de crime contra a ordem tributária.

6. CONCLUSÃO

Com base em todos os fundamentos aqui apresentados, entendo ser fundamental aguardar-se o encerramento do procedimento administrativo tributário para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

Partindo do pressuposto de que a constituição em definitivo do crédito tributário representa uma condição objetiva de punibilidade nesta modalidade de crimes, e que referida condição apenas se torna possível e concreta com o encerramento do processo administrativo tributário e com o conseqüente trânsito em julgado da decisão nele proferida, buscou-se demonstrar a necessidade de aguardar o encerramento da discussão na esfera administrativa, antes do oferecimento de denúncia

nos crimes contra a ordem tributária.

A fim de demonstrar a consistência dos argumentos e razões aqui sustentados, foi apresentado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.611-8 sedimentou seu entendimento sobre a questão, sustentando ser necessário aguardar-se o encerramento da discussão administrativa antes do ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Esta decisão representa o mais importante e atual precedente sobre o tema, e que serviu como base de todas as decisões que vem sendo tomadas por nossos Tribunais a respeito do assunto.

Conforme restou demonstrado, os crimes contra a ordem tributária exigem, para sua consumação, efetiva supressão ou redução do tributo. Daí dizer que são crimes materiais. E, para que se possa falar que um tributo foi suprimido ou reduzido é fundamental ter a certeza de sua existência e de sua exigibilidade, atributos estes que serão confirmados com a constituição em definitivo do crédito tributário. Sem essa certeza não poderá o Estado iniciar a ação penal, por lhe faltar justa causa para tanto.

Entende-se que a constituição em definitivo do crédito tributário constitui a justa causa para o exercício da ação penal, na medida em que revela a existência ou inexistência do crédito tributário (materialidade delitiva), e indica também se este crédito é exigível daquele determinado contribuinte (autoria delitiva). Enquanto não estiver encerrada a discussão administrativa haverá dúvidas sobre a existência do crédito tributário, de modo que não há elementos suficientes para oferecimento de denúncia criminal.

A decisão final proferida pela esfera administrativa constitui o crédito tributário por meio do que os tributaristas chamam de *lançamento tributário*. Ao perseguir contribuintes que não têm lançamento tributário definitivo o Estado está vendo crime onde não o há. E, ao assim agir, viola flagrantemente o princípio constitucional da presunção de inocência, conduta esta que deve ser coibida e vedada em nosso ordenamento jurídico. Ora, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória”. Com relação ao nosso tema de estudo, isso significa dizer que enquanto a Autoridade Administrativa não efetuar o lançamento, assegurando a existência efetiva do crédito tributário, bem como determinando seu *quantum debeatur*, não há suporte fático para assegurar se este tributo (cuja existência ainda é incerta) foi de fato reduzido ou suprimido, devendo o cidadão ser considerado inocente, de modo que não poderá o Ministério Público propor ação persecutória penal, a qual será indevida, podendo ser trancada por meio da impetração de *Habeas Corpus*, já que inexistirá justa causa para seu prosseguimento.⁹

O ajuizamento da ação penal antes do encerramento da discussão na esfera administrativa constitui rematado absurdo, principalmente porque se ambas as ações tramitarem ao mesmo tempo e em esferas distintas, há grandes chances de que sejam proferidas decisões conflitantes, o que traria enorme insegurança jurídica ao ordenamento jurídico.

Como é cediço, é facultado ao contribuinte discutir, administrativamente, uma autuação do Fisco. O fato de o Fisco ter lavrado uma autuação fiscal não significa necessariamente que este crédito seja devido, que tenha de fato ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, ou que se esteja diante de uma infração tributária. Pode haver erros materiais ou mesmo formais que desconstituam a relação

9 Neste sentido e visando encerrar a discussão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24, resultado da Proposta de Súmula Vinculante nº 29, nos seguintes termos: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.” DJe nº 30/2010 – Aprovada pelo Tribunal Pleno em Sessão Plenária de 02/12/2009. Publicada no DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009. Publicada no DOU de 11/12/2009, p. 1.

jurídico tributária, o que por consequência acarretará na inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, pois sem crédito tributário não há a presença do elemento normativo do tipo penal *tributo* para que restem configuradas as condutas descritas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

É justamente por esta razão que é facultado ao contribuinte a discussão deste crédito tributário exigido pelo Fisco por meio de todos os instrumentos de defesa postos à sua disposição. Esta discussão administrativa dará ensejo à instauração de um processo administrativo tributário, por meio do qual o contribuinte demonstrará todas as razões de fato e de direito que entende cabíveis na defesa da autuação fiscal perpetrada. Ao final, será proferida uma decisão, que poderá manter ou não a autuação. E é esta decisão que trará a justa causa para o ajuizamento de eventual ação de crime contra a ordem tributária.

Desta forma, defendo que o encerramento da discussão administrativa representa uma condição objetiva de punibilidade. Não vislumbro a possibilidade de alguém ser processado criminalmente por infração à ordem econômica e tributária sem a certeza de que o tributo é devido, pois sem esta certeza não há como se afirmar que de fato ocorreu alguma das condutas descritas pelos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90. Admitir-se o contrário significa afronta e desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Clínica fiscal*. Salvador: Progresso, 1958.

BARANDIER, Antônio Carlos da Gama. Condição objetiva de punibilidade e crimes contra o sistema tributário. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 57, ago.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº81.611, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. 10/12/2003, DJ 13/05/2005, p.6, Ement. Vol-02191-1, p.84.

CARRAZZA, Roque Antônio. O ICMS e o delito capitulado no art. 2º, inc. II, da Lei nº. 8137/90 – Problemas Conexos. *Revista de Direito Tributário*, v. 66. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito Penal Tributário: uma análise lógica, semântica e jurisprudencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a Ordem Tributária*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo, RT, 1977.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lição de Direito Penal: a Nova Parte Geral*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flavio. *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LACOMBE, Américo Masset. *Obrigação Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005

Pimentel, Manoel Pedro. *Introdução ao estudo do direito penal tributário*. São Paulo: In: *Ciência Penal*, n. 2, 1974.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORON, Alberto Zacharias; TORIHARA, Edson Junji. Crimes tributários e condição de procedibilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 51, fev. 1997.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Do Lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. São Paulo: Forense, 1997.

Recebido em: 10/04/2016

Aprovado em: 30/08/2016





Quem se prepara, não para.