



**REVISTA  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 7  
Novembro de 2004

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. n. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2004 - volume 7, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretora-Geral**

Desembargadora Federal Julieta Lídia Lunz

### **Diretor da Revista**

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

### **Diretor de Estágios**

Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa

### **Diretor de Relações Públicas**

Desembargador Federal Francisco Pizzolante

### **Diretor de Pesquisa**

Desembargador Federal Benedito Gonçalves

---

**Presidente:**

Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA

**Vice-Presidente:**

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

**Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

**Membros:**

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA  
Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ  
Desembargadora Federal TANIA HEINE  
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA  
Desembargador Federal CARREIRA ALVIM  
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO  
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE  
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA  
Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO  
Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO  
Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA  
Desembargador Federal FERNANDO MARQUES  
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA  
Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA  
Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE  
Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES  
Desembargador Federal IVAN ATHIÉ  
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER  
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND  
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES  
Desembargador Federal REIS FRIEDE  
Juiz Federal Convocado FRANÇA NETO  
Juiz Federal Convocado GUILHERME CALMON  
Juiz Federal Convocado JOSÉ NEIVA  
Juíza Federal Convocada LILIANE RORIZ  
Juiz Federal Convocado ABEL GOMES  
Juiz Federal Convocado ALCIDES MARTINS FILHO

## Sumário

|   |            |
|---|------------|
| <b>A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A NOVA ERA .....</b>  | <b>11</b>  |
| <i>Julieta Lídia Lunz - Desembargadora Federal do TRF da 2ª Região e Diretora-Geral da EMARF</i>                            |            |
| <b>OS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS E OS DIREITOS DE LIBERDADE NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA DO PÓS-GUERRA.....</b> | <b>51</b>  |
| <i>André R. C. Fontes - Desembargador Federal do TRF da 2ª Região</i>   |            |
| <b>DIREITO AMBIENTAL - CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS.....</b>  | <b>61</b>  |
| <i>Valéria Medeiros de Albuquerque - Juíza Federal da 9ª Vara Federal do Rio de Janeiro</i>                                 |            |
| <b>COMÉRCIO INTERNACIONAL E BIOPIRATARIA.....</b>   | <b>69</b>  |
| <i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Juiz Federal convocado para o TRF da 2ª Região</i>                                   |            |
| <b>O SENTIDO DA VIDA – A GUERRA DOS NOSSOS TEMPOS.....</b>  | <b>95</b>  |
| <i>Regina Coeli Medeiros de Carvalho - Juíza Federal da 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro</i>                              |            |
| <b>A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DE INSTÂNCIA DO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91.....</b>  | <b>99</b>  |
| <i>José Eduardo Nobre Matta – Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro</i>                      |            |
| <b>A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....</b>                                | <b>117</b> |
| <i>Manoel Rolim Campbell Penna - Juiz Federal da Vara Federal de São Pedro da Aldeia</i>                                    |            |
| <b>AAÇÃO DE CONSIGNAÇÃO TRIBUTÁRIA .....</b>  | <b>133</b> |
| <i>Paulo André Espirito Santo - Juiz Federal Substituto</i>   |            |
| <b>“O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE TRIBUTO E SUAS DIVERSAS ESPÉCIES” .....</b>  | <b>163</b> |
| <i>Marcus Livio Gomes - Juiz Federal Substituto</i>   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>O PRINCÍPIO DA SOBERANIA .....</b>  | <b>175</b> |
| <i>Valter Shuenquener de Araújo - Juiz Federal Substituto</i>  |            |
| <b>O PAPEL DO JUIZ NO MUNDO GLOBALIZADO .....</b>  | <b>199</b> |
| <i>Américo Bedê Freire Júnior - Juiz Federal Substituto</i>  |            |
| <b>VÍCIOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03 INCONSTITUCIONALIDADE<br/>DA CONTRIBUIÇÃO DE INATIVOS .....</b> | <b>207</b> |
| <i>Caroline Medeiros e Silva - Juíza Federal Substituta</i>  |            |

---



***REVISTA DA EMARF***

***VOLUME 7***

---

---

# **A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A NOVA ERA**

---

*Julietta Lídia Lunz - Desembargadora Federal do TRF 2ª Região e Diretora-Geral da EMARF. Doutora em Direito pela Universidade do Estado da Guanabara (atual UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Direito Penal pela Universidade Nacional de Brasília - UNB / Conselho de Justiça Federal - CJF. Pós-graduada em Conjuntura Política e Econômica pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.*

*O homem transitou por milênios e mesmo assim não logrou o domínio da arte de conviver, a vida da civilização é interminável, de igual forma o Estado em sua arte de governar. Ambos superaram crises rápidas e experiências arriscadas na busca do aperfeiçoamento, ideal incansavelmente perseguido.*

*Tenhamos a coragem de tecer sonhos para que nossos descendentes amanhã não nos culpem de não realizar o ideal posto que jamais sonhado.*

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO - CAPÍTULO I: A ESTRUTURA DO ESTADO NACIONAL**

*1.1 - Aspectos Históricos, Evolução Constitucional. 1.1.1 - Aspectos Históricos.*

*1.1.2 - Evolução Constitucional. 1.2 - As Expressões que Compõem a Estrutura*

*Nacional. 1.3 - Fundamentos da Estrutura do Estado Nacional. **CAPÍTULO***

### **II: GLOBALIZAÇÃO, REGIONALIZAÇÃO E IDEOLOGIAS. 2.1 - A**

*Globalização - Conceituação Econômica, Política, Social - Aspectos Científicos*

*e Tecnológicos. 2.2 - A Teoria do Desenvolvimento e a Evolução do Processo*

*Globalizante. 2.3 - A Regionalização, Conceituação Político-Social, Influências*

*Econômicas, Aspectos Geopolíticos. **CAPÍTULO III: A ESTRUTURA DO***

**PODER NACIONAL NO SÉCULO XXI.** 3.1 - *A Influência da Globalização na Estrutura do Poder Nacional.* 3.2 - *Aspectos Positivos e Negativos - Coexistência dos Fatores Abordados.* **CAPÍTULO IV: CONCLUSÃO**  
**ESTADO - TERRITÓRIO - SOBERANIA - ECONOMIA** 4.1 - *Enfoques Gerais.* 4.2 - *Estado Nacional.*

## INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil representa, no contexto atual, uma das maiores regiões do planeta, com potencialidade de sustentar um processo integral de desenvolvimento sócio-econômico com reflexos na ordem internacional do próximo milênio.

No estágio em que se mostra ao prestígio internacional e aos interesses respectivos, não mais comporta o Estado Brasileiro a posição de emergente e sim a de efetivo aspirante à liderança sócio-econômica das comunidades que exsurgem após o declínio da bipolaridade, com o rompimento da hegemonia do bloco soviético - um dos pólos em que se apresentava a comunidade internacional - situação que ensejou o fenômeno econômico-social da globalização, com a criação das comunidades econômicas na Europa, na América do Norte, na América do Sul e, finalmente, já na Ásia.

Em verdade, com a abertura do bloco socialista russo para a pretendida ocidentalização, e com a unificação da Alemanha, a história da humanidade passa por autêntica transformação sócio-econômica e as potências de menor porte unem-se em blocos econômicos, enquanto que os Estados Unidos da América dão o passo gigante para firmar-se como potência única.

Nisto reside o maior desafio do regime capitalista, e através da formação de bloco econômico, em resposta a Europa une-se em comunidade econômica, buscando a identidade e mesmo a unificação daquela região, ainda que etnia, cultura, origens mais antagônicas ali coexistam.

Neste ensaio - estudo, tema ou monografia - pretendo apresentar a realidade brasileira, sob o enfoque do fenômeno antes referido e sua influência nas diversas expressões do poder nacional - com especial destaque ao sócio-político, econômico e científico-tecnológico - numa tentativa de enquadrar e descrever

a interação do Brasil na terceira etapa do evoluir da humanidade, ou seja, a fase tecnológica, inexorável sucessora da industrialização que já não se comporta no presente-futuro, mas que se antecipa a cada dia com os avanços do conhecimento humano.

## **CAPÍTULO I**

### **A ESTRUTURA DO ESTADO NACIONAL**

#### **1.1 - A Estrutura do Estado Nacional - aspectos históricos, evolução constitucional**

Na estrutura do Estado coexistem três elementos - a saber: Território, Povo e Governo - que se voltam a uma finalidade precisa e determinada, qual seja o bem comum. Em síntese: em sua estruturação, o Estado Nacional é uma pessoa jurídica de direito público, que tem por precípua finalidade regular as relações sociais e internacionais da comunidade nacional.

A estrutura do Estado Brasileiro é estabelecida na Constituição Federal: a organização de seus órgãos, a forma e o exercício do poder, os limites de sua atuação; são assegurados, os direitos e garantias individuais, o pluripartidarismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana e a soberania.

##### **1.1.1 - Aspectos Históricos**

A evolução político-constitucional do Brasil inicia-se com a fase colonial e a organização das capitanias hereditárias, em número de doze, cujos donatários detinham poderes absolutos no território que governavam sob sua jurisdição, cível e criminal - exercidas através dos ouvidores e dos juízes das vilas - com o que se assegurava a não dispersão do poder político e administrativo.

Já em 1549, com a criação dos sistemas dos Governadores-Gerais, ensaiava-se o elemento unitário na organização colonial e sua importância maior é a de precursora na delimitação das funções estatais (com o respeito às leis, forais e privilégios), fixando-se a ordem jurídica.

Os regimentos dos Governadores-Gerais conferiam aos titulares o governo político e o militar, em torno dos quais gravitavam outros órgãos essenciais à administração.

Em 1572 se institui o duplo governo e já em 1621 divide-se a Colônia: com o Estado do Brasil, que ia do Rio Grande do Norte a São Vicente, ao sul, e o Estado do Maranhão, que ia do Ceará até o extremo norte; e já sob o impacto de fatores econômicos, sociais e geográficos, subdividem-se as capitanias independentes, do Maranhão, se destacando o Piauí, enquanto que de Minas e São Paulo se origina a capitania do Rio Grande do Sul.

Com a cisão das capitanias surgem os governos regionais, as comarcas, os distritos, e em cada um desses centros o capitão-general institui os representantes de sua autoridade, os quais, com o trato do tempo, formam os governos locais, com a influência econômica ditando a respectiva autoridade, a exemplo da Zona de Mineração, Junta de Arrecadação da Fazenda Real, Intendência do Ouro, dos Diamantes, Casas de Fundição e outras.

Em suma, a colonização extrativa deu azo ao florescimento da organização municipal da localidade explorada, do que se pode vislumbrar a origem da estrutura do Estado Brasileiro, que surge com a Independência.

Já se constituía a Nação Brasileira sobre os latifúndios grandiosos e com uma elite esclarecida pelos ideais que agitavam a Europa: o liberalismo, o parlamentarismo, o constitucionalismo, o federalismo, a democracia e a república, e D. João VI cogitava mesmo de aplicar no Brasil, então Reino Unido, a Constituição Portuguesa, denominada Constituição do Porto.

### **1.1.2 - Evolução constitucional**

Com o Grito da Independência surgiram os problemas da unidade nacional e da estruturação de um poder central, e dentro dos princípios básicos da teoria política em voga, se impuseram, sendo o constitucionalismo que refletia os ideais liberais assegurados pela declaração dos direitos individuais e mecanismo da separação dos poderes. Surgiu então a Constituição de 25 de março de 1824, declarando o Império do Brasil como associação política de todos os brasileiros livres e independentes, com o Governo Monárquico hereditário; a divisão dos poderes em Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário.

A organização política era exercida pelo Poder Moderador do Imperador. No Império do Brasil, o Imperador reinava, governava e administrava, dissentindo do sistema inglês, que após Charles II - 1688, o Rei reina, não governa.

Neste estágio, o ideal federalista foi defendido por mais de sessenta anos pelos liberais descontentes, fortalecidos pelos poderes locais, provocando rebeliões, tais como “balaiadas”, “sabinadas”, e “cabanadas”, que geraram a “República do Piratini”; já em 1889 sobrevém a vitória das forças republicanas e federalistas.

Pelo Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, com vitória das forças republicano-federalistas, emerge a República dos Estados Unidos do Brasil, estruturada como federação, sob o sistema democrático (censitário); e regime político que assegurava os direitos humanos fundamentais.

O modelo formal da Carta de 1891, foi o texto constitucional norte-americano e alguns dispositivos da Carta Argentina e da Suíça. Cada uma das províncias deu origem aos estados e o antigo município neutro deu origem ao Distrito Federal, capital da União. Alinhou a Carta de 1891 o regime representativo com o presidencialismo equilibrado, por inspiração da constituição americana. Inspirada nos ideais de Montesquieu estabelecia como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem assim a autonomia dos estados, aos quais se reservava a competência remanescente. O poder central enfraquecido fez ressurgir os interesses e poderes regionais, fortemente garantidos pelo poder do “coronelismo” que elegia os presidentes de província, os deputados, e os primeiros Presidentes da República, o que motivou, com a Revolução de 30, a revogação da bem estruturada Carta de 1891 - que mesmo com a Emenda nº 26 não logrou adequar-se à realidade.

Sem a âncora dos poderes estaduais, o Governo Federal não se manteria, como já previra Campos Sales, que formulou a doutrina de que “a política e a ação devem ser privilégio de uma minoria: as grandes deliberações nascidas de liberdades democráticas levam necessariamente o país a agitações e ao aproveitamento da situação por um grupo, muitas vezes o menos capaz. À minoria deliberativa no plano federal deve corresponder outra minoria deliberativa dos Estados.” Esta representação aristocrática é o cerne de seu pensamento. Conseqüentemente o problema apresenta-se como a garantia da estabilização das atuais oligarquias no poder.

Sobrevindo a Revolução de 1930, Getúlio Vargas, assumindo a Chefia do Governo, intervém nos Estados, afasta a influência dos “coronéis”, decreta em 3 de fevereiro de 1932 o Código Eleitoral e em 3 de maio de 1932 aponta a Assembléia Constituinte que edita a Carta de 1934, após vencer a Revolução Constitucionalista de 09/07/32 em São Paulo.

Mantidos os princípios formais de 1891, a Carta de 1934 amplia os poderes da União, aumenta os poderes do Executivo, rompe com o bicameralismo, ao transformar o Senado em “órgão de colaboração da Câmara dos Deputados”, define os direitos políticos, paralelamente aos direitos e garantias individuais, inscreve sob sua tutela a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura. Entretanto, somente teve eficácia até 1937 com o advento da Carta do “Estado Novo”, cuja preocupação única foi a hipertrofia do Poder Executivo, para mascarar o regime ditatorial puro, vista a concentração do Executivo e Legislativo em mãos do Presidente da República que através de decretos-leis legislava.

Após a II Guerra Mundial, foi expedida a Lei Constitucional nº 9 de 28/02/1945 visando a eleição direta do presidente da República, instalando-se a campanha eleitoral, altamente fortalecida pela oposição; eleito, Gaspar Dutra recebeu a faixa de José Linhares que, desde a queda de Vargas em 29/10/45, vinha exercendo a Presidência da “República”.

Foi instalada a Constituinte em 18/9/46, a qual, servindo-se dos modelos de 1891 e de 1934, elaborou a Constituição de 1946. Findo o governo Dutra, foi eleito Getúlio Vargas com programa de governo que acabou por gerar forte crise institucional, com a intervenção das Forças Armadas e conservadores da oposição. Daí se originou a crise política que culminou com a morte de Getúlio Vargas.

Assume em seu lugar, Café Filho, que adoece, e dá ensejo à posse de Carlos Luz - Presidente da Câmara, o qual é deposto pelo movimento militar liderado pelo General Lott que impediu nova posse de Café Filho; assume o Presidente do Senado Nereu Ramos que entrega a Presidência ao eleito Juscelino Kubitschek; elege-se, a seguir, Jânio Quadros, que sete meses após, renuncia; impedido, não assume João Goulart em face à resistência militar. Nesse período foi votada uma Emenda Constitucional instalando o Sistema Parlamentarista, afinal não confirmado por plebiscito, que propiciou a posse de João Goulart; este não se equilibra e é deposto pelo Movimento Militar de março de 1964.

Em 27 de outubro de 1965 foi editado o AI nº 1, seguido pelos de números 2, 3 e 4, sendo eleito, em face a tais Atos Institucionais, o Marechal Humberto Castelo Branco. Foi promulgada em 1967 a nova Carta Constitucional.

A ordem constitucional foi alterada com a edição do AI 5 em 13/12/68 ao qual seguiram-se vários outros atos institucionais, aos quais com o afastamento do Presidente Costa e Silva, acometido de doença grave, sucedeu o AI 12, em 31 de agosto de 1969, que outorgou o Poder Executivo aos Ministros da Marinha, Aeronáutica e Exército.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 01 editada em 17/10/69 e com eficácia a partir de 30 de outubro daquele ano, que serviu de instrumento de outorga constitucional da República Federativa do Brasil, que somente com a Emenda Constitucional 026 de 27/11/85 convocou a Assembléia Constituinte com vistas à elaboração da nova Constituição Brasileira, que vem a elaborar a Carta de 1988, rompendo com a estrutura centralizadora do Poder Executivo até então hipertrofiada.

A Carta de 67 e a Emenda nº 1 de 1969 merecem comentários pela estruturação centralizada que deram à Federação.

A partir de 1982, com as eleições diretas para Governadores dos Estados da Federação, foi retomado o processo de inquietação popular ao exigir eleições diretas para a Presidência da República.

Mantidas as eleições indiretas, foi lançado Tancredo Neves que pelo Congresso foi eleito, mas não assumiu, vindo a falecer em abril de 1985; em seu lugar tomou posse o Vice-Presidente José Sarney, o qual deu prosseguimento ao programa de Tancredo Neves, convocando a Assembléia Constituinte, que promulga a Carta de 1988.

A atual Constituição Federal está estruturada em oito títulos, a saber:

- dos princípios fundamentais;
- dos direitos e garantias individuais;
- da organização do Estado;
- da organização dos Poderes;
- da defesa do Estado e das instituições democráticas;
- da tributação e do orçamento;

- da ordem econômica e financeira;
- da ordem social;
- das disposições gerais;
- das disposições transitórias.

## **1.2 - As Expressões Que Compõem a Estrutura Nacional**

Os valores nos quais se assentam a ordem jurídica têm sede na Constituição Federal, haja vista ser sua abrangência maior que a lei ordinária, bem assim seu reflexo ou caráter sistêmico a nortear os primados constitucionais, isto significando que a força dos princípios constitucionais orientam a solução para os aparentes ou efetivos conflitos com as leis infraconstitucionais.

Prefacialmente a Constituição Federal delinea a forma de governo republicano e o adjetiva com o regime ou forma de Estado e, em adição, estabelece que o Estado Brasileiro, rege-se como República Federativa, pela qual se exercem os Poderes, preservada a autonomia de cada um, a saber: Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo.

Com acerto, ao dispor o legislador constituinte sobre a Federação, pressupõe vinculação racional da União, Estados e Municípios, o que vem a informar o legislador infraconstitucional que obriga-se a tal preceito na elaboração das leis ordinárias, em suma a separação da competência, por respectivas matérias.

Como terceiro princípio acolhe a Constituição o Estado Democrático de Direito, associadas as duas expressões com vista a que não se confunda Estado de Direito que vincula o Governante ao ordenamento jurídico, mas vai além para vinculá-lo aos preceitos democráticos, subsumidos à vontade dos cidadãos, à representação popular dentro da ordem democrática.

No preceituar o regime democrático de direito, estabelece a Constituição algo dinâmico e com vistas à perfectibilidade, no sentido da busca do melhor, ou seja, do bem comum de todos os cidadãos.

Em quarto princípio traz a Constituição Federal a soberania, no sentido de que no território nacional não há espaço a poder estranho àqueles juridicamente constituídos.

Na estrutura do Estado Brasileiro, alinha-se a tripartição dos Poderes, refletindo os primados decantados por Montesquieu, entretanto tal repartição não é rígida, visto que os Poderes da República exercem funções que refogem à tipicidade de cada um deles.

### **1.3 - Fundamentos Da Estrutura Do Estado Nacional**

Consoante o artigo primeiro inscrevem-se na Constituição Federal, princípios que não podem ser reformados, sem infringência da ordem constituída, a saber:

- soberania;
- cidadania;
- dignidade da pessoa humana;
- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- pluralismo partidário.

Autores há que enfatizam a desnecessidade da menção à soberania, posto ser fundamental à afirmação da própria existência do Estado como Poder político ilimitado e independente, e na afirmação de não poder ser limitado se contém a não adjetivação, o que não comporta composição ou qualquer cooptação.

Na linha dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, centra-se o direcionamento da ação governamental na construção de uma sociedade livre, justa, e solidária; no assegurar o desenvolvimento, erradicando a pobreza, alinha-se a eliminação das desigualdades de oportunidades ao progresso pessoal e social do cidadão, o que somente com a atuação antes referida se pode obter.

## **CAPÍTULO II**

### **GLOBALIZAÇÃO, REGIONALIZAÇÃO E IDEOLOGIAS**

#### **2.1 - A Globalização - Conceituação Econômico-Social - Aspectos Científicos e Tecnológicos**

Impossível a abordagem da atual fase de nossa civilização, sem uma análise retrospectiva da sua existência, o que pode resumir-se ao aspecto sócio-econômico e mesmo político.

A civilização superou a etapa primária ou agrícola com a industrialização, promotora da produção em série a exigir a “sincronização” do homem com a indústria ou fábrica, e na medida em que independente do lucro ou da política, a vida da sociedade passou a regular-se pelo relógio e pelas exigências da máquina, influenciando, intimamente, as relações cotidianas, desde a hora de acordar até deitar-se, toda a civilização estava dentro do princípio da sincronização industrial.

Concomitante ao sistema acima referido, surge o mercado pautado pelo princípio da concentração, que deu azo às gigantescas companhias e gerou a concentração da energia, população, trabalho, educação e da organização econômica.

Entretanto, com a maximização da produção, ocorre o divórcio entre esta e o consumo enfeixando a fase da industrialização em nível de mercado internacional.

O reflexo da maximização em escala, interligada à maximização do lucro, propiciou aos governos dos países, na fase antes citada, a corrida desenfreada para aumentar o produto nacional bruto, maximizando o crescimento, deixando de lado o risco social e mesmo ecológico, e à maximização da produção aliou-se a padronização, a especialização e as regras básicas da indústria atual, através do controle da qualidade, com o que se defere e garante a poucos países produtores a produção massificada.

Quanto maior a separação entre produtor e consumidor mais aumenta o poder do mercado no domínio da realidade social e o distanciamento mencionado gerou o sistema monetário centralizador das instituições bancárias; o mercado internacional; o planejador burocrático e robotizado.

A partir de meados de 1950 aclarou-se, no âmbito sócio-econômico, dos países desenvolvidos que as indústrias estavam decadentes, vez que a força de trabalho crescia em desproporção ao emprego, especialmente aqueles ofertados nas indústrias têxteis, nas indústrias do aço e ferro, sendo transferidas para os países “em desenvolvimento”, onde primava a baixa tecnologia e menos valia a mão-de-obra.

Em lugar das indústrias surgiram acelerados os processos de produção em miscigenação da disciplina científica, tais como:

- eletrônica do quantum;
- informática;
- biologia molecular;
- oceânica;
- nucleônica;
- ecologia e as ciências espaciais, dessas novas ciências surgindo as novas indústrias de computadores, de processamento de dados, aeroespaciais, petroquímicas sofisticadas e outras.

Na mesma época - década de 50 - surgiram a rota 128, fora de Boston, e o Vale do Silício, na Califórnia, com destaque em especialistas em física no estado sólido, engenharia de sistemas, inteligência artificial e química polimérica.

A eletrônica e os computadores invadiram o mercado que se tornou o maior do mundo, logo após os de ações, automóveis e produtos químicos, produzindo a economia de material primário e dando margem ao surgimento da indústria mais barata.

Os avanços do conhecimento materializado no poder de computadores e a produção acelerada pela robotização propiciaram o surgimento de inúmeras organizações comerciais que, controlando várias remessas, e empregavam milhares de pessoas, passaram a influenciar econômica e politicamente as nações, surgindo assim a economia mundial e sua globalização, sucessora da crise geral da indústria em seu todo, estruturada em tecnologia e comunicação que tornam a produção transnacional, e exige um sistema monetário da era do jato.

Sob o aspecto antes referido, a economia globalizada, em face ao sistema de produção, é impossível sem o monitoramento do computador e do satélite, que propiciam a visão imediata do que se passa no mercado de ações e comodities em Hong Kong, Manilla ou Singapura, Bahamas, Ilhas Cayman e Nova York.

## **2.2 - A Teoria do Desenvolvimento - Evolução da Globalização - Enfoque Econômico e Político**

Sem dúvida a ciência, a tecnologia e as comunicações reestruturaram os mercados mundiais, propiciaram uma enxurrada de redes de bancos, criaram

um padrão de moedas extra-estado, dinheiro e crédito fora do controle de qualquer governo individual, com afronta em todo mundo aos padrões monetários e nacionais. A primeira manifestação teria ocorrido sob a denominação de “eurodólares” nos idos de 1975.

Nos dias atuais os “euros” e “dólares” propiciam aos bancos que lidam com tais moedas supernacionais, a liberdade para a emissão de crédito ilimitado, não estando obrigados às reservas de numerário.

Tais estabelecimentos hábeis na captação de recursos, emprestando a taxas baixas, expõem os países que os abrigam a permanecerem ao sabor das retiradas súbitas do numerário volátil, o que sem dúvidas compromete toda a economia.

E isto ocorre em cada canto do mundo e as economias frágeis dos países emergentes se vêm expostas às “bolhas especulativas” - ou melhor capitais flutuantes, transnacionais e suas estruturas - de segunda etapa - ou de economia industrial, não suportam os abalos econômicos e flutuações.

A ordem econômica, seja dos países pós-industriais ou daqueles de economia emergente, necessita de uma reestruturação para fazer face às formas de concorrência geo-econômicas que se globalizam com celeridade. Registram os especialistas que a última queda da economia mundial, deu-se com o terror nazista na Alemanha.

Entretanto, atualmente, o nó górdio da economia global centra-se na região asiática do Pacífico, vez que mais aquecida do ponto de vista econômico, e mais instável sob aspecto político-militar e na qual concentram-se armas nucleares de avançada tecnologia - Cazaquistão, Índia, Rússia, China e Coréia do Norte.

Politicamente, a Índia está seccionada pelo fanatismo e pelas insurreições armadas, mas vem se projetando em face à multiface tecnologia que ali se dá; a China, possui força aérea com considerável raio de ação tais como os caças Suknois, com capacidade de reabastecimento no ar, mas sua marinha ainda é carente de porta-aviões enquanto sua expansão e capacidade econômica causa perplexidade no mundo ocidental; Taiwan, recebe o poderio militar Chinês e aquisição da tecnologia nuclear; enquanto o Japão que não desejava, até recentemente, subscrever o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP). Eis o quadro dos países que ocupam o globo, sob o aspecto tecnológico e econômico.

A tecnologia trouxe a televisão interativa que, simplificada, tolherá o poder político da comunicação única via, com o que serão abordados e por vezes confrontados ou contestados os detentores do poder de mando, propiciando uma forma inclusiva e integral da atuação representante-representado. Por outro lado, as televisões por cabo conectado com satélites de transmissão desafiam as elites políticas e transformam a luta partidária, na medida em que os eleitores passam de forma mais estreita a integrar os debates políticos.

Associados aos engenhos tecnológicos, burocratas e políticos travam incessante batalha entre esquerda e direita, em autêntica contestação, de Paris a Bonn, de Tóquio a Washington, e na medida que interfere o poder político dos meios de comunicação trava-se trifásica luta pelo poder, sendo os atores os parlamentares, os burocratas e os comunicadores.

Não bastassem os aspectos tecnológicos em si, como reflexos ou materializações da "indústria do conhecimento", geradora da transformação social, seus reflexos nas comunicações propiciam o proselitismo religioso, a propaganda política, a cultura popular sem fronteiras, todos estes fatores disseminados por satélite de transmissão direta e outros sistemas, que abalam a cultura mundial, globalizam o homem, que passa a conhecer e integrar o mundo, ao tempo em que se enfraquecem fronteiras políticas e países anfitriões. A tecnologia própria das redes digitais trans-fronteiras tais como Greenet, Glasnet, Peacenet, Altnet, une ativistas em noventa e dois países, desde a Tanzânia e a Tailândia aos Estados Unidos e ao Uruguai.

Em contrapartida, os congressos parlamentares e tribunais lentos são produtos da etapa primária e os líderes militares e civis poderão ser surpreendidos e o próprio princípio democrático pode ser ameaçado de extinção em face ao atraso tecnológico.

Assim, em ordem de assegurarem-se quanto à rentabilidade dos avanços tecnológicos, a cada passo novos investimentos surgem, gravando cada vez mais a economia industrial dos países emergentes, que devem se beneficiar de tal recorrência e investir em ciência e tecnologia, vez que na transição da economia nacional existe espaço para a conjugação das duas faces já referidas, basta que haja vontade política, operosidade e atuação da coletividade

### **2.3 - A Regionalização, Conceituação Político-Social - Influências Econômicas - Aspectos Geopolíticos**

Após a II Guerra Mundial, como única economia saudável os Estados Unidos da América detinham o monopólio dos produtos industrializados, automóveis, aparelhos domésticos, maquinarias e manufaturas, e com a recuperação do Japão, os produtos de ambos os países se tornaram competitivos.

A partir de 1970, o Japão transferiu a indústria para as economias asiáticas menos desenvolvidas e passou a competir com os Estados Unidos em precisão e qualidade, ao tempo que propiciava grande investimento no Sudeste Asiático, estimulando-lhe o desenvolvimento. Com o aproveitamento de técnicas próprias associadas ao desenvolvimento aurido com o aproveitamento de pontas tecnológicas, o Sudeste Asiático tornou-se grande exportador e com o ingresso da China costeira, o mercado passou a ser ainda mais competitivo, o que reclamou um política protecionista interna nos Estados Unidos e na Europa.

As tarifas e quotas aduaneiras em número de quase três mil incidentes sobre calçados, roupas, produtos agrícolas e alimentícios, sobre os produtos comercializados livremente com Canadá e México através do NAFTA fechou-se em termos ao mercado asiático, vez que o protecionismo monetário americano subvaloriza o dólar e aumenta o custo da importação. A Europa subsidia a agricultura japonesa, a indústria aeroespacial e eletrônica ao tempo em que os países asiáticos ensaiam a criação de um bloco econômico próprio.

Críticas se voltam aos blocos econômicos ou zonas de livre comércio quanto à abrangência para produtos patenteados, tais como tecnologias ambientais e o protecionismo das zonas livres de comércio que provocam conflitos desastrosos. Acena-se que deram causa à ascensão do fanatismo religioso dos fundamentalistas no qual se exercita minorias extremistas través da denominada Nova Cruzada Unida em Jihad ou Guerra Santa contra o poder cristão com adeptos fascistas na Europa Ocidental e Nordica. Na Rússia fascista aborda-se o cristianismo ortodoxo como pretexto, enquanto na Índia os pogroms hindus são realizados contra muçulmanos e no oriente pratica-se o terror em honra ao Islã.

Assim, as economias nesta terceira etapa da civilização têm no secularismo um inexplicável ressurgimento da religião e do fundamentalismo, a submeter a civilização da segunda etapa - industrial - que está sendo crucificada por atos

terroristas como que em escala mundial. Busca-se na religião algo para substituir a fé que foi sacrificada pelo marxismo e o cientificismo da segunda etapa.

Várias explicações podem ser encontradas para os fatos antes mencionados tais como conduzem os europeus à fúria do racismo; corrupção e fracasso das formas democráticas a comandar as ex-repúblicas soviéticas de retorno ao autoritarismo ou mesmo o fanatismo muçulmano e o sectarismo do povo israelita.

Entretanto, tais demonstrações são alimentadas por demagogos em favor da violência, a exemplo do que ocorre nos Balcãs que convive com o conflito etno-religioso; violência e miséria total se originam do conflito desta era, provocados pela ascensão de uma revolucionária civilização que produzirá a triseção do sistema mundial o que Alvin Toffler denomina de Primeira Onda, Segunda Onda e Terceira Onda que contêm em cada uma seus conflitos, suas elites, seus interesses vitais e marcantes a repassarem a cada uma das etapas.

Por certo que a fase tecnológica acelerou de forma generalizada a produção, seja na engenharia, na fabricação, na pesquisa, nas vendas, no treinamento, nas seções de pessoal em todos os departamentos e filiais das companhias e propiciou a aceleração das decisões, gerando compra e venda mais freqüentes, consumos mais velozes, produção em massa e, por conseguinte, o gerenciamento sincronizado, centralizado, maximizado e concentrado e mais eficaz. Entretanto, a praça do mercado e do trabalho subdividiu-se em regiões menos e mais variadas.

Assim, as zonas comerciais exclusivas foram criadas, iniciando-se na Europa, com o Mercado Comum Europeu e com o ensaio menos significativo nos Estados Unidos e Canadá, com o Afta e, após a adesão do México, Nafta, e na América do Sul a reunião do Brasil, Argentina, Paraguai, Chile, Uruguai, Bolívia, com o Mercosul, formas de amenizarem-se os efeitos de uma economia globalizada e com vistas a que não sejam os países menos desenvolvidos colonizados, já agora pela acelerada produção tecnológica.

No Brasil nota-se sensível transformação na economia, com a alteração mesmo de seu sistema, que já se incorporou à produção transnacional, e seu maior parque industrial, sediado em São Paulo, está sendo transferido para outras áreas, tal como a região Centro-Oeste e com previsão para o Nordeste “moderno” que passará a abrigar as indústrias da “segunda onda”. Tal fato tem merecido

preocupações de ordem demográfica e psicossocial, seja com relação à área que sedia o resíduo do “ABCD Paulista” ou com a massa de metalúrgicos que vêm sendo substituídos pelos robôs, superando a mão-de-obra pela tecnologia importada dos países desenvolvidos, disto resultando o desemprego em massa.

Recomenda-se a reeducação ou readaptação do pessoal em outras áreas, seja onde as indústrias foram sediadas, ao mesmo tempo em que se preconiza que todo o parque industrial não seja remanejado e se proceda ao seu direcionamento à indústria da terceira etapa (tecnológica), a qual por dispensar mão-de-obra primária, nem por isto há de tornar o operário obsoleto, posto que a técnica, ainda que aurida, desenvolvida e aperfeiçoada pelo homem, que deve ser o princípio, o meio e o fim de toda atividade produtiva, iniciando-se com o homem seja operário ou técnico e encerrando-se com o mesmo homem, consumidor.

Por outro lado, salienta-se que no Centro-Oeste do país a indústria agrícola propicia a multiplicação massificada dos grãos, em escala que impulsiona o desenvolvimento dos transportes, impondo-se a integração das malhas rodoviária-ferroviária à rede de transportes aquaviários, com a integração dos portos. De tal sorte, o desenvolvimento da rede multimodal de transportes é necessária para fazer face ao escoamento dos produtos, sejam agrícolas ou não, ao tempo em que se interrelaciona o progresso e propicia a formação de núcleos populacionais, o que gera a expectativa promissora do esvaziamento das periferias e mesmo dos centros urbanos.

Minorias étnicas reafirmam suas identidades e exigem direitos, mesmo no Japão surgem os sinais da desmassificação. Colhe-se a propósito o pensamento de Mazake Takane, sociólogo da Universidade de Sofia: “Tenho sido obsedado por uma ansiedade ... a sociedade japonesa de hoje perde rapidamente sua identidade e está se desintegrando ...”.

Sem margem de dúvida que o nacionalismo em confronto com a alta tecnologia volta-se para o regionalismo, que por sua vez conflita com os meios de comunicação, posto que ao contrário da cultura de massa, está a desmassificá-la, e isto é parte do desenvolvimento, tendo em vista a diversidade das formas de energia e os avanços da produção acelerada.

O que acima se contém dá conta de que o conhecimento humano, através da tecnologia, propiciou aceleração da produção e deu luz à globalização da

economia enquanto que a mesma tecnologia, acelerando a comunicação, faz ressurgir os valores étnicos regionais.

De tal sorte que a globalização e a regionalização, frutos do mesmo avanço do conhecimento e engenhosidade humana, refletem situações e perplexidades componíveis e que se voltam à realidade desta fase por que passa a civilização.

A formação das zonas exclusivas de comércio decorre de aceleração da produção, associada ao interesse dos governos em evitar os reflexos de uma economia multinacionalizada que os conduzissem à dependência sócio-política.

Uniram-se como já assinalado a Europa, a América do Norte, o Sudeste da Ásia e a América do Sul, através de acordos abrangentes com indicação clara de um movimento de natureza protecionista voltada efetivamente a cada um dos integrantes dos blocos regionalizados e potencialmente concentradores da política aduaneira recíproca e operante nas áreas de livre comércio.

A proteção tarifária destinada a produtos industriais ou agrícolas, visa suavizar o impacto da competitiva importação dos mesmos produtos, impõe o gerenciamento de tarifas flutuantes, com as quais pode ser regulado o escoamento dos produtos oriundos dos países integrantes dos diversos blocos, com o que se pretende uma unidade de orientação em prol do crescimento e do comércio exterior.

O estabelecimento das zonas exclusivas de livre comércio, em verdade não diferem dos blocos econômicos, vislumbrando-se entre primeiros no AGREEMENT FREE TRADE, depois NORTH AMERICA FREE TRADE AGREEMENT, e na COMUNIDADE COMUM EUROPÉIA, no MERCOSUL e no acordo dos países asiáticos - denominados Tigres Asiáticos - idêntica finalidade, qual seja a busca de maior liberdade de ação no comércio internacional e o tratamento recíproco entre os integrantes dos blocos ou zonas comerciais. Até mesmo as obrigações recíprocas, tais como as condições impostas ao regime democrático de governo dos tais integrantes, a proteção das marcas, produtos e seus processos através de garantia à patente, verificam-se condições de índole política e mesmo de índole econômica e política.

A propósito fica claro que a proteção à propriedade industrial, com o respeito à patente constituída no exterior - seja através de registro ou mesmo pelo acolhimento da notoriedade da procedência - extrapola a proteção

econômica e revela uma parcela sensível de renúncia ao exercício do direito à marca em face à precedência ou anterioridade do produto em país estrangeiro.

A garantia à propriedade industrial ou intelectual sempre foi do domínio do direito inter-nações, seja em face à observância de acordos internacionais, seja em face à subsunção das leis nacionais que resguarda-lhes “voluntariamente” o direito, como ocorre no atual CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Assim, o crescimento somente pode ser alcançado com o desenvolvimento e, às vezes, em face à existência dos acordos internacionais até aqui citados, estará este em parte comprometido com a patente reconhecida a cercear a inovação ou criatividade e a gerar uma subserviência, especialmente no plano da indústria de medicamentos que se vê sufocada com a patente dos produtos farmacêuticos e seu processo.

O mesmo se pode afirmar com relação ao sistema financeiro com o favorecimento de “holdings” que operam com bancos, empresas de seguros e seus serviços correlatos, que já se expandem com a globalização das economias e até expõe a risco a política econômica de cada Estado, cuja soberania molda-se à sistemática do convívio internacional, que lhe impõe - não isoladamente - e a todas as demais nações a adequação de seus primados, sem que isto importe na quebra ou submissão de seu poder. O poder das nações exercita-se tal como os direitos individuais, assim a soberania de cada Estado na fase atual comporta-se reciprocamente, no respeito à idêntica soberania das demais nações, e a eventual aparência de estar uma nação a subordinar-se é virtual e não efetiva, haja vista que o ser soberano, no sistema atual, impõe em ser cooperativo, disto se inferindo fortalecimento e não a ruptura do poder.

Certo é que a união das soberanias jamais pode ser entendida como enfraquecimento posto que tudo que se soma é positivo, à exceção das alianças das nações em períodos de guerra, hipótese em que o resultado dos esforços das nações soberanas, por maior exercício de lógica que se faça, produz “soma zero”.

No domínio militar dos países desenvolvidos já se tem a conquista do mais potente meio de destruição com armas de tecnologia ultramodernas, mas a mentalidade de seus integrantes é ainda pré-tecnológica e, até mesmo, tribal e bárbara, onde impera o princípio da soberania nacional oriunda de concepções

ultrapassadas quanto à existência de um território sagrado que há de ser defendido a todo custo.

Enquanto isto, milhares e milhares de clandestinos, refugiados dos mais longínquos recantos e à procura de sobrevivência, invadem as fronteiras de qualquer país e ali se constituem em periferias as mais promíscuas e levando o ser humano a um estado de total indigência, expondo a toda ordem de riscos e conflitos as sociedades locais e “soberanas”.

Na fase atual da civilização o conceito tradicional de soberania mostra-se insuficiente para refletir a projeção do Estado, mormente quando se considera que, sob os enfoques econômico e tecnológico, as nações são unificadas pelo mesmo objetivo e tal unificação reflete o somatório das soberanias com vistas à comunhão dos interesses de cada um dos Estados partícipes na busca de metas que reflitam seus interesses, seja da ação conjugada econômica, tecnológica, psicossocial ou militar.

## **CAPÍTULO III**

### **A ESTRUTURA DO PODER NACIONAL NO SÉCULO XXI**

#### **3.1 - A Influência da Globalização e as Teorias dos Estados Nacionais**

O processo de globalização da economia ressuscitou o neoliberalismo econômico sob a forma de práticas políticas, a que denomina Milton Friedman como a “terceira maré”, o que permite a comparação com a “terceira onda” do sociólogo Alvin Toffler - e ambos associam à globalização três eventos: o nascimento do liberalismo econômico, a revolução industrial e seus reflexos pós-industriais e o modelo da democracia da revolução americana, sendo estes fatos distanciados no tempo aglutinados na nova ordem econômica. Segundo Friedman, a “primeira maré” surgiu com a Declaração de Filadélfia, a segunda com o coletivismo que exorbitou a intervenção do Estado fermentado pela idéia do coletivismo dos ingleses em 1883, o que é refutado por alguns que atribuem ao Manifesto Comunista de 1848 o ressurgimento do liberalismo econômico. Friedman acentua três características a cada uma das marés: primeiro, elas surgem como produto intelectual em desafio crítico às doutrinas

sociais e econômicas; e, segundo, levam muitas décadas para se transformarem em práticas políticas; a propósito: a pregação de Adam Smith quanto ao livre comércio na ocasião de sua publicação foi tida como uma utopia, somente 86 anos depois a Inglaterra aboliu a Lei do Milho e assinou com a França o Tratado de Cobden, de livre comércio. Decorrido mais de um século, a Europa une-se.

A terceira característica das marés é a sucessão em cascata, sendo a seguinte maré logo após o apogeu da antecedente, como ocorre com as ondas do mar. A maré neoliberal surgiu após o apogeu do Estado intervencionista, com o estertor coletivista do nazismo e do comunismo que fez eclodir o neoliberalismo no poder político induzido pelo neoliberalismo econômico dos quais surgiu o capitalismo democrático, marcado pelo fim da Guerra Fria e com os pressupostos da sustentabilidade e universalidade, que foram enfatizados no discurso liberalista político de Francis Fukuyama.

Do que até aqui se verifica, a globalização na área econômica e seu reflexo na esfera transeconômica, a regionalização, estão a evidenciar a necessidade da personalização, vez que na fase atual da civilização inexistente o exagero do mecanicismo que impunha a sincronização do homem e da máquina. Ocorre nos dias atuais certa flexibilização da vida social, induzindo a que tanto a pontualidade quanto a moralidade, tornem-se situacionais.

No que pertine às estruturas políticas, a ruptura dos padrões está a motivar a desintegração e o surgimento de uma profusão de estilos de vida e personalidades, altamente individualizadas, o que concorre para a formação de um povo pós padronizado, em consequência do que a descentralização propicia exploração de novas potencialidades, a exemplo do que ocorre com o Estado, que através do esvaziamento da sobrecarga de funções, volta-se às finalidades essenciais básicas.

Verifica-se na estrutura do Estado atual a aplicação da temática do “faça você mesmo”, não mais assumindo o Estado o papel preconizado por antigos estadistas que lhe atribuíam funções privatistas.

**Albert Dicey**, autor do livro “The law of the constitution”, leciona que a reforma da estrutura legal da Inglaterra objetivou a independência individual e a justiça social, colhendo a crítica de **Henry Mayne** no sentido que o individualismo já não é mais válido em face ao pós-industrialismo, surgindo os

neoliberalistas como **Francis Charles Montagne** (1858-1935), que no seu livro “The limits of individual liberty” afirma que a livre competição expõe os mais fracos e a degradação destes expõe o conjunto da sociedade. **Thomas Hill Green** prega o mesmo individualismo e o valor absoluto da pessoa como fonte e origem das comunidades humanas e a liberdade algo positivo que se volta ao exercício das ações meritórias.

À concepção positiva opõem-se **Locke** e **Mill**, baseados em **Hobbes**, afirmando que a liberdade tem um sentido negativo - ausência de impedimento. E, no contexto do Estado, **Hobbes** não se contenta com o Estado mínimo, por ver na função estatal a remoção dos obstáculos ao desenvolvimento humano.

Os intérpretes modernos de Green vislumbram em sua tese a conjugação dos direitos e liberdades individuais que se enfatizam na igualdade de oportunidades sem qualquer conotação socialista e tais intérpretes na França viram na tese de Green o republicanismo surgindo como uma de suas variantes. Sobressaem, dentre outras, as teses de **Simon, Renouvier** e **Ferrew**, sendo do primeiro a pregação do voto universal, governo responsável e liberdades cívicas.

Na Grã-Bretanha, o neoliberalismo de tendência social baseou as instituições de serviço público, precursoras das campanhas de direitos humanos, deixando claro ser o individualismo o cerne da teoria neoliberal. Analisando a anomia pelo curso da civilização urbano-industrial, **Émilie Durkheim** defende a sociedade através das associações profissionais, mantendo-se fiel à base dos valores individuais em réplica ao endeusamento do Estado alemão. **Leon Duguit** (1859-1928) se identifica com **Durkheim** para quem a associação da sociedade civil conflita-se com o tema soberania, ocupando o serviço público o lugar desta, tais conceitos são entrelaçados na teoria política e na filosofia jurídica.

Conveniente frisar que **Durkheim**, discípulo de **Augusto Comte**, não se apresenta como socialista, no sentido de que para este a organização da sociedade moderna está inserida na ordem econômica e sim na conjugação do fator moral e econômico, assim a estrutura da vida coletiva residiria na integração dos atores do cenário social em comunidades dotadas de autoridade moral e portanto educativas. Pode-se inferir de seu pensamento a busca da conciliação nas reivindicações dos operários e o aperfeiçoamento da condição dos trabalhadores preconizados pelos socialistas no afã de amenizar as desigualdades sociais, através de reformas econômicas. A idéia central do socialismo é da

reorganização consciente da vida econômica, com a transferência do protesto das desigualdades da ordem política para a econômica.

Entretanto **Durkheim** a questão social reflete-se na problemática econômica e moral, marcante passagem de seu livro “Le Socialisme p. 78” é transcrita por **Raymond Aron**. “Les Étapes de la Pensée Sociologique” - 4ª edição novembro de 1993, “verbis”:

*“Se não nos enganamos, esta corrente de piedade e simpatia, sucedânea da antiga corrente comunista, que vamos encontrar geralmente no socialismo atual, não passa, nele, de um elemento secundário. Completa-o, mas não o constitui. Em conseqüência, as medidas que são tomadas para conter o problema social deixam intactas as causas que deram nascimento ao socialismo. Se as necessidades que este último traduz são fundadas, não será possível satisfazê-las dando alguma satisfação a estes vagos sentimentos de fraternidade. Ora, observem o que acontece em todos os países da Europa. Em toda parte há uma preocupação com o que se denomina questão social, e um esforço para dar-lhes soluções parciais. Entretanto, quase todas as medidas que são tomadas com este fim são destinadas exclusivamente a melhorar a sorte das classes trabalhadoras, isto é, respondem apenas à tendências generosas que constituem a base do comunismo. Parece que se considera mais urgente e mais útil aliviar a miséria dos operários e compensar com liberalidades e favores legais o que há de triste na sua condição. Há uma disposição para multiplicar bolsas, subvenções de todo tipo, para estender na medida do possível o âmbito da caridade pública, para fazer leis destinadas a proteger a saúde dos operários, etc, com o objetivo de diminuir o hiato que separa as duas classes, com o propósito de diminuir a desigualdade. Não se vê porém (e, aliás, isso acontece continuamente com o socialismo) que, ao proceder assim, toma-se o secundário pelo essencial. Não é testemunhando uma omlacência generosa com relação ao que ainda resta do velho comunismo que se poderá algum dia conter o socialismo, ou realizá-lo. Não é dando todos os nossos cuidados a uma situação que é de todos os séculos que se melhorará minimamente uma*

*situação que data de ontem. Não só passamos assim ao lado do objetivo que deveríamos ter em vista, mas até mesmo o objetivo a que nos propomos não poderá ser atingido pelo caminho que se segue. Porque será inútil criar para os trabalhadores privilégios que neutralizem em parte aqueles dos patrões; inútil diminuir a duração da jornada de trabalho, e até mesmo aumentar legalmente os salários, pois isto não satisfará os apetites despertados, que se reforçarão com os esforços que fizermos para acalmá-los. Não há limites possíveis para suas exigências. Procurar apaziguá-los, satisfazendo-os, é pretender completar o tonel das Danaides. Se a questão social pudesse ser posta verdadeiramente nestes termos, seria melhor declará-la insolúvel. (Le Socialisme, p. 78)."*

Sem dúvida que as funções econômicas carecem de ser submetidas ao controle público e moral com vistas à atuação do Estado, da família e dos grupos sociais ou profissionais, sendo estes últimos os mais hábeis, vez que intermediários entre o indivíduo e o Estado e devem ser dotados de autoridade e credibilidade moral necessária à disciplina que há de conter a ganância ou a usura que alicerça os anseios individuais.

No que pertine à democracia, dela afasta o conceito clássico para expressá-la como forma política na qual a conscientização do povo quanto às deliberações e o espírito crítico quanto aos assuntos públicos, com ênfase para a maximização da comunicação do povo e de seus governantes. Nota-se a preocupação de **Durkheim** com o sufrágio em dois graus, visando afastar os governantes das pressões das massas, preconiza a corporação da obra citada colhe-se quanto a solução para o choque entre os indivíduos e o Estado moderno, "verbis":

*"Há uma força das coisas contra a qual os melhores argumentos nada podem. Enquanto os arranjos políticos põem os deputados, e os governos de modo geral, em contato imediato com os cidadãos é materialmente impossível que estes últimos façam as leis. Por isso os bons espíritos sempre preconizam a constituição das assembléias coletivas mediante sufrágio, em dois ou mais graus. Os intermediários intercalados liberam o governo. E estes intermediários puderam ser instituídos sem que por isso se interrompesse a comunicação entre os conselhos governamentais. Não é necessário que sejam imediatos. É preciso que a vida circule*

*sem solução de continuidade entre o Estado e os particulares, e entre estes e o Estado. Mas não há motivo para que tal circulação não se realize através dos órgãos interpostos. Graças a esta interposição, o Estado revelará mais de si próprio; haverá uma distinção mais clara entre ele e o resto da sociedade, e por isto será mais capaz de autonomia. Nosso mal estar político tem portanto a mesma causa do nosso mal estar moral: a inexistência de elementos secundários intercalados entre o Estado e o indivíduo. Já vimos que esses grupos secundários são indispensáveis para que o Estado não oprima o indivíduo. Percebemos agora que são necessários para que o Estado se libere suficientemente do indivíduo. Pode-se imaginar que sejam úteis para os dois lados, pois de ambas as partes há interesse em que essas duas forças não estejam em contato direto, embora sejam necessariamente ligadas. (Leçons de sociologie, pp. 115-116)."*

Tais enfoques expõem a críticas quanto à concepção da sociedade e as diversas conotações que atribui o autor referido à mesma, seja como meio social, ou mesmo Estado (sociedade organizada) inspirado em paradigmas morais próprios; quanto à integração do homem numa sociedade cujo princípio maior é o respeito à pessoa humana e ao desenvolvimento de sua autonomia e assim consoante se enfatize um ou outro aspecto tem-se a interpretação conservadora ou não no sentido de liberal ou racionalista, na medida em que predomina o respeito à pessoa humana (conservador) e à medida em que predomina o respeito ao desenvolvimento de sua autonomia (liberal).

A filosofia política de **Max Weber** trouxe o sentido de que o poder da nação é ao mesmo tempo meio e fim, visto que garante a segurança, contribui para a cultura e o anseio pelo poder é visto como grandeza humana; o tema central da sociedade moderna é a racionalização da ciência, indústria e da burocracia por certo que o regime capitalista lastreado nos meios de produção, na concorrência do mercado esta equacionado racionalmente. Entretanto o fato é que a sociedade industrial atual já não comunga com a burguesia nem mesmo é essencialmente capitalista, haja vista para as transformações que assistimos com o crescimento da produtividade, a abertura ou distribuição das riquezas vez que a eficiência do trabalho independe das dimensões territoriais, o que não impede se reconheça o mérito da distinção razão histórica,

da racionalidade científica ou mesmo burocrática. Necessário esclarecer o que interpreta o autor citado por burocracia como a mais opressiva das dominações legais, delimitadora dos serviços e funções do Estado; a hierarquia das funções em sistema administrativo; a proteção aos funcionários (como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos Juizes); o ingresso no serviço público através de concurso; a progressão funcional e outras características - situações que na atualidade mostram-se vulneráveis, haja vista para o esvaziamento das funções do Estado, a exigir um quadro funcional dinâmico e mais flexível, sendo os serviços terceirizados à iniciativa privada.

O liberalismo social floresceu até 1940 com **John Hobson** e **Leonard Hobhouse**, que atentaram para a teoria orgânica com ênfase para o crescimento, vez que o investimento pode tornar-se excessivo em relação ao consumo, isto no que diz respeito ao liberalismo econômico e tal ênfase é refutada por **Keynes**, para quem o problema do mercado surge quando as poupanças ficam alheias ao investimento, discussão que reabre antiga condenação liberista.

Hobson e Hobhouse entendiam que os direitos concedidos pela sociedade tinham por finalidade o crescimento da individualidade, o que é contestado por parte dos neoliberalistas para os quais o livre coletivismo é atribuição dos sindicatos que condicionavam suas ações à busca do bem comum e não aos interesses individuais. Em suma os novos liberais pretendiam implantar o desenvolvimento do cidadão com base em auxílio do Estado, o que afastava o Estado mínimo ao tempo em que não se comportava na aceitação da estatização e mais se aproxima esta tese do liberalismo clássico do que do socialismo puro.

Entretanto, a tese antes referida serviu à esquerda na Itália onde **Piero Gobetti** proclama o ressurgimento da revolução socialista com o livro "The liberal revolution", e ao contrário **Gramsci**, obteve êxito, surgindo o liberalismo travestido de liberal-socialismo - o partido dell'Azione - ao qual pertenceu Norberto Bobbio.

O liberalismo de esquerda serviu à República de Weimar, cuja constituição em 1920 foi redigida por **Hans Kelsen** (1881-1973), que restaurou a tradição do positivismo jurídico, a natureza normativa do direito e o Estado como a ordem jurídica única. A teoria de Kelsen foi apropriada por **Jellinek** que adaptou o conceito de Estado ao princípio dualístico - um corpo de leis do Estado e uma instituição social. Em face à teoria dualística os marxistas se equivocaram contrapondo o conceito de Estado ao conceito de sociedade.

**Carl Schmit**, partindo da identificação da sociedade com o Estado, apresenta alteração substancial de suas condições socio-políticas e sua imutabilidade, ao argumento de que o Estado total devia ser politizado em sua constituição. Enriquecendo a noção de Kelsen quanto à formação da democracia que identifica com autonomia, isto importando no governo identificado com seus destinatários, sendo ela pluralista e adequada a determinada cultura com o que se apresenta o Estado democrático na teoria de Kelsen. Em 1931, **John Keynes** reconstruiu o liberalismo baseado em três premissas: eficiência econômica, justiça social e liberdade individual, direcionando-se mais para o liberalismo ortodoxo em seu livro "The end of laissez-faire". Com a sobrecarga econômica da Alemanha após a guerra, expondo a risco a democracia e o capitalismo, foi aplicada a política keynesiana.

Após a segunda metade deste século, os neoliberais retornam à discussão em torno da teoria política, já agora associada à economia, denominada neoliberalista, que por considerável lapso de tempo foi aplicada em face à **limitação do poder político em deter o fluxo da economia**. Em 1960, Friedrich August Von Hayek desafia a teoria política com seu livro "Os fundamentos da liberdade" e a pretexto de moldar o mundo e o progresso evolucionista, prega o afastamento do Estado dos fatos econômicos, destinando-lhe prover a estrutura para o Estado e subsidiar serviços que não possam ser fornecidos pelo mercado. Defende os princípios da indivisibilidade da liberdade, entretanto condicionada à liberdade econômica; da sociedade abstrata; quanto ao fator psicossocial entende ser inapto para a elaboração das normas dos membros da sociedade abstrata, afasta a democracia majoritária, denominando o regime de governo "demarquia".

Já o sociólogo **Raymond Aron** diferencia os Estados modernos pela ordem política caracterizando o regime capitalista como a soma da crescente divisão do trabalho, da acumulação do capital para investimento e da independência da empresa. Apresenta o regime constitucional mediante competição pluralista; o monopólio do poder, garantia da liberdade, segurança; liberdade de opinião. E quanto aos objetivos do Estado, mais voltado à mobilidade social do que à liberdade no trabalho.

No que pertine à ordem internacional, apresenta um contrato de direito civil e de direito social, ditos como créditos.

Enfatiza **Ralf Darendorf** a luta pelo poder, da qual o conflito econômico é uma das variantes, enquanto que o conflito social se trava entre os defensores de mais escolha (voto qualificado) e aqueles que demandam mais direitos. Para a solução de tais conflitos, apresenta sociedades civis, com capacidade de trânsito em todo o globo. Em 1971 os liberalistas adicionaram a seus discursos a teoria dos direitos e do contrato social. **Rawls** associa à liberdade independência e direitos políticos, abrindo espaço ao regime liberal socialista.

**Robert Nozick** considera que os dotes individuais e seus reflexos, são riquezas a serem distribuídas pelo Estado; defende o Estado mínimo para fazer frente aos anarquistas; a legitimidade política como exigência absoluta.

Já **Noberto Bobbio** prega a social-democracia como transferência da democracia representativa; adota democracia direta e o processo de tomada de decisões fora do Parlamento. Apresenta o Estado com cinco características: ambiente policrático; limitação do poder estatal; pesos e contrapesos constitucionais; súditos participantes; democracia no sentido mínimo; respeito ao direito das minorias e à livre expressão.

Desejável seria um aprofundamento do pensamento político e estrutural do Estado em face a cada um dos autores até aqui citados, entretanto extravagante ao conteúdo deste modesto trabalho, o qual baseado em princípios gerais não comporta aprofundada análise das diferentes teses aqui suscintamente citadas e veiculadas na Obra “Les Étapes de la Pensée Sociologique” - **Aron, Raymond** - 1905 - 1983 - 4ª Ed. - São Paulo - Martins Fontes.

### **3.2 - Aspectos Positivos e Negativos - Coexistência dos Fatores Abordados**

As instituições internacionais que não se incorporarem aos fatores de poder que decorrem dos avanços da tecnologia cairão na obsolescência, tais como a ONU que se mostra um clube de Estados, fortemente influenciada por participantes não associados, como empresas globais, movimentos políticos, religiosos, grupos para-éticos que demandam por uma organização mundial segundo linhas éticas.

Ainda como reflexo da tecnologia da qual deflui todo o fenômeno deste final de século e visa-se implantar no próximo, evidencia-se a interdependência

pacífica preconizada pelos geo-economistas que apresentam como exemplo a Alemanha e a Grã-Bretanha, antigos inimigos, hoje contratantes. Por outro lado, o fator interdependência, ao lado dos elos entre os Estados, por tabela, complica-lhes o trânsito em razão de decisões que nem sempre logram atender a todos os integrantes de uma comunidade econômica.

Por certo que as medidas adotadas pela “Dieta Japonesa” podem impactar a indústria de automóveis ou os investidores de imóveis americanos, muito mais do que as decisões do Congresso daquele país e vice-versa. A alteração da fibra ótica nos Estados Unidos quebra o valor do cobre do Chile e provoca a instabilidade de Zâmbia, países dependentes de receitas do cobre.

A política de proteção à flora no Brasil influencia o mercado de madeira na Malásia e pode até mesmo gerar crise interna entre o Governo Central e os sultões de várias regiões. Quanto mais interativa a interdependência mais intensas as conseqüências, inobstante a complexidade das inter-relações até mesmo para os especialistas que não percebem as conseqüências das decisões bi ou multilaterais.

O novo sistema de criação de riquezas, embora embebido das condicionantes das Zonas de Paz, a saber: crescimento econômico; inviolabilidade das fronteiras; estabilidade política; termo e órgão para consultas em negociações, apresenta-se duvidoso, vistas as considerações anteriores o indicarem como fato gerador de problemas a serem superados ou confrontados.

A própria natureza da civilização com seus inafastáveis conflitos aliada à proliferação de armas nucleares, não aponta para a existência da paz geoeconômica ou uma zona de paz democrática e sim para o eventual conflito entre nações e risco de guerra entre pequenas e as próprias grandes potências.

As revoltas e guerras internas e internacionais sempre pautaram a vida da civilização, seja da etapa agrícola, seja da industrial, cumprindo nesta atual assinalar o borbulhante risco por parte dos países ricos. Desfeita a União Soviética, os Estados afluentes mais próximos da Europa Ocidental, países bálticos e a Ucrânia, se apresentam como precursores da ruptura do eixo soviético e, nesta fase da indústria, as elites burocráticas dos partidos comunistas se alinham na expectativa de integrarem a Europa Ocidental, enquanto que as repúblicas mais pobres independentes permaneceram visando proteção em Moscou.

Na China, as províncias costeiras já industrializadas ligadas à economia global podem enxergar Hong Kong, Taiwan e Singapura como elites com tendências independentes ligadas às comunidades étnicas de Vancouver, Los Angeles, Jacarta, Kuala Lumpur e Manilha. Evidencia-se uma certa resistência aos editos econômicos do Governo Central em Beijing, vislumbrando-se uma possível quebra da China e com apoio de Japão, Coréia e Taiwan que ostentam enormes investimentos em jogos e outras atividades a eles subordinadas: tráfico, contrabando, contrafação.

Assinala-se a possibilidade de tais conflitos explodirem em violências e as conseqüências decorrentes da posição de cada nação na economia global de mercados protecionistas.

Entretanto, as tensões internas causadas pela revolução pós-industrial em face a não alteração da base energética e do acompanhamento tecnológico e científico, propiciam o surgimento de economias subnacionais ou regionais (muitas delas decorrentes da organização da criminalidade, denominadas sociedades paralelas), campos propícios ao separatismo e à formação de grupos étnicos, sociais, ou religiosos, reafirmadores das individualidades e isto dificulta a atuação, vez que estruturado em organização que se mostra incapaz de identificar as dificuldades e os problemas regionais.

Quanto à coexistência dos fatores positivos e negativos, fato é que a civilização, neste final de século, mostra uma evolução em todas as áreas do viver humano, sendo impossível não vislumbrar uma revolução no campo político.

Considerando a obsolescência de todos os instrumentos de que dispomos para as decisões coletivas, é mister concluir que, assim como a era industrial não pode ser governada com o resíduo do aparelho estatal do feudalismo, hoje não dispomos de mecanismos políticos, para suportar a estrutura estatal.

O Estado democrático no século XXI exigirá uma reestrutura que radicalmente fará ruir os maxi-ministérios e seus (agregados) serviços públicos, o sistema judiciário (Constituição). Isto não importa na afirmação de que a atual estrutura seja deformada ou maléfica, e sim que ela já não atende às necessidades de uma organização econômico-social, radicalmente diversa da que lhe serviu de base e existência.

E a reestrutura envolverá pensadores (arte-engenho), operosidade, e acima de tudo um processo pacífico e que acompanhe a realidade com muita dose de flexibilidade das elites. Isto não se pode operar de forma precipitada sob pena de ruptura do equilíbrio econômico, em face às ações dos radicais.

A vida política de uma nação que reflete a organização do governo, deve pautar-se em tendências básicas das quais destaca-se o poder das minorias, ao contrário do princípio legitimado das maiorias que orientou o século atual. Assim, em franca contradição ao conceito do governo das maiorias a que se adaptaram as nações industrializadas, vez que acentua-se a dificuldade de mobilização das maiorias ou mesmo coligações de partidos para referendar através de leis e atos normativos as decisões políticas centralizadas. E tal fenômeno se evidencia no Brasil, cujo presidente não logra mobilizar o Congresso e obter, seja ou não através de coalizações, maioria para a aprovação de metas comprometidas em seu programa de governo.

Não só no país ocorre tal, a Itália ficou sem presidente por seis meses consecutivos e a Holanda por cinco, e isto ocorre porque as elites exigem a maioria. Nos Estados Unidos, os conservadores afrontam - através do silêncio - as demandas das minorias. O consenso político é tão difícil de ser obtido em qualquer parte do mundo, seja nos Estados Unidos da América do Norte, onde os neo-conservadores consideram-se a "América Mediana", seja na Europa Ocidental, onde partidos socialistas afirmam falar em nome das "massas trabalhadoras", e tal ocorre em face à sociedade atual e estratificada onde milhares de minorias, muitas transitórias em razão de padrões móveis, se amalgamam num consenso de 51% (cinquenta e um por cento), com o que enfraquece-se a própria legitimidade dos governos constituídos.

Sem dúvida que a luta pelo governo da maioria foi o lema da civilização dos anos antecedentes, que no final do século tem por desafio conquistar a maioria libertadora dos países em desenvolvimento, e isto ainda permanecerá por muito tempo vez que esta maioria é constituída de pobres.

Concomitante às economias industriais e mesmo agrícolas, temos os países de economia pós-industrial onde lamentam os sociólogos, os verdadeiramente pobres não mais detêm os 51%, em face à desintegração da sociedade de massas. Mas isto é mero reflexo do desenvolvimento que têm de reconhecer a evolução e alterar suas instituições consoante a nova ordem já

desenvolvida e justificar a democracia com base minoritária, que podem contribuir para uma civilização segura e estável.

A falta de instituições políticas adequadas aguça o conflito das minorias, tornando-as intransigentes, com o que não se alcança o consenso. O direito de voto não mais se comporta com o simples “sim” ou “não”, hão de identificar-se trocas potenciais, através da indagação direta, para que o eleitor se incorpore ao processo de tomada de decisão política.

Argumenta-se que, além da vinculação direta do representado para com as decisões políticas, a utilização da votação cumulativa registraria a preferência e a gradação da escolha do eleitor.

No século XXI, através da tecnologia das comunicações, será possível o registro das opiniões em votação cumulativa, já utilizada pelas companhias para proteger acionistas minoritários, adotando-se estruturas partidárias modulares que sirvam às mutáveis ligações.

Aventam os sociólogos ante citados com a possibilidade da nomeação de “diplomatas ou embaixadores” para mediação entre minorias dentro de cada país; com instituições semipolíticas para coadjuvar minorias profissionais regionais dos mais variados segmentos da sociedade, com a finalidade de eliminar todo o conflito em face a alvo a ser alcançado, exemplo disso, que se pode citar nos dias atuais, são os “juízos arbitrais”.

**Theodor Becker**, professor de Direito e de Ciência Política da Universidade do Haváí, sugere a criação de jurados para as decisões em defesa da probidade dos gastos públicos e outras questões de interesse da comunidade. Em verdade as permutações trazidas pela tecnologia das comunicações são extraordinárias e as alternativas para as opções políticas abrem-se para todas as áreas de decisões que possam fluir da própria comunidade.

Preconiza-se a opção pela democracia semidireta, misto de democracia representativa e democracia exercida diretamente pelo cidadão, em face ao colapso do consenso que desvirtua a representatividade. Do que linhas atrás se infere, basicamente os congressos, as câmaras e as assembléias, açodados pelas pressões políticas, tornam-se intransigentes e a longo prazo muitas das decisões promanadas de pequeno número de pseudo-representantes, devem se deslocar gradativamente para o eleitor.

A democracia não estará garantida com a descentralização política tão-somente, vez que tanto podem ser corruptos, políticos locais como políticos nacionais, mas o que impede se proceda é a redistribuição racional da tomada de decisão.

Por outro lado, devem estar correlacionadas com a estrutura política e econômica todos os segmentos da civilização, posto que não apenas em base econômica sobrevive uma nação e a descentralização da produção e da economia acentuaram a regionalização dentro de cada economia nacional, sofrendo as decisões uniformes e impactos, tais como, desemprego, escassez de mão-de-obra, inflação, recessão e outros.

A descentralização econômica associa-se à descentralização das comunicações, a justificar a inviabilidade da sociedade manter e concentrar a tomada de decisão do governo. O que ficou atrás quanto à reestrutura do Estado, visou minimizar o processo político para que possa fluir de novo a emperrada máquina do governo, em face às intransigências e à falta de consenso político.

Entretanto, a aplicação do princípio da divisão de decisão altera a estrutura da própria elite, colocando-a responsável pela influência que exerce na sociedade.

Os avanços por que passa a sociedade gera novo nível de complexidades, com o acúmulo do peso na decisão de governo, asoberbando presidentes, primeiros-ministros e governos de um modo geral, os quais através da divisão do poder de tomada de decisão, expandem a participação política.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSÃO**

#### **ESTADO - TERRITÓRIO - SOBERANIA - ECONOMIA**

##### **4.1 - Enfoques Gerais**

Concluo com a afirmação de que ao progresso trazido pela ciência e a tecnologia sucede um conflito ou crise real, e não virtual, em todas as expressões do Poder Nacional, vez que não o acompanharam as instituições e já agora dá-se a paralisia das decisões políticas, com o vácuo em sede legislativa, executiva e judicial.

Passivamente assistimos à crise na família, no sistema educacional, no meio ambiente, na área trabalhista, onde o emprego e a relação trabalhista faliram, as tarefas continuam e nada se faz para amparar o operário da competitividade de seu colega, cuja mão-de-obra se vende mais barata e se faz mais hábil.

A crise no poder de decisão abrange os sistemas antiquados e descompassados com a celeridade dos acontecimentos cujos resultados mostram-se sub-repticiamente.

A crise no poder de decisão, ou o vácuo do poder propicia o surgimento de outro poder regulador, mas a toda transformação corresponde um período de transição, durante o qual são adaptados os entes públicos ou não.

Contudo, sem despreocupação para a atualidade, com otimismo se há de vislumbrar que a falta de liderança, há de fazer surgir novos atores no cenário mundial, que detenham capacidade de lidar com uma sociedade participativa e descentralizada, e bem por isto mais identificada consigo mesma, e detentora do poder de decisão.

A desmassificação decorrente da evolução, conduz à identificação dos desiguais, para que se lhes defira tratamento compatível e jamais a exclusão, posto que em cada cidadão repousa a parcela de responsabilidade pelas mudanças, visando a que não se fechem ao novo e aparentemente inalcançável.

A nova visão política possui objetivos e pressupostos correlacionados entre a economia e a política, os quais devem orientar as nações no ordenamento futuro e na estruturação de cada uma, ou mesmo, as comunidades que venham a ser criadas além daquelas que já se estruturam, observando-se a cautela em relação à mensagem de cada um dos estudiosos do tema e tendo em conta a diferença dos padrões tradicionais.

Entretanto, as sensíveis alterações de diversos padrões do comportamento humano, em qualquer expressão do poder, se faz evidente, seja na área psicossocial, econômica, política, militar e finalmente, tecnológica. O mundo muda de tal modo que as investidas para o construtivismo e sua reestruturação não permitem a perda de tempo com investigações históricas, vez que, por mais conservador que se apresente, o estadista há de concluir que nenhuma fase da humanidade se repete, bem assim que os acontecimentos atuais aconselham decisões rápidas e precisas, sem açodamento, mas a tempo de que não se deixe o tempo passar, porque não o será impunemente.

O conceito de território, como espaço destinado à produção de recursos naturais ou mesmo do meio ambiente, corresponde não só a uma noção pejorativa mas adequa-se a um elemento de organização da sociedade projetada para o futuro, na qual o território é virtual, no sentido do espaço onde se exercem atividades políticas, econômicas e culturais, abandonada a antiga conceituação de território como instituição política, geograficamente determinada de uma sociedade organizada como Estado Soberano.

Nos países emergentes a jurisdição soberana assenta-se no território destinando-se a noção de espaço econômico explorado aos territórios alheios, sendo o Estado virtual aquele cuja economia condiciona-se aos fatores móveis de produção situados além de suas fronteiras. Assim a noção de países desenvolvidos e países emergentes e subdesenvolvidos reacende a discussão, fazendo exsurgir a polarização do mundo.

Aos países desenvolvidos destinam-se os serviços essenciais como fatores básicos de produção, própria administração e difusão, mesmo porque esta (a produção) seria inviável sem o sustentáculo dos serviços essenciais, tais como: pesquisa e desenvolvimento modelos industriais fomento e comercialização. Ao lado dos serviços essenciais à manutenção da produção, reservam a si os países desenvolvidos, sediar os segmentos industriais de componentes eletrônicos, com vistas ao não repasse da tecnologia de ponta, em resguardo da própria produção, visando afastar os competidores, seja para que não se agregue nova tecnologia que lhes desvirtuem a origem, seja para que não venha ela a ser repassada.

Ao lado do conceito e mesmo existência dos Estados virtuais, surgem as empresas virtuais que executam as tarefas antes mencionadas e que desenvolvem políticas de aquisições e fusões de novos produtos, nota-se que a virtualidade de tais empresas ou corporações reside no fato de que não dispõem de linhas de montagem, vez que são estas subcontratadas a outras empresas, podendo mesmo estarem localizadas em países estrangeiros, o que vem a constituir a internacionalização do sistema produtivo.

A prática de produção auferida nos países detentores de mão-de-obra barata ou barateada pela competição constitui a moderna ou atual subjugação ou captulação da ordem política que se atrofia em face à hipertrofia da ordem econômica internacional, baseada em sistema produtivo destituído de base territorial.

Assim, a noção atual de território virtual, atende mais uma vez ao sistema produtivo internacional, que atenta mais à produção que a qualquer outro valor político-social.

Por outro aspecto a sistemática produtiva, proprietária dos Estados virtuais cede espaço à noção de soberania territorial em benefício de um espaço amplo e sem fronteiras para o exercício de suas atividades econômicas.

É de se questionar se os Estados de economia desenvolvida, tidos como Estados virtuais, abdicam da base factual de sua soberania, ou mesmo se alargam para em afronta à soberania os Estados de economia não fortalecida, auferirem mão-de-obra e produção primárias e essenciais a custos baixos, anulando-se toda e qualquer barreira.

Autores há que dividem o mundo contemporâneo em “nações cabeça” e “nações corpo”, sendo os primeiros os Estados virtuais, aos quais se condicionam os “nações corpo” que dependem de serviços estratégicos que ditam a produção e bem por isso não têm oportunidade de organizarem futuro industrial.

A concentração econômica alimenta a divisão dos países, surgindo a regionalização, vez que o Estado sobrevive em razão de elementos outros e não apenas da economia, o que afasta qualquer perplexidade que possa suscitar o conceito de Estado virtual ou efetivo e Estados sem tal “virtuosidade”, posto que é o ator necessário e inafastável de uma sociedade democrática que depende de fatores psicossociais para sua inserção na ordem econômica internacional, o que somente se obterá enquanto desenvolvido em ciência do conhecimento humano e tecnológico.

## **4.2 - O Estado Brasileiro**

Toda mudança exige um período de transição, fase em que se encontra a nação brasileira, que não pode e não deve aceitar a condição de “Estado mínimo” como sinônimo de “Estado economicamente frágil”, e sob o aspecto político “Estado debilitado”, posto que a economia globalizada exige participantes, neles se compreendendo Estados, investidores ou iniciativa privada e destinatários ou consumidores, economicamente fortes e atuantes para que seja sustentável o desenvolvimento social e que não se imponha nova forma de imperialismo econômico, sob as vestes ou roupagens da ciência e tecnologia.

A propósito: o atual atraso tecnológico no Estado Brasileiro, há de ser superado com a formação de “centros de excelência” em ciência e tecnologia, através de parceria das universidades e instituições científicas com a iniciativa privada. Recomendando-se a cautela de serem “os resultados”, devidamente patenteados, antes de repassados à iniciativa privada, com o que assegura-se o controle de sua utilização e os direitos autorais, aplicando-se a Lei de Marcas e Patentes em benefício de quantos avancem nos engenhos científico-tecnológicos.

No Brasil, a fase tecnológica há de compatibilizar-se com a fase industrial, acenando-se na área econômica e política para o fato de que as indústrias dos países pós-industriais estão sendo transferidas para os países que ainda não exauriram a industrialização. Já não pretendem os países pós-industriais ocupar seus espaços e mesmo suportar os encargos da mão-de-obra industrial, em razão de que repassam-na a outros Estados, especialmente àqueles, que a exemplo do Brasil, dispõe de matéria-prima, fontes energéticas e ambiente propício à industrialização com estrutura tecnológica que lhes garante, através das patentes, lucros soberbos.

Neste sentido afirmo a contradição flagrante das doutrinas neoliberais e mesmo liberais que preconizam um “Estado mínimo” descuidando-se da base econômica, sugerindo privatizações generalizadas, que tendem à fragilidade e não ao Estado já realizado economicamente e que se volta exclusivamente à finalidade assistencial, como se fosse possível atingir os objetivos sociais sem uma estrutura econômica sólida e sustentável.

No período de transição para a etapa pós-industrial haverá o Estado de arcar com o encargo de conjugar a fase antecedente mais aquecida associada a investimentos em ciência e tecnologia, garantidos com o respectivo registro e com a finalidade precípua, de não vir a se tornar dependente do progresso obtido pelos países que já o alcançaram.

Necessário nesta conclusão examinar a evolução do Brasil a partir da implementação da “etapa, fase, maré ou onda” industrial e neste contexto, somente em 1950 surge a preocupação com a industrialização, no governo Getúlio Vargas dá-se o primeiro passo para sua efetivação, com a fundação da Companhia Siderúrgica Nacional - modelo de indústria de aço bruto que transforma-se em “pelotes” e tempos após em lingotes e chapas destinadas à exportação, vez que ao mercado interno pouco se destinava, haja vista o quase nulo desenvolvimento

da área industrial nessa época. Com o ingresso na industrialização do aço, surge o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, visando alcançar e normatizar o desenvolvimento econômico no país.

Entretanto, nesta fase, a preocupação da indústria ainda se fazia engatinhar rumo à indústria de autopeças, até que, em 1957, sob o governo de Juscelino Kubitschek, em São Paulo surge a primeira indústria automobilística nacional. O setor automobilístico implantado deu margem à expansão dos mais diversificados eletrodomésticos; por sua vez as indústrias montadoras, os mais variados veículos automotores.

O Estado forte economicamente há de se compreender no Estado de funções primordiais, de tal sorte que as privatizações ou terceirizações se procedam em áreas onde sua atuação não se faça necessária, mantidas as reservas energéticas que não devem a pretexto algum serem repassadas ou estatizadas por países estrangeiros, os quais preconizam um “Estado mínimo” e no entanto, mediante associação com organismos multinacionais passam a “gerenciar” ou mesmo “intervir” sobre o aspecto econômico, nos países que aplicaram genericamente a doutrina que aos Estados fortes não convém.

No que diz respeito à soberania, o fato de se exercitar o Estado em conjugação com outros, há de servir ao fortalecimento não apenas do conceito, mas de igual forma, ao poder estatal, e jamais comportar adjetivações que encobrem as roupagens da dependência. Sem dúvida que o exercício conjugado da soberania de vários Estados não deve servir a interesses que contrariem os objetivos da nação, vez que um povo politizado demanda por direitos em face aos deveres que lhes são impostos e a tais demandas somente pode responder um Estado soberano que disponha de ordem econômica equilibrada baseada em lastros indisponíveis.

Considerado há de ser que a noção doutrinária do “Estado mínimo” conduz à atrofia da ordem econômica na qual se baseia, “modus in rebus”, a vida em sociedade. Por outro lado, não se há de desprezar que o Estado que se despe das funções privadas seja abalado economicamente, o que se pretende enfatizar nos parágrafos antecedentes diz respeito à inadequação das privatizações, que não devem abranger potencialidades energéticas, recursos minerais, atividades em áreas estratégicas, sob pena de se comprometer não apenas o fator econômico, indo além, para comprometer a soberania.

Neste tópic, ousou discordar de quantos interpretam a doutrina neoliberal ou mesmo a doutrina liberal para os quais o “Estado mínimo” é praticado a tal ponto que se reduz à miserabilidade, o que preconizam os neoliberais é que o Estado, após atingir uma auto-suficiência econômica, e para que mais se empenhe nos encargos sociais, reduza-se a estes, libertando-se das atividades privatísticas. Convém acentuar que países que preconizam o “Estado mínimo” voltam-se à atividade privada em Estados estrangeiros, lançando-se em investimentos na busca do fortalecimento de suas bases econômicas, o que por certo propicia a afirmação de que o “Estado mínimo” somente convém como lema ou pregação de cunho sócio-político a ser aplicado pelos países de economia emergente, o que por certo lhes expõem a ação imperialista.

Quanto ao Estado e suas forças armadas, jamais se pode conceber a atrofia das mesmas sem o sacrifício do poder de Império e de Direito de uma nação. O Estado da civilização atual se reveste de poder econômico estável, da concreta afirmação do desenvolvimento, e de forças armadas, baseadas em tecnologia evoluída através da ciência e do conhecimento, para que não venha a sujeitar-se àqueles outros Estados que já alcançaram tais etapas e preconizam a “minimização” como camuflagem para a superposição de suas soberanias.

A soberania de uma nação, isolada ou considerada em blocos econômicos ou comunidades de nações - somente se assegura e pode ser exercida quando estabelecida em base econômica forte e com poder de coerção - através de forças armadas técnica e cientificamente sustentáveis e dentro de padrões de excelência de conhecimento.

Através da liberdade e da responsabilidade de expressão aloquemos nossa capacidade e engenho, em ideais que visem a reconstituição das estruturas sociais nos moldes que pautam o bem comum.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.
- BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. Constituição (1934).

BRASIL. Constituição (1967).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República  
Federativa do Brasil. Niterói: Imprensa Oficial, 1988

GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Rio de Janeiro Paz e Terra, 1994.

NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e utopia. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5ª ed. São Paulo: Revista  
dos Tribunais, 1989.

TOFFLER, Alvin. Guerra e antiguerre. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

TOFFLER, Alvin. A terceira onda. 21ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

COULANGER, FUSTEL DE. A cidade antiga. 12ª ed. São Paulo: Hermes Editora Ltda.  
Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca.

## **RESUMO INFORMATIVO**

LUNZ, Julieta Lídia Machado Cunha. Estrutura do Estado Brasileiro Ante os Fenômenos da Globalização e da Regionalização. Rio de Janeiro: ESG, 1996 - 49 págs. (TE/96, DAP - T-03).

O trabalho tem conteúdo doutrinário, com prospecções quanto à “Estrutura do Estado Nacional” em face aos processos de globalização e de regionalização; as ideologias em que se baseiam e seus reflexos na ordem político-social e econômica. Foi elaborado a partir da interpretação da doutrina liberal e neoliberal com enfoques nos autores que abordaram a estrutura estatal, desde Milton Friedmann a Francis Fukuyama. Aborda o aspecto científico-tecnológico a impulsionar o processo econômico e o processo das comunicações que encadeiam-se na dinâmica da transformação da sociedade e de seu ordenamento. Preocupa-se a autora com o Estado e sua tão diversificada forma que alguns o denominam “Estado Virtual”, e não tem pretensão outra que não seja o início de um aprofundamento em tema altamente significativo. Traz em seu contexto a evolução histórica da Estado Brasileiro, sua reestruturação, traça um perfil comparativo com as diversas concepções da estrutura social, as várias etapas ou fases pelas quais passou a humanidade e finaliza com a etapa ou fase contemporânea na qual o conhecimento se traduz

em autêntico bem ou “commodities”, que vem dominando as expressões do Estado, sendo estes resultado da evolução científico-tecnológico que alcançaram, donde a multipolaridade do mundo atual, subdividido em países que detêm conhecimento e seu reflexo econômico; países produtores em bases tecnológicas e países que sequer alcançaram o conhecimento ou a tecnologia.

---

# **OS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS E OS DIREITOS DE LIBERDADE NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA DO PÓS-GUERRA**

---

*André R. C. Fontes - Desembargador do Tribunal  
Regional Federal da 2ª Região*

## **SUMÁRIO:**

*§ 1º. A afirmação do conceito de direito subjetivo público. § 2º. Os direitos subjetivos públicos e a liberdade. §3º. Os direitos de liberdade e a liberdade pessoal. § 4º. As espécies de liberdades constitucionais. Conclusões. Bibliografia.*

## **§ 1º A AFIRMAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS**

A cessação do Segundo Conflito Mundial em 1945 pôs fim ao regime fascista que vigorava na Itália. A ordem jurídica da extinta República Social Italiana, sucessora da Monarquia de Victor Emmanuel III da qual surgiu Benito Mussolini, havia sido quebrada com a vitória dos aliados, que constituíam as forças de ocupação do território peninsular. Os anos que se seguiram foram marcados pelo sentimento de renovação da pátria italiana e pelas dificuldades de reconstrução que o país carecia e exigia. Nas universidades italianas afloravam os anseios de estudos que levassem a superar a desconfiança nas instituições jurídicas tão incutidas no povo. Falava-se na crise do Direito, crise de credibilidade das instituições e na necessidade de modificações sócio-econômicas por meio da alteração imediata das leis vigentes no país. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LUCARELLI, Francesco. CIOCIA, Maria Antonia. *Interessi privati e diritti soggettivi pubblici*. Padova: CEDAM, 1997, p. 31.

Emerge nesse período indagações sobre a renovação do Direito. Dúvidas e desconfianças sobre a idoneidade das estruturas normativas que estavam impregnadas de conteúdo ideológico fascista constituíam os fatores mais evidentes da disfunção dos sistema jurídico. O estado da questão fascista no país libertado era mais fisiológico que anatômico nos textos normativos, dado o requinte técnico a que eram submetidas as suas formas de elaboração.<sup>2</sup>

Um ordenamento novo necessitava não apenas de retoques ou ajustes, mas de alterações que traduzissem as aspirações do momento. O quadro normativo haveria de ser remodelado, de tal forma que a pirâmide ideal do sistema jurídico fosse purificada pelos novos horizontes de democracia e pluralismo almejados naqueles tempos.

A reestruturação começa com os direitos subjetivos públicos. Concebidos por Giorg Jellinek no seu "Sistemas de Direitos Subjetivos Públicos" ("System der subjektiven öffentlichen Rechte"), de 1892, põem em luz a natureza e relevo fundamentais para os Estados de democracia pluralista.<sup>3</sup>

Entendidos como situações jurídicas por meio do qual o ordenamento tutela um interesse individual pelo reconhecimento ao titular de um poder de vontade relacionados à relações nas quais prevaleça o Direito Público. São em realidade os interesses protegidos pelos ordenamentos estatais que manifestem algum confronto com o Estado. Em certa medida em um contexto mais amplo, serem afirmados como *interesses constitucionalmente protegidos*.<sup>4</sup>

## § 2º OS DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS E A LIBERDADE

O reconhecimento jurídico das liberdades marca a passagem do Estado absoluto ao Estado de Direito porque traduz a autolimitação do Estado e pela conquista da qualidade de cidadão. O mero reconhecimento de algumas liberdades não é suficiente para ter alguma significação se não é

---

<sup>2</sup> Idem. No mesmo sentido, VIGNOCCHI, Gustavo. GHETTI, Giulio. Corso di Diritto Pubblico. 5ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1994, p. 611 e seguintes.

<sup>3</sup> Decisivas foram as contribuições da tradução de duas obras de Jellinek. La dottrina generale del diritto dello stato. Milano: Giuffrè Editore, 1949 e Sistema dei diritti pubblici subbietivi. Milano: Società Editrice Libreria, 1910. Merece registro o texto inédito e laboroso de SANTI ROMANO, La teoria dei diritti pubblici soggettivi, in Trattato di diritto amministrativo. Milano: Società Editrice Libreria, 1907.

<sup>4</sup> MUSSO, Enrico Spagna. Diritto Costituzionale. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 169 e seguintes.

acompanhado por uma série de garantias destinadas a estabelecer os limites da atuação do Estado.<sup>5</sup>

O conceito de liberdade pressupõe uma relação no sentido de que é livre no confronto com uma entidade distinta. Conquanto assuma valor jurídico, permanece no plano de fato, da moral, das aspirações, ou seja, em um plano que não é estritamente jurídico. As lutas que um povo qualquer há de ter conduzido, não se confundem com o seu reconhecimento formal, embora tais lutas possam ter sido destinadas a esse tal reconhecimento formal, vale dizer, consagrado em uma norma jurídica, voltada para a disciplina do confronto com o aparelho estatal.<sup>6</sup>

As liberdades e os direitos que as constituem formam as espécies de direitos subjetivos públicos, delineados por Jellinek, que teve o mérito de haver formulado a primeira teoria dos direitos subjetivos públicos em geral, embora o tendo feito quanto aos previstos na Constituição e entre eles, os direitos de liberdade. O esforço de consagração dos direitos de liberdade alcançou tamanho desenvolvimento que, nas constituições democráticas tendem a categoria dos direitos subjetivos públicos a dissolverem-se a um inexorável declínio e serem absorvidos pelas categorias dos direitos fundamentais e dos direitos sociais.<sup>7</sup>

Das inúmeras classificações elaboradas a partir daquela originalmente concebida por Jellinek acerca dos direitos subjetivos públicos, escapam algumas da noção de direitos de liberdade como ocorre com o direito de defesa (em sentido processual) disciplinado no art. 24, Comma II, da Carta Política Italiana. Com efeito, merecem referência no quadro seguinte alguns desses direitos.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Neste sentido, ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Bologna: Monduzzi Editore, 1993, p. 222 e seguintes. VIGNOCCHI, Gustavo. GHETTI, Giulio. *Corso di Diritto Pubblico*. 5ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1994, p. 8611 e seguintes. MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. 10ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 585 e seguintes. IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 18 e seguintes.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

### § 3º OS DIREITOS DE LIBERDADE E A LIBERDADE PESSOAL

Antes de desenvolver-se considerações mais gerais sobre o tema dos direitos de liberdade, convém descrever os específicos direitos de liberdade, assim como os elenca e os disciplina a Constituição italiana, de maneira que todo e qualquer discurso mais geral que virá sucessivamente tenha o seu fundamento em uma essencial forma de conhecer o objeto sobre que versa.<sup>9</sup>

Prevê a Constituição italiana no art. 13 a liberdade pessoal, que contrariamente aquilo que o nome poderia fazer crer, a Constituição sob esse nome não considera a liberdade da pessoa humana em geral, mas disciplina uma específica liberdade entre as outras. Como seria difícil, se não impossível garantir a liberdade em geral, a única e verdadeira garantia está no fato de que o ordenamento jurídico põe precisos e intransponíveis limites ao poder coercitivo do Estado a respeito de específicos interesses de todos os indivíduos (como a própria pessoa ou o próprio domicílio). Em outras palavras, a técnica de subdividir e enumerar mais concretamente é possível para a liberdade do indivíduo nos confrontos do Estado e dos outros sujeitos e é mais garantidora de uma técnica que proclame genericamente a inviolabilidade da liberdade dos homens.<sup>10</sup>

Demais disso, a liberdade há de ser entendida não como específica e circunscrita entre as outras liberdades, mas como liberdade em geral de pessoa humana. A liberdade tutelada constitucionalmente é a liberdade pessoal. Ela é histórica e logicamente a condição indispensável de qualquer outra liberdade.<sup>11</sup>

A liberdade pessoal é inviolável, de maneira que não é admitida nenhuma forma de detenção ou qualquer outro modo de restrição da liberdade pessoal,

---

<sup>9</sup> Neste sentido, CARETTI, Paolo. *SIERVO*, Ugo De. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 565 e seguintes. BERTOLISSI, Mario. MENEGHELLI, Ruggero. *Lezioni di Diritto Pubblico Generale*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 22 e seguintes. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso de diritto pubblico*. 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1996, p. 632 e seguintes. CUOCOLO, Fausto. *Principi di Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 319. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. Napoli: Jovene Editore, 1974, p. 685 e seguintes.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

senão por ato motivado de autoridade judiciária, e mesmo assim, nos casos e modos previstos na lei. <sup>12</sup>

Nos casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade policial poderá tomar medidas provisórias, que deverão ser, de qualquer modo, em prazo máximo estabelecido em lei (art. 13 da Constituição), comunicados à autoridade judiciária. <sup>13</sup>

Desta forma, constitui objeto da garantia constitucional o direito de liberdade pessoal, e se o *objeto* da garantia está definido, o *conteúdo* da garantia será: (a) a reserva legal; (b) pronunciamento da autoridade judiciária e; (c) a necessidade de motivação. <sup>14</sup>

## **§ 4º AS ESPÉCIES DE LIBERDADES CONSTITUCIONAIS QUE COMPÕE OS DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS**

I- O art. 14 da Constituição italiana prescreve que o domicílio é inviolável. Com efeito, entende-se que não pode haver a penetração no domicílio de um particular senão nos casos e modos estabelecidos pela lei segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. <sup>15</sup>

O termo domicílio é usado na Constituição obedece à linguagem comum também usada na legislação civil, como ocorre no Brasil. Aqui o termo é usado na sua amplitude, sem referência à legislação civil, que tradicionalmente distingue domicílio de residência e de morada. <sup>16</sup>

A equiparação à liberdade pessoal não torna possível em sua inteireza pelos óbvios motivos de sanidade e incolumidade públicas (aqui entendidos como

---

<sup>12</sup> Neste sentido, ABBAMONTE, Giuseppe. *Liberta e convivenza*. Napole: Casa Editrice Dott, 1954, p. 38 e seguintes. ESPÓSITO, Carlo. *La Costituzione Italiana*. Padova: CEDAM, 1954, p. 17 e seguintes. CROSA, Emilio. *Diritto Costituzionale*. Torino: UTET, 1937, p. 493 e seguintes.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Neste sentido, ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Bologna: Monduzzi Editore, 1993, p. 221 e seguintes. BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995, p. 591 e seguintes.

<sup>16</sup> Neste sentido, MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. 10ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 515 e seguintes. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso de diritto pubblico*. 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1996, p. 632 e seguintes.

de proteção da integridade físicas das pessoas e também das coisas) ou a fins econômicos e fiscais, de maneira que podem ser disciplinados por leis especiais, como seria a de atribuir poderes especiais de inspeção e vistoria a uma autoridade administrativa.<sup>17</sup>

Doutro lado, preserva o dispositivo em questão o recesso de vida privada de cada um, que pode ser estendido até mesmo à morada, como ocorreria com um mero quarto de hotel.<sup>18</sup>

2- Além da liberdade de domicílio, outra forma de liberdade de significativa e inicial consideração é que está prevista no art. 15, que dispõe que “A liberdade e a segurança da correspondência e das outras formas de comunicação são invioláveis.”. Igualmente limitada por ato motivado de autoridade judiciária com as garantias estabelecidas na lei, constitui a conhecida “liberdade e segurança das comunicações e de correspondência”. A comunicação é sempre *determinada e individual* quanto a que a emite e a recebe, nos meios e instrumentos ordinariamente considerados aptos para tal função. A liberdade é vista como a impossibilidade de ninguém ser impedido de dar e receber a comunicação e a segurança significa que o conteúdo da comunicação não possa ser objeto de conhecimento da parte de outros.<sup>19</sup>

3- O art. 16 preceitua que “todo cidadão pode circular e permanecer livre em qualquer parte do território nacional, salvo as limitações que a lei estabelecer por motivo de sanidade ou segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas.”. Nesse dispositivo prevê-se a liberdade de circulação e permanência, que significa que no território italiano, todo nacional é livre para sair e entrar novamente, salvo por aplicação dos deveres impostos por lei. Entende-se que tal dispositivo limita, por lei, em caráter *abstrato e genérico*, o que significa hipoteticamente e de forma preventiva que fatos *objetivos* são

---

<sup>17</sup> CUOCOLO, Fausto. *Principi di Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 633 e seguintes. BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995, p. 591 e seguintes.

<sup>18</sup> Neste sentido, BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995, p. 591 e seguintes. MUSSO, Enrico. *Spagna. Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 305 e seguintes.

<sup>19</sup> Neste sentido, RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso de diritto pubblico*. 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1996, p. 632 e seguintes. CUOCOLO, Fausto. *Principi di Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 633 e seguintes.

passíveis de serem considerados aptos e admissíveis à limitações concretas e sempre por fundamento de sanidade ou segurança. A previsão de reenvio à ela deve ser entendida não de forma absoluta, mas nos casos em que se fizer necessária, de modo a exigir um limite substantivo e à autoridade, nenhuma discricionariedade é possível.<sup>20</sup>

4- O art. 17 prevê que “os cidadãos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas.”. Do dispositivo extrai-se que a reunião, mesmo em lugar público não exige pré-aviso, salvo nos casos de segurança e incolumidade pública. Trata-se de liberdade instrumental, com a qual se garante o meio por meio do qual os cidadão entendem os fins que estão livremente prefixados. Distinguem-se em privados e públicos as reuniões porque para as últimas é possível que haja a necessidade de comunicação para as hipóteses antes admitidas.<sup>21</sup>

5- No art. 18 prevê-se que “os cidadãos têm direito de associarem-se livremente, sem autorização, para fins que não são vedados aos particulares pela lei penal”. São proibidas as associações secretas e aquelas que perseguem, também indiretamente, fins políticos mediante organizações de caráter limitar. Distingue-se a reunião de associações, pois a reunião é um fato físico-material, pontual no tempo, ou seja, o estar junto em um mesmo lugar por um período muito limitado de tempo; a associação é uma relação social e designa o fato de mais pessoas que perseguem o mesmo fim e a que este fim unem as próprias forças, pondo-se em todos parte da própria atividade que os meios materiais necessários à sua consecução.<sup>22</sup>

6- A liberdade religiosa é a primeira liberdade pela qual é contra a qual grandes massas de homem combateram uma luta secular. Marcadas por tragédias sanguinolentas e perseguições ferozes, e mesmo por esta liberdade religiosa constituir a matriz de todas outras liberdades do mundo moderno. Dispõe o art. 129 da Constituição italiana que “todos têm direito de professar livremente

---

<sup>20</sup> Neste sentido, ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. Istituzioni di Diritto Pubblico. Bologna: Monduzzi Editore, 1993, p. 221 e seguintes. MARTINES, Temistocle. Diritto Costituzionale. 10ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 515 e seguintes.

<sup>21</sup> CUOCOLO, Fausto. Principi di Diritto Costituzionale. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 633 e seguintes. MUSSO, Enrico Spagna. Diritto Costituzionale. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 305 e seguintes.

<sup>22</sup> MARTINES, Temistocle. Diritto Costituzionale. 10ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 515 e seguintes. BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. Istituzioni di Diritto Pubblico. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995, p. 591 e seguintes.

a própria fé religiosa em qualquer forma, individual ou associada, de lhe fazer propaganda e de exercitar em caráter privado ou em público o culto, desde que não se trate de ritos contrários aos bons costumes.". Deve-se ressaltar que o art. 7 da Constituição dispõe que "o Estado e a Igreja Católica, cada um na sua própria ordem, independentes e soberanos".<sup>23</sup>

7- Também prevista (art. 21) que "todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento com a palavra, o escrito e qualquer outro meio de difusão. São vedadas as publicações, a imprensa, os espetáculos e todas as outras manifestações contrárias ao bom costume. A lei estabelecerá provimentos adequados a prevenir e a reprimir as violações. As manifestações do pensamento podem exprimir-se (a) como informação ao crônica, isto é, atividade voltada a produzir nos outros conhecimento dos fatos; (b) como crítica do existente; (c) como proposta de mudança. Ressalva-se que o art. 21 estabelece só um limite ao conteúdo, que é o bom costume, pelo qual são vedadas as manifestações do pensamento contrárias aos bons costumes, que é entendido como o conjunto das políticas e das convenções ligadas à esfera da vida sexual, pelo qual são puníveis aquelas manifestações do pensamento que vão contra aquilo que na comunidade se crê justo e se pratica a respeito de tal esfera."<sup>24</sup>

8- Finalmente, dispõe o art. 22 que "ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da cidadania e do nome. Tais direitos são compreendidos como direitos da personalidade, que são destinados a garantir o conjunto das qualidades humanas e morais de uma pessoa e a sua identidade pessoal. É talvez a mais significativa reação ao fascismo, pois o regime anterior havia privado muitos cidadãos da capacidade jurídica e da cidadania por motivos políticos, e com tal dispositivo pôs fim a possível falta de liberdade e civilidade no novo Estado."<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Corso de diritto pubblico. 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1996, p. 632 e seguintes. ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. Istituzioni di Diritto Pubblico. Bologna: Monduzzi Editore, 1993, p. 221 e seguintes..

<sup>24</sup> BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. Istituzioni di Diritto Pubblico. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995, p. 591 e seguintes. ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. Istituzioni di Diritto Pubblico. Bologna: Monduzzi Editore, 1993, p. 221 e seguintes.

<sup>25</sup> Neste sentido, MUSSO, Enrico Spagna. Diritto Costituzionale. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 305 e seguintes. CUOCOLO, Fausto. Principi di Diritto Costituzionale. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 633 e seguintes.

## CONCLUSÕES

Em todo o trabalho há demonstração da afirmação de liberdade dos direitos públicos subjetivos em confronto com o poder e a autoridade estatal. Saídos do regime fascista, os italianos encontram na renovação dos direitos subjetivos públicos a afirmação a nova cidadania e do Estado que se formou após a derrocada do governo de Mussolini.

Verifica-se o restabelecimento do princípio da legalidade a partir da noção de reserva legal, na sua versão formal e material. Os poderes do Estado são exercidos em razão de expressa previsão legal, estando a exigir-se do Estado atitudes específicas e típicas para as medidas de restrição de liberdades. A exigência de autoridade judiciária e de motivação são desdobramentos dessa exigência de legalidade.

Na literatura italiana constata-se que a base desses direitos de liberdade é a Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos, na exata configuração de Jellinek, amplamente traduzidos nos variados dispositivos em questão e que na prática resultam e se confundem hoje com os direitos fundamentais. Constituem eles pressupostos lógicos e hipotéticos de todos os direitos deferidos aos cidadãos e base para os modernos estudos dos direitos fundamentais

## BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE, Giuseppe. *Liberta e convivenza*. Napole: Casa Editrice Dotte, 1954.
- ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Bologna: Monduzzi Editore, 1993.
- BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995.
- BERTOLISSI, Mario. MENEGHELLI, Ruggero. *Lezioni di Diritto Pubblico Generale*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.
- CARETTI, Paolo. SIERVO, Ugo De. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.
- CROSA, Emilio. *Diritto Costituzionale*. Torino: UTET, 1937.
- CUOCOLO, Fausto. *Principi di Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- ESPÓSITO, Carlo. *La Costituzione Italiana*. Padova: CEDAM, 1954.

- IRELLI, Vincenzo Cerulli. Corso di Diritto Amministrativo. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- JELINNEK, Giorg. La dottrina generale del diritto dello stato. Milano: Giuffrè Editore, 1949.
- \_\_\_\_\_. Sistema dei diritti pubblici subbietivi. Milano: Società Editrice Libreria, 1910.
- LUCARELLI, Francesco. CIOCIA, Maria Antonia. Interessi privati e diritti soggettivi pubblici. Padova: CEDAM, 1997.
- MARTINES, Temistocle. Diritto Costituzionale. 10ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- MUSSO, Enrico Spagna. Diritto Costituzionale. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1986.
- OSPITALI, Giancarlo. Istituzioni di diritto pubblico. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1958.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Corso de diritto pubblico. 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1996.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Diritto Costituzionale. Napoli: Jovene Editore, 1974.
- SANTI ROMANO, La teoria dei diritti pubblici soggettivi, in Trattato di diritto amministrativo. Milano: Società Editrice Libreria, 1907.
- VIGNOCCHI, Gustavo. GHETTI, Giulio. Corso di Diritto Pubblico. 5ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1994.
- VIRGA, Pietro. Liberta giuridica e diritto fondamentali. Milano: Giuffrè, 1947.
- ZAGREBELSKY, G. Manuale di Diritto Costituzionale – volume primo. Torino: UTET, 1987.

---

# **DIREITO AMBIENTAL**

## **CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS**

---

*Valéria Medeiros de Albuquerque - Juíza Federal da  
9ª Vara do Rio de Janeiro*

### **INTRODUÇÃO:**

O Direito Ambiental assegura a qualidade de vida e o ser humano tão preocupado em atingir a qualidade e dignidade da vida é incoerente, as vezes, ao destruir a natureza, afetando o meio ambiente e violando o direito ambiental.

### **CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL:**

Direito ambiental é a ciência que estuda as questões ambientais e suas relações com o homem, objetivando a proteção do Meio Ambiente para a melhoria da qualidade de vida como um todo para a presente e futura geração.

Inicialmente, cumpre fazer uma observação sobre a expressão meio ambiente, uma vez que a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Nela já se contém o sentido da palavra meio, logo a expressão meio ambiente denota certa redundância.

### **CONCEITO DE MEIO AMBIENTE:**

O meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Verificamos neste conceito a existência de quatro aspectos do meio ambiente:

- Meio ambiente artificial, constituído pelo:
  - a) espaço urbano construído ou espaço urbano fechado, isto é o conjunto de edificações.
  - b) espaço urbano aberto, isto é os espaços livres em geral, tais como ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral e equipamentos urbanos.
- Meio ambiente cultural  
Patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que diversamente da classificação anterior, apesar de ambas serem artificiais construídas, tem sentido de valor especial e cultural que adquiriu ou de que se impregnou.
- Meio ambiente natural ou físico  
É constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.
- Meio Ambiente do trabalho - Art. 200, VIII, da Constituição Federal.  
Integra a proteção do trabalhador em seu local de trabalho e dentro das normas de segurança, assegurando-lhe uma qualidade de vida digna

O artigo 3º da Lei 6938/81, nos dá a seguinte definição:

*“Meio ambiente é o conjunto a condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em toda as suas formas.”*

No conceito acima estão incluídos os ecossistemas, a biosfera e as comunidades.

Portanto, o meio ambiente é um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o seu uso coletivo.

## CARACTERÍSTICAS

O Artigo 225, caput, da Constituição Federal de 1988 dispõe que;

*“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*

Passemos agora a uma análise das características que podemos depreender do dispositivo constitucional acima referido:

Inicialmente, cria-se um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e por ser um direito fundamental trata-se de um direito indisponível. Tal indisponibilidade encontra-se acentuada na Constituição Federal pelo fato da mesma mencionar que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das gerações presentes, como igualmente das futuras. Estabeleceu-se, dessa forma, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse patrimônio ambiental às gerações futuras e nas melhores condições, do ponto de vista do equilíbrio ecológico.

Outrossim, o meio ambiente, como entidade autônoma, é considerado “bem de uso comum do povo”. Ou seja, não pertence a indivíduos isolados, mas à sociedade como um todo.

Além de ser bem comum do povo, o meio ambiente é reputado bem essencial à sadia qualidade de vida. Em outras palavras, sem o respeito a ele não se pode falar em qualidade de vida.

Cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, defender, preservar o meio ambiente. Transforma-se sua atuação, quanto à possibilidade de ação em positiva de defesa e preservação, de discricionária em vinculada. Sai-se da esfera da conveniência e oportunidade para se ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição. Não cabe, pois, à Administração deixar de proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra em suas prioridades públicas.

Além do mais, deixa o cidadão de ser mero titular passivo de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas passa também a ter a titularidade de um dever, o de defendê-lo e preservá-lo.

Concluindo, os titulares do bem jurídico meio ambiente não são apenas os cidadãos do país, mas, por igual, aqueles que ainda não existem, e que poderão existir, isto é, as futuras gerações.

## **DIREITO DIFUSO**

O artigo 81, inciso I, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) define o direito difuso como:

*Art. 81, I – Interesse ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*

O direito ao meio ambiente traz dificuldades para a teoria jurídica porque não é um direito individual, como os tradicionais, nem um direito social, correspondente à segunda geração do direito. Essa evolução para a terceira geração dos direitos traz problemas para a estrutura da teoria jurídica. É um direito difuso, difícil de limitar. Ao contrário dos direitos liberais, que são uma garantia do indivíduo diante do poder do Estado, e ao contrário também dos direitos sociais, que consistem basicamente em prestações que o Estado deve ao indivíduo, o direito difuso ao meio ambiente consiste num direito-dever, na medida em que a pessoa, ao mesmo tempo em que é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também tem a obrigação de defendê-lo e preservá-lo.

Verificamos que no Direito Difuso não se pode determinar quem é o titular, uma vez que ele atinge a todos indistintamente e indeterminadamente, tendo o mesmo aplicação *erga omnes*, uma vez que abrange todas as direções e toda a coletividade, sendo um direito de todos, além de um dever, havendo solidariedade jurídica e ética.

## **COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS**

### **1 – COMPETÊNCIA MATERIAL**

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal – Art. 1º da Constituição Federal. “ A organização político-administrativa do Brasil por sua vez compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios ( art. 18 da Constituição Federal ).

A competência material é comum a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, significando a competência material para atuar, isto é a prestação de serviços para atuar, a tomada de realizações para a proteção do meio ambiente.

A União Federal tem posição de supremacia no tocante à prestação ambiental.

A competência material ou comum está assegurada no art. 23, inciso VI da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser da competência comum:

*“Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.”*

Para a repartição da competência devemos verificar a predominância do interesse, se é nacional (União Federal), regional (Estados) ou local (Municípios).

### **2 – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA:**

A Constituição Federal previu dois tipos de competência para legislar em matéria ambiental, com relação a cada um dos membros da Federação:

- a) A União Federal tem competência concorrente e suplementar.
- b) Os municípios tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual.

Logo, na Constituição Brasileira de 1988 foi dado um grande passo em Direito Ambiental ao lhe ser atribuída em sua maioria a competência concorrente, mas também atribuiu e guardou para a União a competência privativa para legislar em alguns setores como águas, energia, jazidas, minas, outros recursos minerais e atividades nucleares de qualquer natureza ( art. 22 da Constituição Federal).

Não creio ser esta a melhor forma. Melhor seria que as referidas matérias também estivessem inseridas na competência concorrente, uma vez que os Estados e Municípios não podem suplementar as deficiências dessas normas federais, nem adaptá-las a suas peculiaridades regionais e locais. A competência legislativa deve ser concorrente.

A União Federal, tanto no exercício da competência privativa quanto no exercício da competência para editar normas gerais irá procurar a vantagem de todo o território nacional ou os ecossistemas específicos, na forma do artigo 225, parágrafo 4º da Constituição Federal: Floresta Amazônica brasileira, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-grossense, Zona Costeira, ou de uma das várias bacias hidrográficas ( art. 20 da Lei de Política Agrícola / Lei 8171/91 ).

Ao procurar a utilidade nacional, não poderá a União prejudicar concretamente o interesse dos cidadãos à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena da referida disposição federal ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Para solução das lides que lhe são trazidas, a Jurisdição Federal deve ponderar sempre entre o binômio desenvolvimento e preservação ambiental, que certamente estará em todas as causas de Direito Ambiental que chegam ao conhecimento dos juízes federais e recebemos hoje em dia grande número de Ações Cíveis Públicas em Direito Ambiental, visando a preservação e o equilíbrio do meio ambiente.

A União e os Estados também irão legislar com base em seus interesses, interesse nacional ou federal e interesse estadual, inobstante a divisão de competência entre esses dois entes não tenha expressamente mencionado o termo interesse.

A competência municipal também é assegurada em função do seu interesse local, expressão do art. 30, I da Constituição Federal, que foi bastante precisa uma vez que interesse local não precisa incidir ou compreender todo o território do Município, mas uma localidade, ou várias localidades de que se compõe um Município. Se houver conflito entre esses interesses locais, deve-se verificar qual interesse é predominante.

O Município tem competência no âmbito da execução de leis protetivas do que no de legislar sobre o assunto.

A Constituição Federal foi clara no seu art. 23, VI e VII, ao atribuir indistintamente à União, Estados e ao Distrito Federal a competência para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e de preservar as florestas, a fauna e a flora.

Assim, qualquer desses entes públicos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para aplicar a legislação ambiental, ainda que não tenha sido de autoria do ente público que a aplica. Como exemplo, verificamos que o Município não pode legislar sobre águas, mas pode e deve aplicar a legislação federal de águas no ordenamento do território nacional. Desta forma, não existe atribuição constitucional aos Municípios com relação à água.

O PNH – Política Nacional de Recursos Hídricos prevê a gestão participativa, isto é, descentraliza-se a gestão da água, incorporando a sociedade civil nesta administração, o que é bastante positivo.

Não há competência privativa da União para legislar sobre a maioria dos bens constantes do art. 20 da Constituição Federal e sim concorrente. Assim a própria União deve sujeitar-se às regras emanadas dela mesma, dos Estados e dos Municípios, de acordo com os artigos 24, parágrafos 1º ao 4º e 30, I e II da Constituição Federal.

A competência legislativa é suplementar às normas gerais do Direito Ambiental da União Federal.

## **DIREITO AMBIENTAL É BEM COMUM DE USO DO POVO**

O Código Civil divide os bens em públicos e particulares, definindo como públicos os bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, e as autarquias.

Os bens particulares são os pertencentes as outras pessoas privadas, seja qual for a pessoa a quem pertencem (art. 65 do Código Civil).

Os bens públicos são de três categorias:

a) bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, aí incluídos os bens de ambientais, como praias marítimas, as cavidades naturais subterrâneas, os sítios arqueológicos e pré-históricos.

b) bens de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviços ou estabelecimentos federais, estaduais e autarquias ou do Distrito Federal.

c) os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das Autarquias, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades ( art. 66 do Código Civil).

O artigo 66 do Código Civil não foi recepcionado em sua totalidade pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225, que representou um grau de avanço no Direito Ambiental, ao considerá-lo um direito difuso. O Direito Ambiental é um direito transindividual, porque transcende e ultrapassa os limites de esfera do indivíduo. O Direito Ambiental é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida com dignidade.

No tocante aos bens ambientais que foram considerados bens da União (art. 20 da Constituição Federal), por se tratarem de bens de uso comum do povo (art. 225 da Constituição Federal), estes não ficam sujeitos à exclusiva legislação federal, podendo os Municípios estabelecerem regras sobre a utilização desses bens federais, sendo possível tombá-los, ou estabelecer medidas para proteção dos mesmos.

Para finalizar, gostaria de ler um trecho de carta enviada em 1854 pelo Chefe Indígena em Seattle, EUA ao então Presidente dos Estados Unidos, em resposta à proposta feita por este último de compra de grande parte das terras habitadas por aquela tribo.

*“Ensinem às suas crianças o que ensinamos as nossas: que a terra é nossa mãe. Tudo que acontecer à Terra, acontecerá aos filhos da Terra.*

*Isto sabemos: a Terra não pertence ao homem, o homem pertence à Terra.*

*Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo. O que ocorrer com a Terra recairá sobre os filhos da Terra.*

*O homem não tramou o tecido da vida: ele é simplesmente um de seus fios.*

*Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo.”*

---

# COMÉRCIO INTERNACIONAL E BIOPIRATARIA

---

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Penal pela UnB. Professor-Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor-Adjunto da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos (RJ). Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.*

## 1. INTRODUÇÃO

A humanidade se encontra no centro de uma série de desafios que, como vez por outra ocorre na história mundial, aparentam ser insolúveis ou de difícil resolução, mas que exigem tomada de posição, sob pena da omissão da civilização permitir a produção de conseqüências imprevisíveis e possivelmente maléficas para a permanência da pessoa humana na Terra. As inúmeras e importantes descobertas no campo da Ciência na era pós-moderna<sup>1</sup>, especialmente relacionadas à vida – e, por óbvio, como desdobramento, à

---

<sup>1</sup> A expressão pós-modernidade, a par de outras considerações, foi inicialmente usada para identificar “*as maciças mudanças sociais, industriais e tecnológicas que tiveram maior destaque depois da Segunda Guerra Mundial. (...) O advento do período pós-moderno foi assinalado pelo rápido crescimento de uma nova tecnologia do conhecimento, que serve para a coleta e análise de dados, simulação e análise de sistemas. Já se disse que o computador é, para a produção do conhecimento, o que a locomotiva foi para a produção de materiais.*”(ENGELHARDT, JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 27). Outras adjetivações também são apontadas: “*Entramos na sociedade pós-industrial, sociedade programada, sociedade pós-estandardizada, dos valores pós-modernos ou pós-materialistas, ou sociedade da terceira vaga, tantos são os nomes que os diversos autores encontram para baptizar um novo tipo de civilização que nos envolve por todos os lados.*” (CARVALHO, Francisco Neto de. *Direito, biologia e sociedades*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 149).

morte -, revelam um mundo completamente diferente daquele que até então se concebia, derrubando dogmas e teorias consideradas irrefutáveis e inabaláveis. A revolução tecnocientífica é fruto de alguns fenômenos políticos, econômicos e sociais e, logicamente, precisa ser analisada sob o enfoque dos interesses que movem os cientistas, as empresas e os governos a adotar determinadas posturas relativamente a temas de maior relevância, e que se relacionam, em última análise, às futuras gerações no globo terrestre.

Giovanni BERLINGUER e Volnei GARRAFA, chamando a atenção para o perigo da coisificação da pessoa pela Ciência, e cuidando especificamente do mercado humano, assinalaram a previsão bastante antecipada por alguns artistas de determinadas práticas científicas envolvendo o corpo humano que se tornaram perfeitamente possíveis<sup>2</sup>. Atualmente, quase diariamente, é noticiada nova descoberta no campo científico, demonstrando que a distância entre ficção e realidade tem diminuído e, em alguns casos, simplesmente não existe mais qualquer intervalo. A civilização humana vivencia uma nova, extraordinária e assustadora fronteira relativamente à Ciência, não estando certa dos rumos a tomar, o que exige detida e apurada reflexão<sup>3</sup>. Seria melhor interromper ou impedir o avanço da Ciência, diante das dúvidas e incertezas que vêm sendo apresentadas? Ou o ideal seria deixar que a Ciência encontre seus próprios limites, sem qualquer controle exógeno? De um lado, a insegurança como sentimento negativo que contamina as mentes. De outro, o desejo de melhorar

---

<sup>2</sup> Assim, os autores se referem aos seguintes casos: a) no romance de Shakespeare, conhecido como *O mercador de Veneza*, o agiota Shylock exige do avalista Antonio, em garantia do empréstimo feito a Bassanio, o direito de apropriar-se de “*exatamente uma libra de sua bela carne que será cortada e retirada das partes que mais me agradar do seu belo corpo*”, sendo que à época nem se cogitava da possibilidade de transplantes de tecidos ou órgãos; b) no filme *O Boom*, dirigido por Vittorio de Sica em 1963, é cuidado o tema relacionado ao mercado das cómeas, em que um empresário, para saldar dívidas, resolve vender um dos olhos (tais casos, entre outros, são citados no livro *O mercado humano*. BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. Trad. de *La merce finale*. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 56-57). André Rangel RIOS também se reporta a alguns exemplos na literatura mundial, lembrando do romance de Mary Shelley conhecido por *Frankenstein*, quanto à inquietação com a perspectiva da ciência conseguir obter e vivificar um ser similar ao ser humano (Filosofia e biotecnologia. In: RIOS, André Rangel et al. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 13).

<sup>3</sup> Francisco Neto de CARVALHO destaca a característica da mudança como própria da sociedade tecnológica na contemporaneidade: “*Mudanças climáticas, invasões, descobertas realizadas, tudo pode provocar a necessidade de alterações profundas na vida dos grupos sociais. Atualmente, como sabemos,*

as condições de vida, permitindo que a expectativa e a qualidade de vida possam cada vez mais aumentar<sup>4</sup>.

Cuida-se de mais um capítulo da crise, hoje tendo como centro o tema relacionado aos avanços científicos, que representa o eterno conflito e disputa de poder na civilização humana. A despeito das descobertas da Ciência, as contradições da humanidade se acentuam cada vez mais. Assim, por exemplo, enquanto casais inférteis conseguem realizar o sonho da parentalidade com o recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida, milhares de pessoas morrem diariamente em virtude da falta do mais elementar e indispensável pressuposto da vida: a alimentação básica. Há um importante aspecto, seriamente apontado na obra de BERLINGUER e GARRAFA, relacionado às relações presentes e futuras entre países do Hemisfério Norte e países do Hemisfério Sul, ou numa divisão mais política e econômica, entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, qual seja, o tipo de interesse e conseqüentemente o fator atrativo que os países subdesenvolvidos podem despertar: *“A única produção que ocorre de modo acelerado no Sul do planeta é uma outra: a de seres humanos; um campo onde a produtividade é maior nos países pobres que nos outros.”*<sup>5</sup> Além deste, há os recursos naturais e, por conseguinte, genéticos nas áreas existentes nos países subdesenvolvidos, que despertam a cobiça de certos centros desenvolvidos. Ou seja, o tipo de espoliação exercida pelos países desenvolvidos sobre os subdesenvolvidos pode encontrar-se em vias de transformação, tendo como ponto central a necessidade de “coisificar” o espoliado através de um discurso legitimador e convincente, que impeça qualquer tipo de rebelião ou insurreição aos interesses que, no contexto de uma visão dos países ricos, merecem mais ampla proteção. Cuida-se de um novo formato do imperialismo,

---

*o rápido avanço da ciência e das tecnologias actua continuamente, a tal ponto que a mudança é uma característica do nosso tempo.”* (op. cit., p. 29).

<sup>4</sup> É válido destacar o que Francisco Neto de CARVALHO denominou “pulsão exploradora” para designar uma característica do ser humano que é a capacidade de criar, de ordenar os elementos disponíveis através de idéias e instrumentos ainda não experimentados: *“Dado o valor da inovação nas sociedades muito industrializadas, cada vez mais se procuram detectar os indivíduos mais criativos, dando-se-lhes a preparação e colocando ao seu dispor os meios necessários para tirarem todo o proveito das suas potencialidades.”* (op. cit., p. 32).

<sup>5</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, op. cit., p. 123.

do colonialismo e da dominação que os ricos sempre exerceram sobre os pobres, sendo a Ciência o instrumento atual e indispensável para o exercício de tal poder.<sup>6</sup>

No campo das questões políticas relacionadas à bioética, Vicente BARRETTO aponta a existência de duas grandes linhas do pensamento contemporâneo, a saber, a corrente liberal e a corrente conservadora, sendo que para encontrar as diferenças entre tais linhas de pensamento faz-se necessário verificar as respostas às três perguntas básicas que “*representam o cerne da indagação bioética contemporânea ...*”<sup>7</sup>. Talvez não por mera coincidência a bioética tenha surgido nos países mais desenvolvidos do globo, como “*disciplina que afronta os temas morais da vida material, (...), interessada quase exclusivamente em discutir os problemas que nascem nas zonas de fronteira das ciências biológicas e médicas...*”<sup>8</sup> e, desse modo, poder-se-ia aventar a possibilidade da bioética haver sido cogitada para fins de servir como discurso legitimador das práticas científicas espoliativas. Ainda que eventualmente tenha sido na origem pensada dessa forma, a bioética contemporânea rompe barreiras e se apresenta como lugar apropriado para o debate e as discussões sobre as vantagens e desvantagens que surgem nas zonas de fronteira das ciências biológicas e médicas relacionadas às questões morais decorrentes da circunstância da pessoa humana passar a ter, em certo aspecto, poderes para permitir a criação e resguardo da vida – humana e de outros seres animais.

André RIOS, a partir da análise do texto *Ultrapassamento da Metafísica* de Martin Heidegger, comenta que a civilização estaria no bojo de uma “*época do extremo esquecimento do ser, época do pensamento calculante*”, de acordo com Heidegger, em que o projeto de planificação calculante “*representa o fim do humano, o homem deixaria de ser o senhor de si, de suas obras e da natureza para tornar-se escravo de suas criaturas, de seus monstros inomináveis.*”<sup>9</sup> Para que a profecia de Heidegger não se concretize, é importante

---

<sup>6</sup> A respeito do tema, é importante a observação feita por Jacques TESTARD acerca da revolução científica: “*Elle contredit aussi la vision d’une recherche dont le but est d’acquérir des connaissances (ou recherche dite ‘fondamentale’) pour y substituer une activité finalisée, inscrite dans le cadre de la compétitivité entre les institutions ou entre les nations*”. (*Le magasin des enfants*. Paris: Gallimard, 1994, p.8).

<sup>7</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. *Ethica Cadernos Acadêmicos*, v. 5. Rio de Janeiro, n. 1, 1998, p. 36.

<sup>8</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 125.

<sup>9</sup> RIOS, André Rangel, *op. cit.*, p. 16.

a conscientização, a participação, o debate e a discussão sobre tais questões que tocam tão intimamente todas as pessoas humanas. *“A ciência não pensa, a tecnociência não pensa, apenas a filosofia pensa.”*<sup>10</sup> Daí a importância da difusão dos debates bioéticos, envolta num contexto pluralista, democrático, interdisciplinar, consensual e aberto, sendo evidente que determinadas escolhas deverão ser realizadas relativamente a temas em que não é possível deixar ao arbítrio dos interessados diante da relevância dos valores culturais predominantes em determinadas comunidades humanas, enquanto outros devem ficar fora de qualquer ingerência estatal. Tal circunstância motiva a conclusão quanto à existência do biodireito para cuidar exatamente de determinadas matérias e temas de bioética que não permitem disposição em sentido contrário mas que, como salientado em alguns estudos bioéticos, não se referem à totalidade dos assuntos atualmente tratados<sup>11</sup>. O tema relativo à biopirataria no contexto da mundialização dos fenômenos econômicos e sociais é, à evidência, afeto à macrobioética e que desperta os mais variados interesses.

## 2. CIÊNCIA E NOVAS CONQUISTAS

Para apresentação de qualquer tema relacionado à bioética e ao biodireito, indispensável se mostra realizar uma abordagem panorâmica acerca da Ciência na pós-modernidade<sup>12</sup>, demonstrando os inúmeros benefícios que as conquistas e descobertas científicas têm proporcionado à civilização, o que por si só comprova o equívoco de se considerar que as pesquisas científicas devam ser encaradas com desconfiança<sup>13</sup> e, conseqüentemente suspensas ou

---

<sup>10</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>11</sup> De acordo com Giovanni BERLINGUER e Volnei GARRAFA, em matéria de juridicização de temas relacionados à bioética, é preciso ter cautela: *“o principal caminho a ser seguido é o do progresso cultural e moral, que consiste na formação de um senso comum que compreenda ao mesmo tempo o reconhecimento de variados comportamentos e alguns pontos fixos, a que todos se comprometam respeitar mais por convicções do que por temor da lei.”* (*op. cit.*, p. 208).

<sup>12</sup> H. Tristram ENGELHARDT, JR, apresenta mais um sentido da expressão pós-modernidade: *“A pós-modernidade também passou a identificar as condições sociológicas e epistemológicas: a perda de uma narrativa universal segundo a qual se poderia interpretar a experiência humana, juntamente com a da capacidade de justificar ou revelar em termos seculares gerais a essência de tal narrativa.”* (*op. cit.*, p. 27).

<sup>13</sup> Tal aspecto é ressaltado por André Rangel RIOS: *“A desaprovção, ao menos uma forte desconfiança, da tecnologia em geral é talvez tão antiga quanto a história das civilizações, mas uma particular inquietação com a possibilidade da produção pela ciência de um ser similar ao ser humano parece ter se exarcebado no início do século XIX quando se começa a pensar que a tecnologia (...) poderia vivificar um tal ser.”* (*op. cit.*, p. 12-13).

interrompidas. Como pondera Volnei GARRAFA, “o extraordinário impulso experimentado pela ciência e tecnologia médicas nas últimas décadas trouxe uma gama inquestionável de benefícios para a humanidade.”<sup>14</sup> Contudo, a ausência de qualquer abordagem criticamente alicerçada nas questões morais envolvidas nas descobertas científicas vem se mostrando dissociada dos interesses sociais, coletivos e difusos, gerando muitas vezes benefícios voltados à apropriação de riquezas econômicas por parte de empresas sem qualquer preocupação propriamente com os benefícios de tais descobertas<sup>15</sup>. O sistema de patenteamento de determinados códigos genéticos de algumas bactérias, como o genoma do *Helicobacter pylori*, e a seqüência genética da *Mycobacterium tuberculosis* retardam a possibilidade de descobertas de tratamentos mais eficazes contra a úlcera gástrica e a tuberculose, respectivamente, diante da garantia do sigilo das pesquisas realizadas. Numa comparação bastante pertinente, alguns autores apontam tal apropriação como parecida com a época dos Grandes Descobrimentos em que os conquistadores fincavam bandeira em certos territórios e, assim, tornavam-se proprietários das novas terras e povos descobertos: “Naquele tempo, em nome do rei da Espanha ou da rainha da Inglaterra, ou dessa ou daquela religião. Hoje em nome da ciência, mas sempre por sede de lucros.”<sup>16</sup>

Os dilemas, por óbvio, são muitos, mas nunca se pode deixar de considerar que, a despeito dos abusos praticados no desenvolvimento da ciência e biotecnologia, os avanços científicos podem perfeitamente ser sintonizados com as questões morais, contribuindo para resolver dramas que praticamente sempre existiram desde o aparecimento da civilização humana, relacionados à vida e à morte. No campo científico, fundamentalmente relacionado ao século

---

<sup>14</sup> GARRAFA, Volnei. Respostas éticas ao mercado de órgãos humanos: doações, pesquisa e prevenção. In: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (orgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 206. No mesmo sentido manifesta-se José de Oliveira ASCENSÃO: “em tudo o que respeita ao conhecimento e às possibilidades de intervenção sobre o homem como ser biológico tem havido avanços extraordinários nos tempos recentes; esses avanços trazem também problemas ingentes à meditação ética e à prática jurídica.” (Direito e bioética. In: ASCENSÃO, Oliveira et alii. *Direito de saúde e bioética*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 9).

<sup>15</sup> Daí a precisa observação de Vicente de Paulo BARRETTO: “O progresso científico (...) não se processa de forma neutra, mas, principalmente no campo da engenharia genética, envolve uma rede imensa de interesses econômicos que acabam por questionar os próprios fundamentos da tradição ética ocidental.” (Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel et al. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 56-57).

<sup>16</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 61.

XX, são realçados os três megaprojetos sobre os quais os cientistas se debruçaram: o projeto Manhattan<sup>17</sup>, o projeto Apollo<sup>18</sup> e o projeto Genoma Humano<sup>19</sup>. Como já se disse, “nunca a humanidade teve tanta responsabilidade para com o seu próprio futuro! Precisamos de uma ética que ultrapasse os interesses individuais e corporativistas e abra as perspectivas do futuro de toda a humanidade.”<sup>20</sup> As conquistas científicas, especialmente as relacionadas à revolução biotecnológica, chamaram a atenção quanto aos perigos concretos de desvios de finalidade na utilização dos novos conhecimentos: “os fantasmas que rondaram as descobertas da biologia contemporânea tinham (...) uma certa materialidade, pois o progresso biológico trouxe consigo a lembrança dos experimentos nazistas, o que justificou a proclamação das normas do Código de Nuremberg.”<sup>21</sup> Tal observação se mostra bastante atual, primordialmente no contexto de políticas internacionais não-transparentes e de iniciativas particulares no campo científico que, de maneira dissimulada, buscam justificar certas práticas sob o manto dos princípios e valores neoliberais, o que exige uma redobrada atenção de todos aqueles que se preocupam com valores e fundamentos relacionados às pessoas humanas de índole existencial e não-patrimonial<sup>22</sup>. A noção de responsabilidade jurídica, atualmente, extrapola os limites do presente porquanto insere a preocupação com a prevenção de lesão às futuras gerações e, concomitantemente, com a promoção dos valores existenciais do “por-vir”.

---

<sup>17</sup> Trata-se do projeto visando descobrir e utilizar a energia nuclear que, como sempre é lembrado, resultou na produção da bomba atômica, utilizada para o fim da Segunda Guerra Mundial.

<sup>18</sup> Cuida-se do projeto relacionado à descoberta do universo, do cosmos, que permitiu a chegada do homem na lua, e que vem se desenvolvendo cada vez mais, agora com a busca de sinais de vida em outro planeta.

<sup>19</sup> Tal projeto, que se originou com a descoberta do DNA, busca obter o conhecimento a respeito da herança biológica do ser humano, visando elucidar inúmeros mistérios e segredos relacionados à vida e, conseqüentemente, à morte.

<sup>20</sup> PASSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 5.

<sup>21</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Problemas e perspectivas da bioética, *op. cit.*, p. 66. Daí a precisa observação de José de Oliveira ASCENSÃO, quanto à necessidade “de que marchem a par as ciências da natureza e as ciências normativas, para que o progresso se faça ao serviço do homem, e não em seu detrimento.” (*op. cit.*, p. 9).

<sup>22</sup> “Há, pois, que disciplinar os avanços da ciência no domínio da genética, acolhendo, claro, como bençãos os seus resultados positivos, mas não tolerando que se ponham em causa os grandes princípios e valores que definem a nossa civilização” (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 206).

No campo do tema envolvendo o patrimônio genético e sua manipulação pelas novas técnicas de engenharia genética, há vasto campo para desvios, podendo ser ressaltado o perigo da violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por via de consequência, à destruição da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país. De acordo com o art. 225, *caput*, da Constituição Federal, “o meio ambiente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida”, devendo o Poder Público defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, inclusive com a preservação de diversidade e da integridade do patrimônio genético do país (inciso II, do § 1º, do art. 225, referido).

Há de ser destacado o ritmo veloz das pesquisas e descobertas no campo biotecnológico, permitindo o rápido desenvolvimento da biotecnologia com conseqüências imediatas e sentidas por toda a civilização, mas fundamentalmente não se pode perder de vista o elemento teleológico de toda a atividade científica, como espécie de atividade humana: a pessoa humana<sup>23</sup>. “*Há um mundo que reconhece e estimula um desenvolvimento tumultuado mas também descontrolado da ciência e da tecnologia. Há um conjunto de tradições e de culturas que se confrontam e, freqüentemente, se opõem quando é preciso fazer escolhas. Há uma moral em contínua evolução.*”<sup>24</sup>

Os avanços da biotecnologia são surpreendentes, valendo ressaltar que muitas das descobertas no campo da biologia e da medicina eram simplesmente inimagináveis há bem pouco tempo. Quem poderia prever, por exemplo, que a ciência poderia desvendar os mistérios do patrimônio genético do ser humano e de outros seres animais e vegetais? Exatamente em virtude de tal imprevisibilidade não havia preocupação a respeito da possibilidade do patenteamento da espécie humana ou de seus microorganismos patogênicos, como a *Mycobacterium tuberculosis*, ou da apropriação de propriedade

---

<sup>23</sup> Daí a necessidade de sempre se recordar e de se atentar para a instigante frase de Heidegger: “*o homem é a mais importante matéria-prima.*” (Apud RIOS, André Rangel, *op. cit.*, p. 11).

<sup>24</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 47. Daí a observação dos autores: “*O principal desafio da ciência, no quadro dos dilemas morais, em relação aos diversos usos do corpo humano e de suas partes é o do progresso sem vínculos predeterminados, criando e experimentando ao mesmo tempo soluções que tenham um sentido ético-prático-positivo.*” (*op. cit.*, p. 159). Tal sentido deve encontrar-se voltado para o benefício da sociedade, funcionalizada no seus componentes, a saber, as pessoas humanas.

intelectual sobre a vida. Aponta-se como sendo o marco inicial da revolução biotecnológica o ano de 1973 “quando Paul Berg, prêmio Nobel de 1980, realizou o primeiro implante de DNA; e quando cinco anos mais tarde, um grupo de cientistas produziu as enzimas de restrição, a tesoura química capaz de cortar o DNA.”<sup>25</sup> A partir de então, e de maneira mais acentuada desde os anos noventa, são praticamente diárias as notícias sobre as descobertas que envolvem “a mais delicada intimidade biológica dos seres humanos, como os transplantes de células e de material genético para a cura de algumas doenças, a clonagem de células somáticas e germinais e, enfim, com o projeto genoma para o mapeamento integral do DNA humano.”<sup>26</sup>

Jean BERNARD identifica duas revoluções ocorridas nas ciências da vida, com conseqüências distintas para a ética: a) a revolução biológica, que proporciona ao homem três tipos essenciais de controle, a saber, o controle da reprodução, o controle da hereditariedade e o controle do sistema nervoso, e que “atinge o homem no seu âmago”; b) a revolução terapêutica, relacionada à medicina, ou mais exatamente, “à ética da aplicação dos progressos recentes no tratamento e na prevenção de doenças e à ética da pesquisa clínica.”<sup>27</sup> No contexto da revolução biológica, mais especificamente relacionada ao controle da hereditariedade, encontra-se a engenharia genética entendida como sendo “a disciplina que reúne as operações, as pesquisas que permitem essas transformações, pesquisas inicialmente chamadas manipulações genéticas, biotecnologia genética.”<sup>28</sup> Há sérios riscos, no contexto da engenharia genética,

---

<sup>25</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 61. Jean BERNARD também apresenta o início das revoluções nas ciências da vida como sendo com a experiência envolvendo um micróbio, comensal do intestino do ser humano, realizada por Paul Berg: “Em 1971, o cientista americano Paul Berg mostra que é possível transformar o patrimônio genético do colibacilo. Um colibacilo sensível aos antibióticos se torna resistente a eles. Um colibacilo pode se tornar um operário da indústria farmacêutica, fabricando proteínas humanas como a insulina. Pode também transportar um vírus do câncer.” (A bioética, *op. cit.*, p. 47).

<sup>26</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 61.

<sup>27</sup> BERNARD, Jean. A bioética, *op. cit.*, p. 10. Tal distinção se mostra importante, especialmente no que toca ao tema infertilidade e medicina, porquanto nos casos de infertilidade do casal, a reprodução medicamente assistida não representa a cura, mas sim o expediente encontrado para possibilitar a perpetuação daquele casal mesmo com a infertilidade. Ou seja: obtém-se o resultado desejado, mas sem resolver a causa da infertilidade.

<sup>28</sup> BERNARD, Jean. A bioética, *op. cit.*, p. 49. Léo PASSINI e Christian de Paul de BARCHIFONTAINE observam que “tudo indica que o fio condutor da economia no século XXI será a Engenharia Genética, tendo como locomotiva o Projeto Genoma Humano.” (*op. cit.*, p. 5-6).

com a possibilidade de transformar o patrimônio genético de uma pessoa humana, concretizando as profecias de Aldous Huxley: *“O geneticista poderia, à vontade e no melhor dos mundos, fabricar Charlie Chaplin, Adolf Hitler ou um campeão de salto a distância.”*<sup>29</sup> Diante de tais possibilidades, parece que pouco falta para se alcançar a realização de práticas de eugenia, o que demonstra a existência de riscos evidentes para a própria permanência da civilização humana na face da Terra. A presença de limites éticos para realização de estudos e pesquisas relacionadas à engenharia genética se afigura imprescindível, mas sabe-se de antemão que a questão extrapola a Moral ingressando imediatamente no campo jurídico, a merecer tratamento urgente<sup>30</sup>.

Há posição defendida internacionalmente no sentido de que a biotecnologia, no seus diversos segmentos, pode resolver todos os problemas que afligem a pessoa humana no mundo contemporâneo, como por exemplo a orientação do então diretor geral da UNESCO que, no discurso de abertura da Assembléia Iberoamericana da Ciência e Tecnologia, apresentou *“vasta informação sobre as perspectivas que as biotecnologias abrem para a saúde humana, para a criação de animais e de plantas e para o desenvolvimento econômico. As suas palavras são, substancialmente, um hino à capacidade da biotecnologia de resolver os males do mundo.”*<sup>31</sup> Contudo, os riscos e os perigos são muitos, daí a importância da bioética e, conseqüentemente, do biodireito no que toca aos limites da biotecnologia.

As repercussões dos avanços biotecnológicos em vários setores das relações humanas foram detectadas rapidamente<sup>32</sup>. Vale observar a área de acesso aos recursos genéticos existentes na Amazônia, apontada em notícias como local

---

<sup>29</sup> BERNARD, Jean. *A bioética, op. cit.*, p. 51. Diante de tais ponderações, Jean BERNARD sustenta a proibição de toda e qualquer experiência de engenharia genética que age e atua no indivíduo inteiro, admitindo apenas em relação a determinados órgãos, para *“prevenir doenças genéticas, tais como as doenças da hemoglobina, e, talvez, em seguida, a hemofilia, as miopatias.”* (*op. cit.*, p. 51).

<sup>30</sup> Vicente de Paulo BARRETTTO identifica a engenharia genética como um dos campos da biotecnologia em que mais se acentua o conflito entre a tradição ética ocidental e os valores da cultura da tecnocivilização: *“No contexto da tecnociência, o conflito referido assumiu peculiar intensidade no âmbito da biologia contemporânea, principalmente nas suas mais avançadas realizações, que se encontram no campo da engenharia genética.”* (Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 21).

<sup>31</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 62.

<sup>32</sup> De acordo com Patrícia Aurélia Del Nero, a pesquisa biotecnológica tem proporcionado aplicação prática em vários setores industriais como aqueles de indústrias químicas, energéticas, alimentares, de cosméticos e de bebidas, bem como em outras áreas como na agricultura e no tratamento de dejetos: “Os

que conta com a presença de pelo menos dez mil espécies diferentes de fungos e bactérias (microorganismos) cujos princípios ativos podem servir para curar enfermidades ou reduzir drasticamente seus efeitos<sup>33</sup>. Há, também, neste setor, necessidade quanto à verificação a respeito da observância de limites éticos e jurídicos, diante dos riscos concretos de “apropriação privada” de vida. Observa-se, aqui, claramente, a influência dos fatores econômicos a nortear, muitas vezes, as soluções que devem ser adotadas, em desprestígio dos valores morais, jurídicos e culturais. A busca da realização de desejos pessoais ou institucionais, associada a fatores econômicos e políticos, representa a justificativa encontrada para a adoção da biotecnologia, com base no princípio da autonomia, desconsiderando os demais princípios bioéticos e princípios jurídicos mundial e nacionalmente consagrados. Mas a finalidade da bioética é, ao mesmo tempo, permitir o desenvolvimento da biotecnologia<sup>34</sup> - alcançando-se os progressos da biogenética -, e promover e tutelar a vida, mas não permitir a sua manipulação para atendimento de outros interesses. A necessidade de compatibilizar os avanços biotecnológicos com os valores éticos deve nortear o desenvolvimento da bioética, numa perspectiva pluralista, democrática, humanista e existencialista, prestigiando sempre a pessoa humana. Assim, a busca de uma melhor qualidade de vida humana, através da biotecnologia, fulcrada na integração e aplicação conjunta dos princípios bioéticos reconhecidos, deve ser o vetor que a bioética deve alcançar.

No período atual, *“no contexto dessa civilização tecnocientífica é que se afirma ser a bioética o campo próprio para repensar a ética, pois o material de reflexão do novo ramo da filosofia moral trata com o nascimento de **uma nova humanidade e de uma nova natureza**”*<sup>35</sup>. Os avanços científicos relacionados

---

*produtos biotecnológicos consistem em novos materiais ou organismos, produtos esses que incluem microorganismos (bactérias e fungos), partes de organismos (como linhagens celulares), substâncias produzidas por qualquer um desses elementos (como enzimas) e substâncias obtidas por técnicas de DNA recombinante”* (Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 248).

<sup>33</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p. 68.

<sup>34</sup> Nas palavras de Volnei GARRAFA, *“muitas doenças de natureza hereditária e, provavelmente, também de outras origens poderão vir a ser prevenidas e controladas em um futuro próximo a partir de simples seleções genéticas em nível do embrião. O conhecimento do genoma humano, portanto, trará como consequência um impacto decisivo sobre o futuro da medicina. O diagnóstico, a prevenção e o tratamento serão determinados essencialmente pela estrutura genética de cada paciente.”* ( *op. cit.*, p. 228).

<sup>35</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 19-20.

à biologia e à medicina produzem mudanças não apenas na natureza que, ao ser desvendada, passa a ser reformulada, mas também na própria pessoa humana: *“são conhecimentos que não se restringem à explicação do mundo natural, mas que apontam para mudanças no próprio ser humano.”*<sup>36</sup> O ponto central é que, diante de uma nova humanidade e de uma nova natureza, diferentes relações sociais surgiram no contexto da civilização humana. Com o controle e dominação cada vez maiores da ciência sobre as forças da natureza, especialmente no campo da vida, há necessidade de avaliar os impactos desse admirável e instigante mundo novo, recheado de descobertas e novidades científicas que parecem não ter limites. Nas palavras de Neto de CARVALHO, *“a passagem para um novo tipo de civilização, com valores, interesses e tecnologias específicos, sobre a qual pesa a pressão do crescimento populacional, exige que a Ciência do Direito avance também a um ritmo mais acelerado, sob pena de se ver ultrapassada.”*<sup>37</sup>

Oportuno se faz observar que os impactos não se restringem a determinado território de um país ou nação no globo terrestre, especialmente diante da circunstância de que as pesquisas e técnicas se referem à vida em geral – em especial a vida humana – e, conseqüentemente, o interesse é de toda a civilização e sociedade mundial. Assim, a par das relações internacionais entre os Estados sobre uma série de outros temas, surge a responsabilidade internacional de todos os governos, na condição de representantes dos Estados, no campo da teoria e prática da biotecnologia. Nesse sentido, a Declaração da UNESCO, de 1997, *“não se restringe a determinar os parâmetros legais que visam proteger diretamente a pessoa humana nas pesquisas relacionadas com o genoma humano, mas avança procurando estabelecer as condições para o exercício da atividade científica ao prever responsabilidades, tanto dos cientistas e pesquisadores envolvidos nessas pesquisas, como dos Estados (arts. 10 – 16).”*<sup>38</sup> Há, nas relações internacionais, deveres específicos dos Estados relativamente aos temas objeto de preocupação da bioética, exatamente em virtude das repercussões práticas da biotecnologia, destacando-se os deveres de solidariedade e de cooperação internacional. *“A cooperação internacional é prevista na Declaração sob quatro formas: através da avaliação dos riscos e benefícios com o genoma humano, da promoção de pesquisas sobre biologia e genética humana, levando-se em conta os problemas específicos*

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>37</sup> CARVALHO, Francisco Neto de, *op. cit.*, p. 201.

<sup>38</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 45.

*dos diferentes países, da utilização dessas pesquisas em favor do progresso econômico e social e assegurando-se o livre intercâmbio de conhecimentos e informações nas áreas de biologia, genética e medicina (art. 19).<sup>39</sup>*

Heidegger, em alguns trabalhos escritos, manifestou preocupação com o poder humano no sentido de pretender dominar a vida e, conseqüentemente, com os reflexos da nova forma de poder. Nas palavras de André Rangel RIOS, *“Heidegger é o primeiro filósofo a abordar (...) a questão da possibilidade e das conseqüências de se vir a sintetizar vida num laboratório, (...) a questão da possibilidade da tecnologia dominar a vida e, em especial, a geração de seres humanos.”*<sup>40</sup> Tom WILKIE, em trabalho bem mais recente, da mesma forma, reconhece o poder decorrente do conhecimento científico que a genética pode proporcionar no contexto da civilização humana, tanto na atual quanto nas futuras gerações: *“Comer dessa árvore da sabedoria talvez não signifique a plena realização da promessa da serpente – ‘vossos olhos se abrirão e sereis como os deuses’-, mas esse saber trará também, inevitavelmente, poder. Como esse poder será exercido e quem o controlará?”*<sup>41</sup> O exemplo nazista, com o aproveitamento de conhecimentos científicos, foi idôneo suficiente para alertar sobre a necessidade da sociedade internacional se precaver contra os abusos do poder político e do poder biotecnológico, daí a imprescindibilidade da reflexão bioética, e, conseqüentemente, da construção do biodireito.

Como observa Vicente BARRETTO, *“a tecnocivilização mudou (...) não somente a forma do conhecimento humano, mas também o próprio estatuto natural da situação do homem no mundo ou, como dizem os filósofos, do nosso ser-no-mundo. O homem deixa de ser um agente exclusivamente voltado para dominar e controlar o mundo que o cerca, passando a receber desse domínio uma influência reflexa, que irá alterar o próprio estatuto da humanidade.”*<sup>42</sup> Sob o prisma internacional, a biotecnologia pode vir a servir como a continuidade da dominação/espoliação países desenvolvidos sobre os países subdesenvolvidos, como bem observaram BERLINGUER e GARRAFA: *“O bem-estar do Ocidente, com efeito, foi conseguido há muitos séculos, muito menos por dinamismo, inteligência, arrojo, empreendimento econômico*

---

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> RIOS, André Rangel, *op. cit.*, p. 13.

<sup>41</sup> WILKIE, Tom, *op. cit.*, p. 8.

<sup>42</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Problemas e perspectivas da bioética, *op. cit.*, p. 55.

---

e vitalidade democrática, e muito mais por haver extraído efetivamente recursos sempre novos de outras partes do mundo”<sup>43</sup>. Com os novos conhecimentos científicos, obtidos através da biotecnologia, o homem amplia como nunca o seu domínio sobre a natureza, estendendo tal poder a ponto de percorrer o caminho inverso, já que passa a intervir na própria condição natural da pessoa humana<sup>44</sup>, possibilitando a aplicação de novas tecnologias biológicas sem previsão quanto às conseqüências possíveis. “Por lidar com esse novo tipo de conhecimento, o homem contemporâneo interroga-se de forma crescente sobre as dimensões, as repercussões e as perspectivas das novas descobertas científicas e de suas aplicações tecnológicas.”<sup>45</sup>

Em torno das questões relativas à nova humanidade, à nova natureza e à nova forma de poder, encontra-se o ponto crucial que se relaciona aos interesses econômicos no campo da biotecnologia – e, conseqüentemente, numa de suas vertentes ilícitas, a da biopirataria. “O progresso científico, por outro lado, em virtude de suas aplicações tecnológicas, não se processa de forma neutra, mas, no campo da engenharia genética, envolve uma rede imensa de interesses econômicos que acabam por questionar os próprios fundamentos da tradição ética ocidental.”<sup>46</sup> Caso os interesses econômicos se coloquem

---

<sup>43</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 122. Os autores complementam: “Primeiro o ouro da América, depois os escravos da África (...), mais adiante o algodão e outras matérias primas da Ásia, e mais recentemente mão-de-obra a custo baixo para a produção industrial.” (p. 122).

<sup>44</sup> No sentido do texto é a posição de Francesco BELLINO: “O biopoder do homem estendeu-se ao próprio homem até poder modificar a própria natureza do ser humano” (*op. cit.*, p. 112).

<sup>45</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 20. Hans JONAS observa “o facto de o conhecimento prospectivo ficar atrás do conhecimento técnico que alimenta o nosso poder de agir, assume ele próprio importância ética. O reconhecimento da ignorância torna-se assim no anverso do dever de conhecer e, por esse meio, parte integrante da ética que tem de governar o cada vez mais necessário autopolicimento do nosso desproporcionado poder. Nenhuma ética anterior tinha de levar em consideração a condição global da vida humana e o futuro distante ou até mesmo a existência da espécie” (*op. cit.*, p.39).

<sup>46</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo, p. 21. Ao comentar a respeito das técnicas de ADN recombinante, Tom WILKIE observa que “essas técnicas de ADN recombinante, ou de engenharia genética, são atualmente a base de uma grande indústria.” (*op. cit.*, p. 74). Francisco Vieira LIMA NETO também destaca a repercussão dos interesses econômicos em temas de biotecnologia: “As angústias morais são acrescidas aquelas dívidas que surgem para o homem quando este se propõe a fazer a análise dos aspectos econômicos – quem fornece os recursos para as pesquisas científicas e quem se apropria de seus resultados? – e políticos – a quem cabe o poder de controlar e criar a vida em laboratório? – que surgem do crescente uso da biotecnologia” (*op. cit.*, p. 21). Louise VANDELAC, do mesmo modo, aponta os estreitos vínculos entre os interesses econômicos e os avanços científicos “c’est pour l’industrie agroalimentaire que les centres zootechniques et les firmes agrochimiques ont développé la congélation de sperme et d’embryons, l’insémination artificielle, la stimulation ovarienne, le lavage utérin et la pratique des

como os únicos ou os principais a serem protegidos, em assuntos relacionados às ciências biológicas, especialmente à biotecnologia e seus diversos segmentos, o risco da “coisificação” da pessoa humana será muito maior<sup>47</sup>. A História vem demonstrando a derrocada e falência dos países e nações adeptos de sistemas econômicos que, desconsiderando fatores de ordem social, política, humanista, pretenderam ser auto-suficientes e plenos nos seus objetivos e finalidades, o que se mostrou falho, ilegítimo e desumano.

Na literatura mundial especializada, vários exemplos a respeito dos liames entre a biotecnologia e interesses econômicos são apontados a partir da experiência concreta. Nos Estados Unidos da América, Andrew Kimbrell denominou a situação envolvendo as mulheres que celebram negócios onerosos relativos à “cessão de uso” do seu útero para servir como “mães substitutas” de a *bioescravidão da mulher*<sup>48</sup>. No México, o tráfico de crianças para variadas finalidades, inclusive para a retirada de órgãos com vistas à realização de transplantes, foi denunciado por Eric Sottas, presidente da Organização Mundial contra a Tortura<sup>49</sup>.

Não há como deixar de considerar a importância das leis do mercado até mesmo para o avanço científico, pois indubitavelmente muitas das conquistas alcançadas somente foram possíveis com investimentos privados e recursos públicos vultosos, sendo certo que em vários temas de bioética os interesses econômicos se mostram evidentes. Como já se disse, “o mercado exercita

---

*‘vaches portaises’*”. (L’embryo-économie du vivant... ou du numéraire aux embryons surnuméraires. In: TESTARD, Jacques. Le magasin des enfants. Paris: Gallimard, 1994, p. 164).

<sup>47</sup> Deve-se, aqui, sublinhar as preocupações de Jean BERNARD que, no último capítulo de seu livro, apresenta a aula ministrada sobre a história da bioética, no ano de 2.090: “A partir de 2020 começa o segundo período dessa evolução da bioética, no século XXI. Um dos períodos mais sombrios da História da Humanidade, pensa Jorge, revendo as suas anotações. A Humanidade já conhecera a escravatura das sociedades antigas, o tráfico dos negros até o século XIX, a solução final de Hitler. Vai durante 40 anos, de 2020 a 2060, conhecer as conseqüências perigosas da aliança não controlada do dinheiro e da biologia, do lucro e da ciência”. (Da biologia à ética, *op. cit.*, p. 249).

<sup>48</sup> *Apud* BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 30. Os autores também exemplificam a exploração da pessoa humana com as chamadas “cobaias remuneradas”: “Existem (...) casos de cessão do próprio corpo para fins de pesquisa científica, sobretudo no campo dos medicamentos ou de terapias experimentais, mediante pagamento ou outros benefícios materiais, ou devido a pressões de várias naturezas: relações de hierarquia, condições de coação (com detentos, por exemplo), doentes sem capacidade de reagir e outras condições de inferioridade.” (p. 31).

<sup>49</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 80.

*uma forte influência sobre a vida, a saúde, a natureza e sobre a própria ciência. E exerce esta influência tanto para o bem como para o mal. O mercado estimulou, por exemplo, a pesquisa e a produção de medicamentos úteis.”*<sup>50</sup> Com tais considerações, verifica-se a importância dos interesses econômicos para a própria melhoria da condição e qualidade da vida humana com o estímulo ao progresso e desenvolvimento tecnológicos<sup>51</sup>. O que não se mostra possível e razoável é se admitir que os interesses econômicos possam ser considerados absolutos e preponderantes aos preceitos éticos aplicáveis. A solução é buscar a conciliação entre as leis do mercado e os princípios morais que resguardem, ao mesmo tempo, o progresso biocientífico e a pessoa humana, devendo ser priorizada a tutela do interesse desta, quando for inevitável a escolha entre eles, inclusive no que tange à proteção das presentes e futuras gerações. Observa-se, muitas vezes, o desinteresse na abordagem do tema envolvendo os limites éticos do mercado, sendo importante destacar as palavras de Norberto Bobbio quanto à necessidade de manter o corpo humano “fora do mercado”, não por eventual sacralidade, mas em razão da preocupação quanto à destruição de qualquer valor, inclusive a democracia: *“Se tudo se pode comprar e vender, isto é, se tudo tem um preço, também o homem, sua dignidade, sua honra, seu corpo; e então, não se vê porque também o voto não possa tornar-se objeto de mercado. Mas quando também o voto torna-se mercadoria, a democracia,*

---

<sup>50</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>51</sup> A direta influência da economia em vários temas de bioética foi apontada pelo Ministro das Relações Exteriores do Brasil, em pronunciamento feito perante o Senado Federal: *“Com o advento da chamada revolução tecnológica, especialmente a partir de 1980, a proteção da propriedade industrial e intelectual cresceu em importância, em razão do valor comercial inerente às novas tecnologias, especialmente num contexto de acirramento da competição de mercados globais. Como o desenvolvimento das tecnologias requer significativas inversões de capital, a proteção à propriedade intelectual passou a ser cada vez mais perseguida como fator de estímulo aos investimentos e até como pré-requisito para que esses investimentos sejam feitos.”* (apud NERO, Patrícia Aurélia del. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: RT, 1998, p. 108). Patrícia del NERO transcreveu, ainda, trecho do pensamento de Noam Chomsky sobre os acordos celebrados na Rodada Uruguai do GATT: *“O acordo internacional do GATT possui uma relação apenas limitada com o livre comércio. O objetivo primordial dos Estados Unidos é o aumento da proteção à propriedade intelectual, incluindo software, patentes de sementes, medicamentos e assim por diante. A Comissão de Comércio Internacional dos Estados Unidos estima que as empresas norte-americanas vão ganhar US\$ 61 bilhões por ano do Terceiro Mundo se as exigências protecionistas dos Estados Unidos forem satisfeitas no GATT. (...) Tais medidas se destinam a assegurar às empresas sediadas nos Estados Unidos o controle sobre a tecnologia, incluindo a biotecnologia que, se espera, irá permitir que a empresa privada controle a saúde, a agricultura e os meios de vida em geral, trancando a maioria pobre na prisão da dependência e da impotência.”* (op. cit., p. 110).

*entendida como governo fundado sobre a liberdade de opinião, também submete-se.*"<sup>52</sup>

A própria existência de políticas governamentais destinadas ao financiamento de pesquisas e práticas biotecnológicas necessariamente deve considerar os limites éticos quanto ao desenvolvimento científico, intercambiando informações que permitam o avanço das ciências da vida e da natureza, como deve se verificar no Projeto Genoma Humano: *"O compartilhamento desde o início dos dados sobre o ADN humano tem muito maior probabilidade de ocorrer se os esforços do mapeamento e sequenciamento em grande escala forem empreendidos por todas as grandes nações industriais que desejarão usar esses dados. (...) As nações do mundo precisam entender que o genoma humano pertence à população do mundo, não às suas nações."*<sup>53</sup> Nas palavras de BRONOWSKI, *"a ciência não é um mecanismo, mas um progresso humano, e não uma série de descobertas, mas a procura das mesmas. Aqueles que pensam que a ciência é neutra do ponto de vista ético, confundem as descobertas da ciência, que o são, com a atividade da ciência, que o não é."*<sup>54</sup>

### **3. BIOPIRATARIA**

A partir da grande divisão feita por Jean BERNARD a respeito das duas grandes revoluções que vêm se verificando no campo das ciências da vida,

---

<sup>52</sup> *Apud* BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 152.

<sup>53</sup> WILKIE, Tom, *op. cit.*, p. 101. No mesmo sentido é a posição de Stela Marcos de Almeida Neves BARBAS: *"as descobertas da tecnologia e da ciência já não circulam livremente entre as universidades e laboratórios, estão a ser privatizadas pela investigação das multinacionais, que, em princípio, guardam os segredos, os resultados de suas investigações numa procura de vencer as concorrentes e conseguir melhores resultados designadamente económicos. No Relatório Mundial sobre a Ciência de 1993 a UNESCO voltou a reafirmar: 'O conhecimento pertence à humanidade'"* (*op. cit.*, p. 21).

<sup>54</sup> BRONOWSKI, Jacob, *op. cit.*, p. 69. Não se pode admitir a validade e legitimidade da justificação da dominação do poder e do mercado em razão de explicações biológicas, devendo ser rechaçada orientação segundo a qual, na precisa crítica de Francisco Vieira LIMA NETO, *"o atual estágio das relações de mercado se caracteriza por adotar a biologia como um privilegiado instrumento de análise e explicação das relações sociais, o que designa no que Kurz denomina de 'biologização do social', ou seja, uma ideologia que procura explicar a concorrência universal entre indivíduos, grupos sociais e nações não como um resultado do capitalismo e do neoliberalismo, mas como um inexorável destino humano traçado pela herança genética."* (*op. cit.*, p. 41). Devem ser repudiadas as teorias deterministas como a que se expressa na orientação transcrita antes.

dentro de uma perspectiva ética, que são a revolução biológica e a revolução terapêutica, surgem os principais temas que normalmente servem para debate, discussão e deliberação sobre as conclusões relativas à bioética. Vale notar que a bioética, nas palavras de José Alberto Minetti, “*responde ao deslocamento dos pontos de referência tradicionais da vida – as novas formas de nascer, procriar e morrer -, com o intuito de impedir uma tecnologia demiúrgica sem consciência.*”<sup>55</sup> Parizeau, por exemplo, apresentou a seguinte agenda temática da bioética, sistematizando as relações que envolvem: a) médico-paciente, normalmente contemplada nos códigos de ética médica, que se vincula à prática da medicina; b) experimentos e pesquisas científicas com seres humanos; c) emprego das técnicas de reprodução humana e de morte consentida (ou eutanásia); d) intervenções sobre o corpo humano, como os transplantes de órgãos e tecidos, o transexualismo, a medicina esportiva; e) intervenções científicas sobre o patrimônio genético da pessoa humana; f) efeitos da aplicação das técnicas de manipulação de personalidade e intervenção sobre o cérebro; g) emprego das técnicas genéticas e seus efeitos no mundo animal e vegetal<sup>56</sup>.

Dentro do rol de temas inseridos especialmente em alguma das categorias citadas, constantes da agenda temática de bioética, praticamente todos conduzem a várias questões morais. Temas relacionados às políticas governamentais de saúde e de previdência social, bem como aos programas de financiamento de pesquisas e experimentos científicos com recursos públicos e privados também se inserem no contexto das discussões contemporâneas da bioética, não podendo ser desconsiderados dentro de uma visão mais ampla da problemática dos temas de bioética. A beneficência - encarada sob o fundamento basilar da solidariedade no sentido de propiciar o bem-estar individual da pessoa humana -, a autonomia – tida no contexto do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana -, e a justiça – considerada no âmbito de se concretizar a isonomia material entre as pessoas humanas, com a redução e supressão das desigualdades sociais<sup>57</sup> -, formando a base

---

<sup>55</sup> *Apud* VIEIRA, Tereza Rodrigues, *op. cit.*, p. 16.

<sup>56</sup> *Apud* BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 35.

<sup>57</sup> Como já se sentenciou, “*o usufruto democrático dos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, portanto, está muito longe de ser alcançado. Esta é a dura e crua realidade: quem tem poder de compra vive mais, quem é pobre vive menos. E a vida, em muitas instâncias, passa a ser um negócio: rentável para alguns, principalmente para os proprietários de companhias internacionais seguradoras de saúde; e inalcançável para uma multidão de excluídos sociais que não têm condições de acesso às novas*

principiológica da bioética, devem ser devidamente equacionadas na sociedade internacional para formação de algumas regras de biodireito dentro do que se considera como de moralidade universal, bem como também merecem ser implementadas, em outros pontos, nas comunidades nacionais em conformidade com os valores morais e culturais adotados no âmbito de determinados territórios, respeitando-se o consenso entre as diversas comunidades morais particulares. Sem dúvida, alguns temas subsistirão fora do biodireito, referindo-se apenas à bioética, mas quanto àqueles que tocam mais profundamente os temas de alta relevância para a continuidade da humanidade é imprescindível a intervenção da regulamentação jurídica, sob pena da concretização de riscos quanto ao futuro da civilização humana no globo terrestre.

Os valores morais e os culturais são dotados de dinamismo, não sendo imutáveis<sup>58</sup>, mas a própria evolução da civilização humana permitiu que determinados temas envolvendo a pessoa humana resultassem em convicções de moralidade universal, como por exemplo a de não se reconhecer a legitimidade da escravidão. Sobre temas como este, cuja convicção moral passou a ser universal diante da evolução da sociedade mundial, tornou-se imperativo categórico o estabelecimento formal de regras jurídicas, inclusive no contexto internacional, quanto à proibição da escravidão por exemplo. O mesmo tem ocorrido relativamente a alguns temas decorrentes da consideração de limites éticos sobre os avanços da biotecnologia, mas sobre outros não há convicção universal. *“Sobre a patenteabilidade existe, antes ainda que entre interesses diferentes, uma disputa de fundo entre as culturas, entre as orientações favoráveis que prevalecem nos Estados Unidos, ao contrário dos europeus, que são mais restritivos ou pelo menos mais prudentes.”*<sup>59</sup> Evidentemente que, no que toca

---

*descobertas e seus benefícios decorrentes”* (GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina F. e OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*. Brasília: Editora UnB, 2000, p. 15).

<sup>58</sup> Nesse mesmo sentido, é a manifestação de Jacob BRONOWSKI: *“Será verdade que os conceitos de ciência, da ética e dos valores pertencem a mundos diferentes? Estará o mundo daquilo que é sujeito à experiência, e o mundo daquilo que deve ser, não? Não creio que assim seja. Conceitos como justiça, humanidade e vida plena não permaneceram fixos nos últimos 400 anos, independentemente daquilo que os homens da Igreja e os filósofos possam pretender”* (*op. cit.*, p. 47). Também pode ser mencionado o posicionamento de Francisco Neto de CARVALHO: *“Tais valores têm variado ao longo dos tempos e atravessamos precisamente um momento em que se encontram sujeitos a profunda reelaboração, mesmo quando ainda não nos tenhamos dado conta disso, porque a mudança, embora veloz, é também gradual.”* (*op. cit.*, p. 86).

<sup>59</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, *op. cit.*, p. 204.

a temas de envergadura, como é o do patenteamento, não se mostra possível que o biodireito o deixe à conveniência dos interesses políticos, religiosos ou econômicos, não tratando deles, mas impondo a adoção de posturas éticas que somente poderão ser conseguidas mediante o debate, o diálogo, as discussões e conclusões efetivas. Tais temas se relacionam diretamente à continuidade da humanidade. Faz-se necessário criar um sistema de regras e de culturas *“baseadas exatamente na tutela e na afirmação da dignidade corporal”*<sup>60</sup>, que concilie o conhecimento e a valorização da pessoa humana, sendo para tanto o debate bioético fundamental. O direito é instrumento de adequação social, que por conseguinte serve de forma de organização entre os povos que se baseiam na racionalidade: *“na medida em que se organiza como fruto dessa racionalidade, a ordem jurídica irá refletir valores nascidos dessa própria racionalidade, necessariamente universal e reguladora da autonomia individual.”*<sup>61</sup>

Um dos temas da macrobioética é o da biopirataria que representa uma ameaça ou efetiva lesão à biodiversidade de certo país ou determinada região como ocorre no exemplo da Amazônia. A biopirataria consiste, na definição de Maria Helena DINIZ, *“no uso de patrimônio genético de um país por empresas multinacionais para atender a fins industriais, explorando, indevida e clandestinamente, sua fauna ou sua flora, sem efetuar qualquer pagamento por essa matéria-prima”*<sup>62</sup>. Nas palavras de Celso FIORILLO, a biopirataria representa *“a coleta de materiais para fabricação de medicamentos no exterior sem o pagamento de royalties ao Brasil”*<sup>63</sup>, sendo tais materiais oriundos da biodiversidade existente em determinada região como a Amazônia. O exemplo mais comum da prática da biopirataria como ilícito – tendo por objeto bem imaterial como é o patrimônio genético – é o das empresas farmacêuticas que utilizam recursos da flora amazônica como componentes medicinais, ao promoverem sua industrialização e comercialização sem compartilhamento dos lucros obtidos com os países e nações fornecedoras da matéria-prima imaterial<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> *Idem* p. 212.

<sup>61</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 13.

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 642-643.

<sup>63</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFERIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 66.

<sup>64</sup> José Renato Nalini aponta o exemplo da indústria farmacêutica Novartis que pretendeu celebrar acordo com a Bioamazônia (organização social criada pelo governo federal para desenvolver pesquisas

A questão que se revela mais grave do que a não-distribuição das vantagens econômicas decorrentes da exploração científica e comercial dos recursos genéticos pelas empresas é a da destruição do patrimônio genético, com o uso indiscriminado e descontrolado dos recursos naturais de determinada região, em flagrante violação ao disposto no art. 225, da Constituição Federal<sup>65</sup>. É válido notar que o § 1º, do art. 225, no seu inciso II, do texto constitucional, impõe ao Poder Público o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e também o dever de fiscalizar as entidades destinadas à pesquisa e manipulação de material genético. Contudo, no caso do Brasil, sabe-se que não vem sendo cumprido tal comando por força dos ilícitos que até hoje ainda ocorrem no campo da biopirataria. Daí o questionamento apresentado pela doutrina: “*não deveriam as organizações não governamentais, sob fiscalização do Ministério Público, controlar o uso da flora e da fauna nacional, evitando a dilapidação (dos recursos genéticos) e seu apoderamento por países desenvolvidos?*”<sup>66</sup>

Por ocasião da ECO-92, reconheceu-se que o patrimônio genético deve se inserir no âmbito da soberania dos países sobre a preservação de sua diversidade e integridade, daí a razão pela qual a Convenção sobre Biodiversidade considerou que os recursos genéticos de uma região – inclusive os que possuem valor econômico – não podem ser vistos como patrimônio comum da humanidade. Neste sentido, Celso FIORILLO e Adriana DIAFÉRIA apontam a importância dos artigos 15 e 16, da Convenção (que foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto Legislativo nº 2/94), que prevêem três mecanismos para que o país se beneficie do uso sustentável de seus recursos genéticos: a) participação do país na pesquisa sobre tais recursos; b) divisão dos benefícios financeiros obtidos mediante a exploração comercial dos recursos genéticos; c) repartição dos benefícios tecnológicos obtidos do uso destes recursos<sup>67</sup>. Tais regras visam não apenas permitir a divisão das

---

farmacêuticas na região) envolvendo microorganismos da Amazônia brasileira, sendo que houve manifestação contrária da comunidade científica brasileira, além do então Ministro do Meio Ambiente José Sarney Filho (*op. cit.*, p. 69).

<sup>65</sup> Como observa Bertha K. Becker, “*num aparente paradoxo, é livre o acesso das forças globais aos recursos genéticos e informações enquanto o acesso destes à região é restrito. Evidencia-se a necessidade imperiosa de institucionalizar a cooperação internacional de modo a assegurar à nação transparência sobre os processos de uso de seu patrimônio natural*” (Amazônia, fronteira experimental para o século XXI. In: RIOS, André Rangel *et al.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 199).

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 643.

<sup>67</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana, *op. cit.*, p. 67.

vantagens econômicas decorrentes do uso dos recursos genéticos para fins econômicos, mas também permitir o aperfeiçoamento científico e tecnológico no âmbito das nações soberanas onde se localizam os recursos genéticos utilizados. Tal aproveitamento interno da tecnologia obtida a partir de estudos e pesquisas tendo como objeto recursos genéticos deve também servir para a realidade social brasileira que, desse modo, poderá não se sujeitar ao poder econômico de outra nação ou grupo empresarial estrangeiro. Há, dessa forma, atendimento ao objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional brasileiro (art. 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988) sob a ótica qualitativa (e não apenas de crescimento econômico), além de ser possível a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, entendida a liberdade também sob a ótica econômica, com igualdade material de oportunidades.

Por força da norma contida no art. 225, § 1º, incisos II e VII, da Constituição Federal de 1988, é dever do Poder Público no Brasil *“preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país”*, *“fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”* e *“proteger a flora e a fauna”*, dentro de contexto voltado obrigatoriamente à defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. O art. 15, da Convenção sobre Biodiversidade, prevê a soberania dos direitos dos Estados sobre seus recursos naturais e, assim, cuida também da autoridade nacional incumbida de autorizar o acesso ao patrimônio genético em conformidade com a legislação existente. Há a previsão acerca do necessário consentimento prévio e fundamentado do Estado onde se localizam os recursos genéticos, como regra, de maneira exatamente a evitar a prática da biopirataria. Prevê-se, ainda, que o Estado deve iniciar e desenvolver pesquisas científicas baseadas nos seus recursos genéticos, bem como participar daquelas desenvolvidas por aquele que foi autorizado a explorar os recursos genéticos do país. O art. 16, da mesma Convenção sobre Biodiversidade, estabelece o acesso à tecnologia e sua transferência aos países em desenvolvimento em condições mais favoráveis e justas, na busca da efetivação da igualdade material com oferecimento de melhores oportunidades (inclusive quanto ao sistema de patentes e outros direitos de propriedade intelectual).

No Brasil, há o projeto de lei sobre recursos genéticos – de nº 306/95 – que pode vir a se converter na Lei de Acesso à Biodiversidade, em que se

busca a inserção das regras e princípios da Convenção sobre Biodiversidade no nível infraconstitucional. De acordo com as regras projetadas, qualquer pessoa responsável pelo desenvolvimento de qualquer produto que empregue informação genética encontrada em ser vivo no território brasileiro deverá recompensar a União e os povos detentores das técnicas – como as comunidades tradicionais brasileiras<sup>68</sup> (arts. 10 e 17, do projeto). É importante notar a previsão contida nos arts. 17 e 18, a respeito da existência de direitos de propriedade intelectual coletivos, a saber, os produzidos a partir das práticas e costumes de comunidades que há muito se utilizam dos recursos genéticos da biodiversidade nacional. Entre os princípios expressos no texto projetado, sobressaem: a) os da soberania e da indisponibilidade dos direitos sobre a diversidade e integridade dos recursos genéticos existentes no Brasil<sup>69</sup>; b) o democrático da participação das comunidades locais e dos povos indígenas relativamente às decisões acerca do acesso aos recursos genéticos nas áreas que ocupam; e c) o do desenvolvimento nacional, com a participação do país nos benefícios econômicos e sociais decorrentes do acesso e da utilização dos recursos genéticos brasileiros, especialmente voltados em proveito das comunidades locais e povos indígenas envolvidos<sup>70</sup>. O art. 6º, do Projeto, prevê que o acesso aos recursos genéticos somente será possível após prévia autorização pela autoridade brasileira competente, e será acompanhado de instituição técnico-científica brasileira de reconhecido valor no segmento objeto da pesquisa e designada pela autoridade competente. Há interessante norma contida no art. 13, do texto projetado, que prevê a possibilidade do Poder Público restringir ou proibir o acesso aos recursos genéticos nacionais, arrolando, de maneira exemplificativa, algumas hipóteses: a) perigo de extinção de espécies, subespécies, estirpes ou variedades; b) motivo de endemismo ou raridade; c) condições de vulnerabilidade na estrutura ou funcionamento dos ecossistemas; d) efeitos adversos sobre a saúde humana ou sobre a qualidade

---

<sup>68</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana, *op. cit.*, p. 68.

<sup>69</sup> Patrícia Aurélio Del Nero reputa, corretamente, que o registro de patente da planta conhecida como “quebra-pedra”, existente na biodiversidade existente no território brasileiro, permitindo a monopolização de tal vida vegetal em favor do titular da patente, contraria a orientação contida nos arts. 15 e 21, do texto projetado, que não reconhecem válido título de propriedade intelectual sobre recursos genéticos ou produtos obtidos em contrariedade à lei (*op. cit.*, p. 262).

<sup>70</sup> Como anota Bertha Becker, na Amazônia ainda hoje vigora o regime do livre acesso “e os grupos sociais locais, via de regra, não tem consciência de seu importante papel e dele não usufruem benefícios” (*op. cit.*, p. 169).

de vida ou identidade cultural das comunidades locais; e) impactos ambientais indesejáveis ou dificilmente controláveis sobre os ecossistemas; f) perigo de erosão genética ou perda de ecossistemas; g) descumprimento das normas de biossegurança ou de segurança alimentar; h) utilização de recursos com fins contrários aos interesses nacionais e aos tratados assinados pelo país, principalmente os de direitos humanos.

Nos Estados do Acre e do Amapá foram editados textos legislativos locais (Lei nº 1.235/97 e Lei nº 388/97, respectivamente) para o fim de combate à biopirataria. De acordo com a lei estadual acreana, o acesso aos recursos genéticos localizados no território daquele Estado em favor dos estrangeiros somente é possível se houver associação a uma instituição ou empresa brasileira da área de pesquisa (art. 12, parágrafo único)<sup>71</sup>. O art. 7º, parágrafo único, da Lei estadual do Amapá, prevê que os trabalhos de levantamento e de coleta de recursos de diversidade biológica deverão, obrigatoriamente, contar com o acompanhamento de instituição técnico-científica brasileira conceituada na área relativa ao objeto de pesquisa e designada pela autoridade competente.

As iniciativas legislativas mencionadas demonstram a preocupação que há muito se verifica quanto à exploração desenvolvida por determinados pesquisadores e cientistas (notadamente através de financiamentos feitos por empresas estrangeiras) no que tange ao patrimônio genético existente no território nacional. Não há como impedir o avanço da ciência. Contudo, não é possível permitir que interesses econômicos continuem norteando os destinos da civilização humana. A apropriação privada da biodiversidade brasileira é frontalmente contrária ao comando constitucional contido no art. 225, *caput*, da Constituição brasileira de 1988 e, desse modo, sequer uma norma infraconstitucional pode contrariar a norma constitucional, daí reputar correta a afirmação de Patrícia DEL NERO ao comentar o tratamento dado pela Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial): “a regulamentação da propriedade

---

<sup>71</sup> A lei estadual do Acre, nas palavras de Celso Fiorillo e Adriana Diaféria, teve como antecedente o episódio envolvendo a organização não-governamental Selva Viva quanto à possível prática de biopirataria: “A Selva Viva contava com o apoio das multinacionais farmacêuticas Ciba Geigy, Hoechst, Sandoz, Lilly, Jhonson & Jhonson para estimular os índios a catalogar e produzir viveiros de plantas medicinais existentes em comunidades indígenas no Acre. Em troca desse trabalho a entidade doava remédios e prometia ajuda financeira para projetos de auto-sustentação” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana, *op. cit.*, p. 69).

*intelectual “rasgou” o texto constitucional, embrulhando a biodiversidade em um pacote, legitimando o “saque” desse patrimônio do país”<sup>72</sup>.*

Há, como visto, interesses difusos e coletivos na preservação da biodiversidade nacional e, com isso, logicamente a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, no campo dos contratos internacionais, ganham conteúdos cercados de elementos restritivos e, simultaneamente, promocionais. Se no âmbito das relações típicas de Direito Civil – no segmento do Direito dos Contratos – reconhece-se indubitavelmente vários limites e restrições à contratação, ao modelo, ao conteúdo e aos efeitos do contrato, bem como aos aspectos funcionais e positivos nas fases contratuais para fins de promoção dos interesses particulares dos contratantes e interesses coletivos, com muito mais razão deve-se reconhecer a existência de tais limites e aspectos promocionais no âmbito dos contratos relacionados à biodiversidade nacional. Com base na ordem jurídica que se instaurou com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, os valores jurídicos que se mostraram prevalentes se baseiam na dignidade da pessoa humana, na promoção e tutela da cidadania, da solidariedade, do humanismo, do existencialismo e, especialmente, da justiça social. Desse modo, os contratos em geral – e, logicamente, neste contexto os contratos internacionais – tiveram finalmente reconhecida a função econômico-social que desempenham junto à coletividade, daí o reconhecimento de princípios fundamentais nas relações contratuais como os da boa-fé objetiva, da confiança, da vedação do enriquecimento sem causa, da proibição do abuso do direito, da equivalência das prestações (não apenas no momento anterior à formação, mas também durante a execução do contrato), da correção, da incidência dos direitos humanos, entre outros. Há, desse modo, com base no novo modelo contratual que se construiu, o reconhecimento e a efetivação da cláusula geral da função social do contrato<sup>73</sup> que também é perfeitamente aplicável nas relações internacionais. Assim, logicamente, diante das mudanças jurídicas que se operaram com a Constituição Federal de 1988, os contratos internacionais envolvendo os recursos genéticos existentes na biodiversidade brasileira somente

---

<sup>72</sup> DEL NERO, Patrícia Aurélio, *op. cit.*, p. 273.

<sup>73</sup> Tal cláusula atualmente se encontra expressa no art. 421, do novo Código Civil brasileiro, demonstrando a modificação significativa da realidade jurídica do Direito dos Contratos, com a derrocada do individualismo e do voluntarismo exacerbado para dar lugar à presença do solidarismo, da confiança, da boa-fé e da busca da realização da justiça social e igualdade material entre as pessoas.

podem ser reconhecidos como legítimos e válidos se estiverem em conformidade com os princípios e regras do texto constitucional.

É indispensável atentar para a advertência feita por Patrícia DEL NERO a respeito do advento da Lei nº 9.279/96 em matéria de patenteamento de produtos e processos biotecnológicos: *“a alteração da regulamentação brasileira sofreu relevante ingerência de fatores de ordem externa, consubstanciada na aplicação reiterada e ostensiva de sanções econômicas impostas pelos Estados Unidos, (...), o que demonstra uma invasão à soberania nacional, ainda que de forma difusa, bem como na inobservância dos interesses nacionais e, em muitos aspectos, na própria inobservância de princípios constitucionais que são imprescindíveis à preservação do meio ambiente, à estrutura da ordem econômica brasileira e ao desenvolvimento técnico-científico do país”*<sup>74</sup>.

No contexto da contemporaneidade, é indispensável a preservação da biodiversidade existente não apenas para as gerações atuais, mas também para as futuras gerações. É fundamental a atuação do Poder Público que, no caso brasileiro, vem expressamente prevista no art. 225, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988, voltada à promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, à redução das desigualdades, ao desenvolvimento (qualitativo) nacional, à promoção do bem-estar de todos sem qualquer preconceito, e à erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º). Contudo, muito além da atuação do Poder Público brasileiro, é dever de toda a coletividade defender, preservar e promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, concretizando de maneira plena o comando constitucional contido no art. 225, do texto constitucional brasileiro. E, tais atividades coletivas somente poderão ser direcionadas ao combate implacável à biopirataria e à exigência do atendimento aos interesses difusos, coletivos e sociais na admissão dos contratos internacionais envolvendo os recursos genéticos existentes no país de modo a promover e tutelar os valores e bens jurídicos fundamentais da República brasileira.

---

<sup>74</sup> DEL NERO, Patrícia Aurélia, *op. cit.*, p. 304.

---

## **O SENTIDO DA VIDA – A GUERRA DOS NOSSOS TEMPOS**

---

*Regina Coeli Medeiros de Carvalho - Juíza Federal da  
18ª Vara Federal do Rio de Janeiro*

Nós, como todos os animais (embora racionais), temos o instinto de preservação da vida, da espécie, da prole, ou seja, o, popularmente conhecido, respeito (medo?) a morte.

Em alguns, esse desejo de viver, se revela por apego à família, outros ao poder, outros a bens materiais e assim por diante, pelos mais diferentes motivos.

Por uma razão ou por outra, sempre avaliamos os nossos riscos diários, antes dessa ou daquela ação mais afoita, que nos exponha mais ou menos ao perigo.

Ainda muito jovem, aluna de colégio católico, era obrigada a um anual retiro espiritual, o qual vinha sempre acompanhado de um tema para meditação.

Num dos últimos retiros que participei no colégio, o tema de meditação versou sobre a morte.

A notícia caiu como uma bomba sobre as nossas cabeças, pois, garotas, no desabrochar da vida, pensávamos sobre qualquer coisa, menos sobre essas questões, cuja menção era, tacitamente, proibida.

Levei comigo, dentre outras coisas, os mais diversos jogos, todos que pudesse esconder entre os meus pertences, pois imaginei que aquele retiro ia ser tão pesado, que precisaria de derivativos para espaircer.

Ledo engano.

A medida que o tema progredia, mais minha mente escorregava a meditar sobre o sentido da vida.

Importante ressaltar que, àquela altura, uma menina de 12 anos, querendo vivenciar de tudo e o mais rapidamente possível, ter que freiar, desacelerar e meditar sobre a morte era, simplesmente, surreal.

Mas, parei. Meditei e tirei as minhas conclusões, apesar das limitações próprias da idade.

A principal conclusão foi a de que não era imortal (os jovens pensam que são). O fato de que, pela ordem natural das coisas, a morte era uma questão totalmente distante, não me tornava invulnerável a ela.

Vamos morrer; todos vamos morrer um dia, hoje, amanhã, mas vamos morrer. Isso é um fato certo, aliás a única coisa certa na vida... concluí.

Essas questões me afloraram, quando naquela manhã de 3ª feira, recebi a notícia de que a representação da ONU no Iraque, havia sido atacada e o nosso querido Embaixador Sérgio Vieira de Mello, encontrava-se sob os escombros. O chão me faltou. As lágrimas afloraram, respirei, contive, pois já sabia que não resistiria. Naquele dia, em que soube que havia aceito a missão no Iraque soube, também, que não sairia ileso dali... eu senti o que ele não viu, porque o sentido de vida nele era mais forte do que o seu instinto de sobrevivência.

Se fizermos uma breve análise sobre a trajetória do Embaixador é fácil vislumbrar que ele encontrou o sentido da vida, embora todo o tempo caminhando ao lado da morte. Ele decidiu lutar pela paz e pelas causas humanitárias e passou a viver em função disso, mesmo cômico de que poderia morrer por isso. Ponto.

O que não se pode aceitar é que, após essa dolorosa morte, que ainda nos incomoda, os responsáveis venham a público dizer que o mataram porque era amigo do Presidente Bush. Que a missão da ONU, que lá estava prestando ajuda humanitária, compactuava com os americanos e que por esse motivo seus membros mereciam morrer, também.

Ressalte-se que a ONU foi contra a invasão do Iraque, com voto nesse sentido do Brasil e com o aval pessoal e expresso do Presidente brasileiro.

A conclusão é muito triste: o terror agora determina os nossos afetos, preferências, nos julga e nos condena a morte, sem direito a defesa, não importa a causa, mesmo que seja ajuda humanitária ao seu povo.

A missão no Iraque tem que continuar, pediu o nosso herói nos seus últimos suspiros. Mas, diante dessas declarações dos seus algozes, eu pergunto: Vale a pena continuar?

As cinzas dos mais de três mil inocentes mortos no atentado de 11 de setembro ainda ardem.

Pergunto, ainda:

Será que quando exterminarem o último americano da face da terra eles vão parar?

Respondo:

- eles não vão parar. Eles não vão parar porque a guerra deles não é só contra os americanos. Os americanos são o grande obstáculo inicial. Eles não vão parar porque querem nos impor sua convicção. Eles não vão parar, porque abraçar qualquer crença diversa da deles é compactuar com o demônio e eles têm que lutar contra ele, até que a terra se torne o paraíso, ou seja, um lugar habitado somente por terroristas. Eles são os puros e todo o resto é impuro; precisa ser eliminado da face da terra.

Não. Nem assim eles vão parar. Eles não vão parar porque haverá ainda muitos de seu grupo que merecem morrer. Aqueles das tribos vizinhas, provavelmente alguém mais inteligente, mais estudioso, mais trabalhador. De preferência os desarmados, as crianças, mulheres e velhos, porque esses "puros" são covardes.

Atacaram a ONU porque não havia segurança, ao invés de enfrentar um exército, preparado para confrontos.

Enfim, como todo mundo tem que morrer um dia, vamos ficar aqui, de braços cruzados, assistindo esse holocausto e esperando a nossa vez. Ou não?

O que fazem os dirigentes mundiais que ainda não se uniram para impedir essas tragédias e solucionar o problema?

Qual o problema?

Coragem. Esse é um sentido de vida.

---

# **A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DE INSTÂNCIA DO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91**

*Estudo em homenagem ao Professor Sérgio Ferraz*

---

*Por José Eduardo Nobre Matta – Juiz Federal da 6ª  
Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro –  
Professor de Ciência Política e Direito Constitucional  
da Faculdade da Cidade e Conferencista dos Cursos  
de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá*

## **SUMÁRIO :**

*I. Apresentação II. Breve histórico da cláusula do devido processo legal III. Hermenêutica constitucional dos direitos e garantias fundamentais - Alcance do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal na ordem constitucional vigente IV. O alcance da cláusula do devido processo legal e a exigência de garantia de instância prevista no parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91*

## **I. APRESENTAÇÃO**

Alguns institutos jurídicos tiram sua vida da experiência histórica dos povos. Por sua própria natureza, estão em contínua mutação evolucionar, se bem que possuam um núcleo axiológico reconhecível em qualquer sistema jurídico-positivo. A riqueza valorativa dessa cepa de institutos faz com que influam no sistema como um todo, convolvando-os em verdadeiros princípios constitucionais<sup>1</sup>. Dessa modalidade é a cláusula do devido processo legal.

---

<sup>1</sup>Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em

Partindo do estudo do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal, dirigimos nossa análise, precipuamente, para a constitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91. É certo, porém, que o mesmo raciocínio aqui empreendido pode e deve ser feito para todas as normas que, restringindo o alcance do devido processo legal, exijam depósito prévio para que possa o administrado recorrer de decisão de primeira instância administrativa.

## **II. BREVE HISTÓRICO SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

### **II.1. DIREITO INGLÊS**

O Duque normando Guilherme, O Conquistador, em 1066, partiu da Normandia acompanhado de 6.000 cavaleiros para empreender a conquista da Inglaterra. Venceu o herdeiro legal, Haroldo, na Batalha de Hastings, apoderando-se do trono inglês. Guilherme dizia-se herdeiro legal do Rei Eduardo, O Confessor, morto havia pouco e que lhe teria deixado o trono em herança. Guilherme reinou com mão de ferro, tornando a nobreza inglesa fraca, comparativamente à francesa. Os feudos eram bem menores que os franceses e todo senhor feudal tinha que prestar juramento de fidelidade ao rei. Além disso, o país foi dividido em condados, sendo o rei representado ali por um funcionário local - o xerife - com autoridade não apenas sobre os plebeus mas também sobre os próprios senhores.

Ao reinado de Guilherme, O Conquistador, seguiu-se o de Henrique II (1154-1189), que deu prosseguimento à política centralizadora do primeiro. De origem francesa, da família de Plantageneta, Henrique II sequer falava inglês. Foi um rei poderoso. Três vezes por ano reunia a Grande Assembléia, na qual promulgava as leis, válidas para todo o reino. Organizou com eficiência a justiça e o exército. Tentou opor-se à Igreja, porém, ameaçado de excomunhão pelo papa, curvou-se ao seu poderio.

Ricardo Coração de Leão foi o sucessor de Henrique II. Deu continuidade à obra de seu antecessor, fortalecendo ainda mais o trono, em detrimento da

---

direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.” CRISAFULLI, apud BONAVIDES in Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 230.

nobreza. Morto Ricardo, sobe ao trono seu irmão, João Sem-Terra, que tentara anteriormente usurpar o trono quando da prisão do rei na Áustria, quando este voltava da Terceira Cruzada. Já naquela primeira tentativa de alcançar o poder, João Sem-Terra não se mostrara digno de ocupar a coroa. Todavia, assumindo definitivamente o poder, passou a exigir elevados tributos, comportando-se como verdadeiro tirano. Paralelamente, sua política externa foi outro desastre. Perdeu grande parte dos feudos que os ingleses possuíam na França, em embate com o rei francês Filipe Augusto. Confrontou também o poder papal, não logrando êxito em seu intento. Sua situação complicou-se ainda mais, após a derrota de seus aliados da Alemanha e da Flandres, na Batalha de Bouvines, em 1214, pelas tropas de Filipe Augusto. No ano seguinte, os barões ingleses trataram de obrigar o rei a assinar o documento que ficou conhecido como a Magna Carta, limitando-lhe o poder.

Dignas de nota as poéticas palavras de **PAULO FERNANDO SILVEIRA**:

*“Legislaram, na época, para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, motivo pelo qual nós também devemos pagar enorme tributo à Magna Carta. A luta para sua conquista revela a própria natureza da humanidade, no sentido de que o homem nasceu para ser livre, com direito incontestável à busca da felicidade individual, não havendo poder na Terra que possa obstar esse fato. Denota, também, esse monumental documento, que o direito à liberdade pertence a todo o povo, dele não podendo ser excluído ninguém.”<sup>2</sup>*

Observe-se que a expressão devido processo legal ('due process of law') não foi utilizada na Magna Carta. Ali, no artigo 39, faz-se referência a julgamento legal e a lei da terra ('law of the land')<sup>3</sup>. A expressão hoje consagrada foi utilizada pela primeira vez somente em 1354, no "Statute of Westminster of the Liberties of London"<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> in Devido Processo Legal (Due Processo of Law), p. 18.

<sup>3</sup> "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land." (grifos nossos).

<sup>4</sup> "None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law" (grifos nossos).

---

## II.2. DIREITO NORTE-AMERICANO

Levaram os colonizadores ingleses para as colônias da América do Norte os fundamentos da “common law” e do devido processo legal.

Com a independência, e o insucesso da frágil experiência do pacto consubstanciado nos “Artigos da Confederação”<sup>5</sup>, reuniram-se representantes dos novos Estados independentes em Filadélfia, onde firmaram a Constituição americana de 1787. Originariamente com apenas sete artigos, foi acrescida de dez emendas em 1791, por força do gênio de Jefferson, Madison e Mason. É a chamada “Bill of Rights” - Emendas nº 1 a 10, propostas pelo Congresso a 25 de setembro de 1789 e ratificadas por um número suficiente de Estados até 15 de dezembro de 1789<sup>6</sup>. Essas 10 Emendas iniciais tinham por escopo exatamente a contenção do poder estatal nacional.

Foi na Emenda V que se utilizou a expressão “due process of law” primeiramente:

*“Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (“without due process of law”); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.”*

A Emenda XIV, proposta a 16 de junho de 1866 e declarada ratificada a 21 de julho de 1868, em sua Seção I, tratou de aplicar a cláusula do devido processo legal especificamente aos Estados da União:

---

<sup>5</sup> Na apresentação da reunião dos Artigos Federalistas, Isaac Kramnick, observa que “De 1776 a 1787, a América, sob os Artigos, não passou de uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes. O Artigo II dessa primeira Constituição americana declarava que ‘cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência.’” In Os Artigos Federalistas, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993, p. 09.

<sup>6</sup> Conforme Bernard Schwartz, in Direito Constitucional Americano, nota nº 1, p. 416.

*“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (“due process of law”); nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.*

A evolução do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal nos Estados Unidos da América passa necessariamente por seu delineamento junto à Suprema Corte daquele país. Com efeito, o estudo do Direito Constitucional Norte-Americano é predominantemente o próprio estudo das decisões de sua Corte Maior. É dizer, com **A. L. GOODHART**, que “para compreender tal Constituição é, portanto, necessário, estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em parte, *governo pela ação judicial*”<sup>7</sup>.

**EDWARD S. CORWIN** adotou em seus estudos sobre a Suprema Corte Americana a seguinte periodização: até 1835, de 1835 a 1895, de 1895 a 1937, e de 1937 em diante. Foi o mesmo critério adotado por **LÊDA BOEHCAT RODRIGUES**, em seu clássico *A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano*. O que se observa de uma maneira mais ou menos geral em cada período, é uma ampliação cada vez maior da aplicação da cláusula do devido processo legal, sempre com o escopo de dar a maior proteção possível ao cidadão. Vale anotar as palavras da eminente autora:

*“A cláusula de due process of law, inserida na 5a. Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14a. Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na história constitucional da Inglaterra, à law of the land, ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo.”*<sup>8</sup>... *“Vimos como a cláusula de due processo of law se tornou, nos últimos anos do período anterior, limitação substantiva*

---

<sup>7</sup> Apresentação da obra *Direito Constitucional Americano*, p. 09.

<sup>8</sup> in *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, p. 92.

*do poder dos Estados de regular a liberdade privada em prol do bem-estar público. Ela passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame de seu acordo com a razão (reasonableness). Determinar o que constituía o due process transformou-se, dizem KELLY e HARBISON, na consideração mais importante do direito constitucional americano.”<sup>9</sup>*

Com efeito, não há por parte da Suprema Corte Americana uma definição exata do que vem a ser o devido processo legal, mas é certo que há um delineamento jurisprudencial claro em cada período assinalado pela doutrina que estuda as decisões daquele tribunal. E mais, verifica-se um alargamento cada vez maior do próprio alcance que o Poder Judiciário confere à referida cláusula. Assim é que, **CORWIN**, citado por **LÊDA BOECHAT RODRIGUES**, em relação ao delineamento dado pela Corte Suprema Americana a partir de 1937, assevera que a equivalência da cláusula ao que se chamou de razoabilidade da lei findou por ampliar também os poderes da própria Corte Suprema. Anotem-se as palavras do ilustre professor:

*“deixou o controle judicial de ter limites definidos e mencionáveis, variando consideravelmente a extensão em que a Corte reexaminará os fatos justificativos da lei sob a cláusula de ‘due process’ da Constituição; em última análise, depende essa matéria do exclusivo arbítrio da Corte e de nada mais”<sup>10</sup>*

**LÊDA BOECHAT RODRIGUES** vai mais adiante e antevê nas últimas decisões da Corte Suprema, a partir de 1957, uma preocupação mais acentuada ainda com o resguardo dos direitos e liberdades civis, a ponto de ter reservado o último capítulo de sua obra à análise de julgados daquele ano. Com efeito, tal tendência verificada nas decisões da Suprema Corte Americana, de preocupação cada vez maior com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, é hoje fenômeno mundial, como anota **NORBERTO BOBBIO**. Diz o pensador italiano que **“o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”<sup>11</sup>**.

---

<sup>9</sup> Ob. Cit., p. 140.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 229.

<sup>11</sup> in A Era dos Direitos, p. 24.

### II.3. DIREITO BRASILEIRO

Da análise do contorno da cláusula do devido processo legal na Inglaterra e Estados Unidos, verifica-se ser esta um instrumento de limitação do poder estatal em prol do cidadão. Por certo, a efetividade do instrumento depende da força das instituições responsáveis por sua aplicação. Apenas num estado de direito democrático, com um Poder Judiciário forte e respeitado, o devido processo legal será verdadeira garantia de direitos fundamentais.

Não basta, pois, haver previsão constitucional do princípio. Necessária a estabilidade da ordem democrática para que se diga presente, de fato, a aludida cláusula no ordenamento jurídico de um país. Destarte, em poucos momentos da história brasileira pode-se dizer aplicável o conteúdo jurídico do princípio.

Na Constituição Imperial não há qualquer menção expressa a devido processo legal. Deveras, é difícil pensar em garantias constitucionais efetivas na realidade daquela ordem constitucional, em consequência da amplitude de poderes enfeixados nas mãos do Imperador. Dignas de nota as palavras de **PAULO BONAVIDES** sobre o período:

*“O mais grave vício que comprometeu todo o sistema parlamentar pátrio foi indubitavelmente a concentração de poderes nas mãos do Imperador, que se converteu, através do Poder Moderador, em supremo juiz das questões políticas...Durante a experiência parlamentar do Império, o País conheceu nada menos que 35 ministérios. No longo reinado de D. Pedro II, 22 ministérios sucumbiram aos litígios políticos dos dois partidos, liberais e conservadores, que disputavam com baixesa áulica e servilismo a simpatia decisiva do Imperador, indispensável à conservação e sobrevivência dos gabinetes. De fato, ambos, conservadores e liberais, se alternaram monotonamente no ministério, sendo, conforme já referimos, a queda dos gabinetes decidida sempre pelo poder pessoal do monarca, sem cujas graças nenhum partido alcança manter-se no poder. Dissolveu D. Pedro II onze vezes a Câmara...”<sup>12</sup>*

---

<sup>12</sup> in Ciência Política, p. 338/339.

Mas não é só. Os artigos 101, VII e 154 da Constituição de 1824 davam ao Imperador poder para suspender magistrados, o que lhes retirava a autonomia e independência necessárias para o desempenho da função. Perfeita, pois, a observação de **PAULO FERNANDO SILVEIRA**:

*“Não havendo poder judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado.”<sup>13</sup>*

Vale consignar, contudo, expressa referência à garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, um dos aspectos, como se verá, do princípio do devido processo legal. Com efeito, previa o artigo 158 daquela Constituição a existência de Tribunal de Relação para revisão de causas para a comodidade do povo.

A Carta de 1891, de seu turno, também não previu expressamente o devido processo legal. Porém, tratou de registrar uma Declaração de Direitos, onde reconhecia garantias típicas do conteúdo jurídico do devido processo legal, se bem que com ênfase na esfera penal, tais como: princípio do juiz natural (parágrafo 15, do art. 72) e ampla defesa (parágrafo 16, do art. 72). Havia, também, previsão de independência e autonomia do Poder Judiciário, consoante a expressa vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos gravadas no artigo 57. Todavia, não se pode falar em verdadeira estabilidade institucional e democrática na República Velha.

Em muitos de seus discursos parlamentares **RUI** aponta as graves distorções do regime neste período de nossa história. São do grande publicista as seguintes palavras, lamentavelmente ainda tão atuais:

*“O régimen exclui o merecimento, por isso é um régimen fatal, é um régimen que se liquida, é um régimen que se perde. Se o Brasil tem de reviver, se o presidencialismo ainda tem de se agüentar, se a República dispõe dos meios de atravessar esta crise, há de ser regenerando-se destes costumes torpes em que se afundou o quadriênio passado, há de ser melhorando os costumes políticos, há de ser promovendo o merecimento, há de ser ouvindo com respeito a palavra livre, há de ser banindo da administração pública os grandes culpados, os grandes prevaricadores e os*

---

<sup>13</sup> Ob. Cit., p. 24.

*grandes criminosos: Há de ser governando com a opinião nacional. Há de ser acabando com as oligarquias que esmagam, devastam e desonram o País.”*<sup>14</sup>

Também a questão eleitoral apontava claramente para a inexistência de Estado Democrático de Direito, tornando inviável a perfeita aplicabilidade dos aspectos do devido processo legal insculpidos naquela Carta Política. O historiador **THOMAS SKIDMORE** explicita a questão:

*“Pela Constituição de 1891, a presidência era o grande prêmio da política nacional. Já que o presidente estava constitucionalmente impedido de se suceder a si mesmo, era fatal que houvesse grande agitação política, de quatro em quatro anos (a duração do período presidencial), à medida que a liderança situacionista procurava acordo entre os líderes das principais máquinas políticas estaduais para a indicação de um sucessor. Uma vez acertada a indicação, contudo, isso já equivalia à eleição, de vez que os governos estaduais tinham poder para dirigir as eleições e não hesitavam em manipular os resultados para enquadrá-los nos seus arranjos pré-eleitorais...Mas os resultados das cidades ainda podiam ser neutralizados pelos ‘currais’ eleitorais dos chefões do interior (conhecidos como ‘coronéis’)...”*<sup>15</sup>

Mas o que mais contribuiu para a ineficiência das garantias constitucionais foi a timidez do Poder Judiciário durante toda a República Velha. Prova disto foi a Emenda Constitucional de 05 de setembro de 1926 que afastou da jurisdição questões ligadas à intervenção nos Estados, declaração de estado de sítio e suas conseqüências, e mandatos de membros de legislativo e executivo.<sup>16</sup> Como se vê, enquanto nos Estados Unidos verificou-se desde cedo um enorme prestígio do Poder Judiciário, aqui o fenômeno foi exatamente oposto.

---

<sup>14</sup> in Discursos Parlamentares, vol. XLII 1915, Tomo II, p. 231.

<sup>15</sup> in Brasil: de Getúlio a Castelo Branco, 1930-1964, p. 21/22.

<sup>16</sup> Eis o parágrafo 5º acrescentado ao artigo 60 da Carta Política de 1891, pela Emenda nº 5/26: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer os atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.”

A Constituição de 1934, fruto de deliberação de Assembléia Constituinte eleita em 03.05.1933,<sup>17</sup> teve breve vigência. Esta, também não chegou a empregar a expressão devido processo legal. Porém, tratou de inculpir no capítulo II de seu Título III, alguns aspectos processuais do conteúdo jurídico anglo-americano da cláusula do devido processo legal, principalmente no que se refere à matéria penal. Vale conferir, por exemplo, os itens 21, 24, 25, e 26, todos do artigo 113.

O período especialmente conturbado da breve história da Carta de 1934 torna evidente a falta de efetividade das garantias dos direitos fundamentais ali insculpidas. Com efeito, insuflando o medo da ameaça comunista, Vargas conseguiu do Congresso armas de emergência muito contundentes, utilizadas em diversas ocasiões, demonstrando claramente a inaptidão democrática do governo, mesmo antes do golpe derradeiro de 1937. Anota **SKIDMORE**:

*“Os poderes de emergência do governo federal foram rapidamente aumentados. A 25 de novembro, Vargas pediu ao Congresso o estado de sítio. Foi aprovado. Em dezembro, a Câmara dos Deputados concordou em arrochar a Lei de Segurança Nacional, aprovando igualmente três emendas constitucionais. Uma autorizava o presidente a demitir sumariamente qualquer funcionário público, enquanto outra fortalecia o controle de Vargas sobre os militares, dando-lhe poderes sobre a promoção de todos os oficiais e onde deveriam servir. A terceira dava ao Presidente poderes temporários ainda maiores.”<sup>18</sup>*

Do mesmo modo, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, não prevê expressamente a cláusula do devido processo legal. Por óbvio, durante a ditadura Vargas não há o que se falar em direitos e garantias fundamentais. Dispensa-se, assim, maiores comentários a respeito da aplicação de aspectos do conteúdo jurídico clássico do devido processo legal no período.

---

<sup>17</sup> Anota Thomas Skidmore que “Os observadores concordaram em que elas foram notavelmente honestas, comparadas com as de antes de 1930.”

<sup>18</sup> Ob. Cit., p. 43/44.

A Constituição de 1946 inaugura um período democrático no país. Ainda aqui não há expressa menção ao princípio do devido processo legal. Porém, amplia-se sobremaneira os direitos e garantias constitucionais, dentre eles, alguns que constituem conotações particulares do amplo conceito do “due process of law”. Vale consignar a inafastabilidade da jurisdição (par. 4º, art. 141), a ampla defesa criminal (par. 25, art. 141), o princípio do juiz natural e da anterioridade da lei (par. 27, art. 141), e todas as garantias típicas do devido processo legal na esfera penal (par. 20, 21 e 22, todos do art. 141). De outro turno, garantias efetivas são conferidas ao Poder Judiciário, para bem desempenhar seu mister de derradeiro garante dos direitos fundamentais (art. 95, I, II e III).

O golpe militar de 1964 pôs fim ao período democrático inaugurado com a derrubada de Vargas em 1945. Não se pode falar, em verdade, em efetividade de qualquer garantia constitucional, ainda que solenemente insculpida na Carta Política, em face de um regime de exceção.

A Constituição de 1988 marca o retorno à ordem democrática. Pela primeira vez em nossa história adota-se a consagrada expressão originária do direito inglês - **devido processo legal**.

Não obstante toda força, até mesmo histórica, contida na expressão, o legislador constituinte tratou de explicitar aspectos valorativamente implícitos no princípio. De fato, como bem observa **NELSON NERY JUNIOR**<sup>19</sup>, bastaria a Carta de 1988 ter-se referido tão-somente à garantia do devido processo legal, para abarcar toda uma série de garantias que fez questão de evidenciar, tais como a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e a via recursal ampla.

Se, deveras, não se pode falar que vivemos hoje numa democracia material, não se duvida que, ao menos na forma, vive-se sob tal espécie de governo<sup>20</sup>. Assim é que, na ordem constitucional vigente, o princípio constitucional do

---

<sup>19</sup> in *Princípios do Processo Civil na Constituição*, p. 40.

<sup>20</sup> Sobre a diferença entre democracia formal e material, conferir excepcional artigo da lavra do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, publicada na RDA nº 212, sob o título *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*.

devido processo legal tem tudo para florescer e alcançar a mais plena e ampla aplicabilidade, como ocorreu nos Estados Unidos da América.

Da rápida análise que se fez neste tópico, resta evidente que apenas em dois momentos de nossa história constitucional os direitos fundamentais, e suas correlatas garantias, foram passíveis de efetiva aplicação: sob a égide da Constituição de 1946 e, agora, sob o império da Carta de 1988.

### III. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - ALCANCE DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Em recente ensaio, tivemos oportunidade de apreciar o tema da hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais<sup>21</sup>. Salientamos ali, acompanhando a lição de **NORBERTO BOBBIO** acima referida, que a questão que hoje se coloca em termos de direitos fundamentais é muito mais de sua garantia que de seu reconhecimento. De outro lado, frisamos ser o Judiciário o Poder por excelência para exercer este mister de protetor dos direitos fundamentais. Era a lição de **RUI** já em seus Comentários à Carta de 1891.<sup>22</sup> Também hoje não se duvida de tal assertiva, eis que o Judiciário firma-se na realidade do século XXI, como **O Poder** que precipuamente cuida da salvaguarda dos direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Naquela oportunidade tratamos de justificar o motivo de preferirmos utilizar a expressão compacta **direito-garantia**, sem desprezar, por certo, a lógica jurídica das clássicas lições de **RUI**, a distinguir exatamente o direito de sua correlata garantia. Nossa intenção ao utilizar a fórmula **direito-garantia** é correlacionar uma palavra a outra de forma inapartável, evidenciando a

---

<sup>21</sup> MATTA, José Eduardo, A Emenda do Judiciário - “Quem Garantirá as Garantias?”, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal nº 2/2000, p.31/33.

<sup>22</sup> in Comentários à Constituição Federal Brasileira, Coligidos e Ordenados por HOMERO PIRES, volume, IV, Livraria Acadêmica.

<sup>23</sup> Neste sentido, propondo um aperfeiçoamento do Direito Processual Constitucional, através do reconhecimento de participação de outros seguimentos da sociedade na interpretação da norma constitucional, vale conferir a obra *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, de PETER HÄBERLE.

necessidade de se dar efetividade às garantias, aos remédios, para a própria efetividade dos direitos solenemente insculpidos nas Declarações de Direitos dos povos.

Impõe-se reconhecer, ainda, e o dissemos naquele trabalho, que o moderno direito constitucional dá ênfase exatamente para a chamada constituição material, para os direitos e garantias fundamentais insculpidos nas Cartas. Assim, sempre que o intérprete ou aplicador de normas desta categoria tiver que delas tratar, deverá intentar atingir a amplitude máxima de seu conteúdo. Eis o motivo de ter o constituinte de 1988 conferido aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (parágrafo 1º do art. 5º da CF/88).

Não é outra a lição de **GOMES CANOTILHO**, em seu *Direito Constitucional*, ao dizer que **“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”**. E continua o mestre luso:

*“É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”*<sup>24</sup> (grifos nossos).

Pelo que se disse, ratificamos o entendimento anteriormente firmado naquele ensaio já referido, ao passo em que permitimo-nos transcrever nossa conclusão de então:

***“DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DEVEM SER INTERPRETADOS COM AMPLITUDE MÁXIMA, SEM MESQUINHARIAS, MAS COM O CARINHO E RESPEITO REVERENCIAL QUE ESTES MERECEM. NÃO HÁ ESPAÇO PARA MITIGAÇÕES”***.

O mesmo tratamento hermenêutico deverá ser dado à cláusula do devido processo legal. Tratamento este compatível com as preocupações contemporâneas do Direito Constitucional, qual seja de tornar efetivos os direitos fundamentais. Há que se tomar o devido processo legal, pois, em toda a sua

---

<sup>24</sup> in *Direito Constitucional*, p. 1149.

amplitude histórica, quer material, quer processual, indo até mais adiante, uma vez que a riqueza de nossa Carta Política assim o permite, de sorte a que possamos criar, ampliar e sedimentar, a cada decisão judicial, uma nova vertente do clássico princípio do devido processo legal.

#### **IV. O ALCANCE DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE INSTÂNCIA PREVISTA NO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91**

Vimos até aqui que o princípio do devido processo legal possui todo um conteúdo histórico, resultado das lutas dos povos para limitação do poder estatal em prol do cidadão. Tal conteúdo é mutável, mas tendente a ser sempre ampliado, nunca mitigado, principalmente se tivermos em conta as preocupações do moderno constitucionalismo do século XX.

Pragmático e flexível que é o conceito de devido processo legal, poderia ter o legislador constituinte optado por referir-se tão-somente a ele. Todavia, preferiu, talvez por desconfiança em face da história recente do país, mencionar no bojo do artigo 5º da Lei Maior aspectos típicos daquela cláusula, como se fossem garantias autônomas. Tal fato em nada prejudica nosso estudo.

Devemos ter em mente, porém, que são faces do devido processo legal, por exemplo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º), o direito de petição (inciso XXXIV, "a", do art. 5º), os princípios do juiz natural (inciso XXXVII c/c inciso LIII do art. 5º) e do administrador natural (inciso LIII do art. 5º), do contraditório e da ampla defesa em processo judicial e administrativo (inciso LV do art. 5º), e do acesso à via recursal em processo judicial e administrativo (inciso LV do art. 5º), dentre outros.

Observe-se que tratamos de colocar aspectos típicos do devido processo legal tradicionalmente aplicáveis ao processo judicial ao lado do chamado processo administrativo. É que a Constituição de 1988 tratou de estender também à esfera administrativa as garantias do contraditório e da ampla defesa, do "juizador/administrador natural", e do amplo acesso à via recursal. Com efeito, são vertentes do "due process of law", agora também aplicáveis ao processo administrativo. Não há dúvida, pois, que todo o conteúdo jurídico do devido processo legal

deve, hoje, estender-se também ao processo administrativo. A professora **LÚCIA VALLE FIGUEIREDO** é firme sobre o tema:

*“O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no art. 5º, LV...Parece-nos relevantíssimo que o texto constitucional assegure o devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que contém expressamente a obrigatoriedade, e não por acaso.”*<sup>25</sup>

Destarte, por força do raciocínio empreendido no tópico anterior, também em relação ao processo administrativo a aplicação do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal deverá ser a mais ampla possível, de sorte a assegurar ao administrado/contribuinte o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Com efeito, em relação ao processo administrativo, a plenitude da aplicação do princípio do devido processo legal tem justificativa até mesmo econômica. Afinal, não há motivo em se remeter o administrado/contribuinte para uma via mais onerosa e em muitos casos mais lenta, se seu pleito pode e deve ser resolvido na própria esfera administrativa. Assim, dando ao administrado/contribuinte a certeza de que seus pleitos serão apreciados com a mesma seriedade que seriam na esfera judicial, através do respeito e plena incidência do devido processo legal, um número fenomenal de feitos sequer seriam propostos perante o Poder Judiciário. Esta é, em resumo, a proposta do eminente professor **ALBERTO NOGUEIRA**. Confirmam-se suas precisas palavras:

*“O que falta, a nosso ver, é uma estrutura administrativa confiável, principalmente no primeiro nível (Delegados da Receita Federal), que assegure ao contribuinte o devido processo legal, com maiores garantias de defesa, à semelhança do novo Código de Processo Tributário de Portugal. O sistema atual não atende aos requisitos do ‘contraditório’, ampla defesa e ‘meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV), desservindo aos contribuintes e ao próprio fisco, levando o conflito, freqüentemente, de logo, ao Judiciário, sem qualquer vantagem para ninguém. O contribuinte é forçado a contratar advogado e pagar custas judiciais para ver assegurado o seu direito de defesa. O Fisco, por seu turno, também arca com*

---

<sup>25</sup> in Curso de Direito Administrativo, p. 290.

pesados encargos para o pagamento de pessoal qualificado (Procuradores, pessoal de apoio técnico e a própria máquina judiciária).”<sup>26</sup>

A plenitude da incidência do conteúdo jurídico do devido processo legal na esfera administrativa deve abarcar, por certo, também o amplo acesso às vias recursais, ao duplo grau de jurisdição administrativa. A professora **LÚCIA VALLE FIGUEIREDO**, como sempre, enfrenta a questão com serena precisão:

*“O direito ao ‘duplo grau’ é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer seja de atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processo sancionatórios e/ou disciplinares. Remeter-se o administrado a via mais onerosa, quando a questão puder ser resolvida pela via administrativa, enfrenta uma série de princípios, tais como, do informalismo a favor do administrado, da verdade material, da economia processual e da gratuidade.”*<sup>27</sup>

Destarte, contrariam o princípio constitucional do devido processo legal, em sua vertente da ampla defesa e do amplo acesso à via recursal, leis que exijam depósito prévio para que possa o administrado/contribuinte recorrer da decisão da primeira instância administrativa. A restrição ao norte claramente traçado pelo princípio do devido processo legal é evidente e injustificável. Finda por remeter de logo o contribuinte ao Poder Judiciário, quando o assunto ainda comportaria discussão na esfera administrativa.

Aliás, em matéria de processo administrativo tributário, por exemplo, tais leis parecem nascer na contramão da história. Com efeito, se em pleno período de ditadura militar, a garantia de instância na esfera administrativa foi extinta pelo Decreto-lei nº 822 de 05.09.69, é incompreensível que num regime que se pretende democrático seja instituída tal aberração, que fere de morte o princípio do devido processo legal.

Assim, já pelo que se disse até aqui, é de se concluir que o parágrafo 1º, que foi acrescentado pela Lei nº 9.639, de 25.05.98, ao artigo 126, da Lei nº

---

<sup>26</sup> in O Devido Processo Legal Tributário, p. 85.

<sup>27</sup> Ob. Cit., p. 293.

8.213, de 24.07.91, tendo instituído a lamentável garantia de instância, é incompatível com o alcance da cláusula do devido processo legal, devendo ser considerado, pois, inconstitucional, não obstante, d.m.v., as decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.<sup>28</sup>

Em arremate, permitimo-nos transcrever as poéticas palavras do professor **SÉRGIO FERRAZ**:

*“Por sem dúvida, a participação democrática no processo administrativo representa a verdadeira contraface do autoritarismo. É dizer, o tema radica-se fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade X liberdade. Em suma, o caminho da democratização não se perfaz somente com o regramento isonômico do processo administrativo, mas dele não prescinde...É curial que não basta, contudo, simples ‘arranjo’ formal, que simule um processo administrativo com equilíbrio de faculdades entre seus participantes: imperioso é que em seu próprio cerne material se reflitam tais propósitos éticos, tudo de molde a tornar o processo um verdadeiro bastião potencial de defesa do cidadão contra o Estado...Desbastar essa floresta virgem é uma das tarefas primordiais do jurista brasileiro.”<sup>29</sup>.*

#### **BIBLIOGRAFIA:**

- **ARRUDA**, José Jobson de Andrade, *História Antiga e Medieval*, São Paulo, Ática, 1976.
- **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio, *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*, in RDA n° 212.
- **BARBOSA**, Rui, *Discursos Parlamentares - Obras Completas*, Vol. XLII 1915, Tomo II, Ministério da Educação e Cultura e Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1981.
- ..... *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, Coligidos e Ordenados por HOMERO PIRES, volume, IV, Livraria Acadêmica.

---

<sup>28</sup> Confira-se o teor dos Recursos Extraordinários n° 210.696, 210.243 e 210.192, 1a. Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, publicados no DJ 03.04.98 e Recursos Extraordinários n° 224.958 e 223.179, 2a. Turma, Relator Ministro Carlos Velloso e Maurício Correa, respectivamente, publicados no DJ 26.06.98.

<sup>29</sup> in Processo Administrativo e Constituição de 1988, artigo publicado na RDP n° 1/93, p. 86.

- **BOBBIO**, Norberto, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 9a. Edição.
- **BONAVIDES**, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 7a. Edição, São Paulo, 1997.  
.....*Ciência Política*, Malheiros, 10a. Edição, 8a. tiragem, São Paulo, 2000.
- **CANOTILHO**, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 3a. Edição, 1998.
- **FERRAZ**, Sérgio, *Processo Administrativo e Constituição de 1988*, *in* RDP n° 1/93.
- **FIGUEIREDO**, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 2a. Edição, São Paulo, 1995.
- **HÄBERLE**, Peter, *Hermenêutica Constitucional -A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- **NERY JUNIOR**, Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- **NOGUEIRA**, Alberto, *O Devido Processo Legal Tributário*, Renovar, Rio de Janeiro, 1995.
- **MADISON**, James, **HAMILTON**, Alexander, **JAY**, John, *Os Artigos Federalistas*; Apresentação de Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.
- **MATTA**, José Eduardo, *A Emenda do Judiciário - "Quem Garantirá as Garantias?"*, *in* Revista da Escola da Magistratura Regional Federal n° 2/2000.
- **RODRIGUES**, Lêda Boechat, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958.
- **SCHWARTZ**, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966.
- **SILVEIRA**, Paulo Fernando, *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- **SKIDMORE**, Thomas E., *Brasil: de Getúlio a Castelo Branco, 1930-1964*, tradução coordenada por Ismênia Tunes Dantas, 7a. Edição, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1982.

---

# **A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE E A SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

---

*Manoel Rolim Campbell Penna - Juiz da Vara Federal de São Pedro da Aldeia*

## **SUMÁRIO**

*1. Introdução 2. O Conceito De Culpabilidade 3. A Teoria Da Co-Culpabilidade: Sua Concepção, Fundamentos E Repercussão Na Doutrina Penal 4. Bases Legais Para A Aplicação Da Teoria Da Co-Culpabilidade No Brasil 5. A Jurisprudência Brasileira Sobre A Co-Culpabilidade 6. Conclusões 7. Referências*

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho propõe-se a uma breve digressão sobre a teoria da co-culpabilidade do Estado nos delitos cometidos por determinados indivíduos e a uma análise da aplicabilidade desta teoria no âmbito do direito penal brasileiro.

Nesse sentido, até como premissa dos raciocínios subseqüentes, primeiro analisar-se-á, se bem que superficialmente, a evolução das teorias da culpabilidade no direito penal até que atingida a sua conceituação atual. A seguir, expõem-se as origens e os fundamentos doutrinários da teoria da co-culpabilidade estatal, com suas repercussões na doutrina, legislação e jurisprudência nacionais, enfim apresentando-se as conclusões decorrentes de tais considerações.

## **2. O CONCEITO DE CULPABILIDADE**

Até atingir a conformação atual, o conceito de culpabilidade passou por diversas mutações, na medida em que também evoluíam as teorias da conduta e do delito<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> As subseqüentes descrições das evoluções históricas da teoria da culpabilidade são extraídas de notas da aula *Teoria da conduta e teoria do tipo e tipicidade*, ministrada pelo Prof. Carlos Eduardo Carvalho de

A partir da segunda metade do século XIX, no chamado período clássico, quando começaram os estudos sobre as teorias do direito penal, o tipo penal dividia-se em dois blocos, o objetivo, que continha a conduta e a antijuridicidade, e o subjetivo, que correspondia à culpabilidade (VON LISZT).

Ainda nesse período clássico, ao tipo objetivo acrescentou-se a tipicidade da conduta, enquanto no plano subjetivo compreendia-se a culpabilidade (dolo ou culpa) (BELING) como o simples liame psicológico, o vínculo subjetivo entre o autor e o resultado do fato por ele praticado. Por isso, essa foi a época da chamada “teoria psicológica da culpabilidade”.

Todavia, “a concepção psicológica não chegou a definir de forma clara o que seria a culpabilidade”, gerando uma série de dificuldades de interpretações de situações fáticas, o que “fez com que esta teoria se mostrasse frágil e insuficiente, acabando por esbarrar em suas próprias contradições e sucumbindo às inúmeras críticas da doutrina como o passar dos anos”<sup>2</sup>.

Daí porque, no início do século XX, no chamado período neoclássico, alguns autores (FRANK, MEZGER, GOLDSCHIMIDT) revolucionam “a estrutura do delito e da própria culpabilidade ao acrescentar a ela o conceito de ‘normalidade das circunstâncias em que o autor atua’”<sup>3</sup>. Assim, a culpabilidade é redefinida, a partir de elementos normativos, “como sendo um juízo de valor com base na reprovabilidade da conduta, e não mais como mero liame psicológico entre o autor e o fato”<sup>4</sup>.

Destarte, além de elementos subjetivos (psicológicos), quais sejam, o dolo e da culpa, a culpabilidade passa a ser composta também por um elemento objetivo (normativo), a exigibilidade de conduta diversa. Daí, também, emerge a inexigibilidade de conduta conforme o Direito, em face da anormalidade das circunstâncias do fato, como causa supra legal de exclusão da culpabilidade e, portanto, do crime<sup>5</sup>. Essa foi a fase da denominada “teoria psicológico-normativa da culpabilidade”.

---

Figueiredo, em 25.10.2003, na pós-graduação em direito penal e processual penal da Faculdade Estácio de Sá, e do capítulo 2 do livro *Teorias da Culpabilidade*, de Cristiano Rodrigues (Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004).

<sup>2</sup> RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 37

<sup>3</sup> RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 37, citando texto de Reinhard Frank.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 37-38.

<sup>5</sup> Cf. RODRIGUES, Cristiano. Op. Cit., p. 39, ressaltando a criação do conceito de inexigibilidade da conduta por Berthold Freudenthal e citando texto de Roxin.

A partir de 1930, com a sistematização da teoria finalista da ação (WELZEL), alteram-se as teorias da conduta e da culpabilidade. Ressalte-se que “na verdade, o finalismo não acrescentou nenhum elemento novo na estrutura do delito, (...), mas simplesmente promoveu uma reorganização dos elementos já existentes, modificando suas posições”<sup>6</sup>, notadamente no que diz respeito ao dolo. Ademais, “com a separação também realizada entre o dolo e a consciência da ilicitude, este deixou de ser um dolo normativo, passando a ser apenas dolo natural, meramente psicológico(...)”<sup>7</sup>.

Assim, pela teoria finalista, as avaliações a respeito da subjetividade da conduta, o dolo e a culpa, transferem-se para o aspecto objetivo do tipo penal, passando a culpabilidade a ser analisada apenas normativamente e quanto à sua reprovabilidade. Daí porque veio esta a ser chamada de “teoria normativa pura” da culpabilidade.

Modernamente, prepondera nas doutrinas nacional e estrangeiras a “teoria normativa pura” e a convicção de que a culpabilidade constituiu um dos elementos essenciais à configuração do delito<sup>8</sup>, compreendendo-se o crime como sendo o fato típico, antijurídico e culpável.

Nesse contexto da modernidade, a culpabilidade, por sua vez, compõe-se dos seguintes elementos<sup>9</sup>: a *imputabilidade*, que é a capacidade de culpa, ou melhor, a capacidade que deve ter o agente para poder ser responsabilizado por uma prática criminosa<sup>10</sup>; o *potencial conhecimento da ilicitude*, que se constitui na capacidade que o agente tinha de compreender a ilicitude da conduta que praticava; e a *exigibilidade de conduta diversa*, que passa por uma análise da reprovabilidade da conduta praticada tendo em vista as circunstâncias do fato e o livre arbítrio do agente<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 47

<sup>7</sup> RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 48

<sup>8</sup> Cristiano Rodrigues, em seu livro acima já referido (p. 19-20), registra a dissidência existente na doutrina brasileira, iniciada por René Ariel Dotti e mantida por Damásio de Jesus, no sentido de que “a culpabilidade não é elemento integrante do conceito analítico de crime, devendo ser considerada somente como pressuposto de aplicação da pena, sendo elementos constitutivos do crime apenas o fato típico e antijurídico”.

<sup>9</sup> Conceitos extraídos de notas da aula *A culpabilidade*, ministrada pela Profa. Cláudia Condack, em 24.01.2004, na pós-graduação em direito penal e processual penal da Faculdade Estácio de Sá.

<sup>10</sup> Como causas de exclusão da imputabilidade destacam-se: a imaturidade penal, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez fortuita.

<sup>11</sup> São exemplos de situações de inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, desde que em cumprimento de ordem não ilegal.

### **3. A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE: SUA CONCEPÇÃO, FUNDAMENTOS E REPERCUSSÃO NA DOCTRINA PENAL.**

Atribui-se ao notável jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni a concepção e o desenvolvimento da teoria da co-culpabilidade, que, na realidade, diz mais com o caráter de retributividade e os critérios de imputação da pena.

Tal teoria consiste, em suma, no raciocínio de que o modelo de sociedade capitalista que domina o mundo moderno é, por sua própria natureza, tendente à criação e à propagação de desigualdades. É fato que o Estado não propicia a todos iguais oportunidades e que, notadamente em países como o Brasil, há locais (p. ex., algumas favelas) somente alcançados pelo braço repressor do Estado. Por isso, as pessoas que não são brindadas com as mesmas oportunidades não devem ser apenadas da mesma forma que as que tiveram todas as oportunidades sociais para não virem a cometer delitos, merecendo receber uma reprimenda menor ou, até mesmo, nenhuma, o que seria uma forma de a sociedade repartir a responsabilidade pelo delito com o desafortunado que se torna criminoso<sup>12</sup>.

Baseando-se nos escritos de Zaffaroni e Pierangelli, Cristiano Rodrigues<sup>13</sup> destaca que a co-culpabilidade tem íntima ligação com um direito penal socialista, e suas raízes principalmente nas idéias de Jean Paul Marat, médico francês que, em 1799, desenvolveu uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento kantiano, afirmando ser a pena talional a mais justa e apropriada das formas de pena, desde que tivéssemos uma sociedade igualmente justa e igualitária, algo que, já naquela época, era reconhecido como utópico.

Nessa linha de ponderações, percebe-se como a co-culpabilidade também se fundamenta no conceito de isonomia, sendo que, consoante magistralmente definido na inoxidável e clássica lição de Rui Barbosa<sup>14</sup>, a regra da igualdade consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira regra da igualdade.

---

<sup>12</sup> Definição extraída de notas da aula *A culpabilidade*, ministrada pela Prof<sup>a</sup> Cláudia Condack, em 24.01.2004, na pós-graduação em direito penal e processual penal na Faculdade Estácio de Sá.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 34.

<sup>14</sup> *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26

Nesse ponto, vale transcrever o seguinte excerto de trabalho de Bruno Pinheiro Rodrigues<sup>15</sup> que, cotejando a teoria da co-culpabilidade elaborada por Zaffaroni e o referido postulado da isonomia, dá enfoque deveras ilustrativo da correlação entre ambos, *in verbis*:

O festejado penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni vem elaborando, desde a década de 80, profunda crítica dos ordenamentos penais por reprovarem, com a mesma intensidade, pessoas que ocupam papéis diferenciados na estrutura social, principalmente em decorrência da situação econômica, ou seja, reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade.

Princípio esse que não deve ser entendido somente em seu sentido formal, reproduzido pela expressão “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Há o risco de a igualdade perante a lei apenas confirmar a desigualdade perante a vida. A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Assim sendo, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a constituição. Dessa forma, não se veda o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, pois essa é exigência do próprio conceito de justiça, significa, portanto, que igualdade não é tratar todos igualmente, e sim tratar com isonomia quem se encontra em igual situação.

Em outras palavras, quer dizer que, não se pode dar o mesmo tratamento, por exemplo: a uma pessoa com um ótimo status social (políticos, juizes, advogados, empresários, etc.) que cometa um crime (verbi gratia crimes contra o patrimônio) e uma pessoa muito pobre sem emprego, sem instrução, que tenha filhos e etc...

São pessoas diferentes e, é óbvio que nesse caso a maior reprovabilidade deve recair sobre quem tinha melhores condições de vida - principalmente econômicas. É dizer, a intensidade da reprovabilidade da conduta deve ser

---

<sup>15</sup> RODRIGUES, Bruno Pinheiro. *Princípio da culpabilidade sob a ótica do garantismo*. Artigo extraído do *site* do Centro Acadêmico de Direito João Luiz Duboc Pinaud – CESUSC da Faculdade de Florianópolis ([http://www.cadireito.cesusc.com.br/artigos/penal\\_processo/culpabilidade\\_garantismo.htm](http://www.cadireito.cesusc.com.br/artigos/penal_processo/culpabilidade_garantismo.htm)), acessado em março de 2004.

maior sobre quem comete um crime com os bolsos cheios do que quem os comete com a barriga vazia.

Contrário ao que muitos defendem, se o conteúdo da culpabilidade, tiver por conta, ou seja, basear-se somente no (ilusório, impossível de ser provado) auto-arbítrio ou livre-arbítrio, se for caso de capacidade de autodeterminação do indivíduo conforme a norma no caso concreto, diz Salo de Carvalho, é inegável que o grau de instrução (também econômico) influencia sobremaneira no nível de percepção do sujeito socialmente referido (potencial conhecimento do ilícito) e na sua movimentação ou não para o ato delituoso (exigibilidade de conduta diversa).

Todo o problema, que hoje envolve a culpabilidade e, conseqüentemente afeta a estrutura dogmática jurídico-penal, diz respeito à capacidade de livre-arbítrio, pois fundou-se todo o direito penal da culpabilidade no livre-arbítrio, ou seja, trata-se de um juízo sobre como o indivíduo socialmente referido, sob uma perspectiva antropológica, podia orientar sua ação no caso concreto. Zaffaroni, citado por Salo, diz que a moderna estrutura do direito penal, fundada no princípio de culpabilidade, requer, portanto, seja balizada, diz ele, pela máxima 'não há pena se a conduta não é reprovável ao autor', devendo fundar-se, segue Zaffaroni, necessariamente na aceitação de que o homem é um ente capaz de auto determinar-se, dentro das já referidas possibilidades reais do indivíduo (da culpabilidade material). Não será reprovável, ou será, menos reprovável, aquele que não teve as condições necessárias, a todo e qualquer ser humano, qual seja, condições mínimas de dignidade (educação, trabalho, etc.).

Sob o influxo dessas considerações, nota-se que, *mutatis mutandis*, a teoria da co-culpabilidade de Zaffaroni aproximar-se-ia do ideário de Cesare Lombroso. Isso porque Lombroso "e os adeptos da Escola Positiva do Direito Penal rebateram a tese da Escola Clássica da responsabilidade penal lastreada no livre-arbítrio"<sup>16</sup>. Outrossim, como se viu, a teoria da co-responsabilidade faz incisiva crítica no tocante à formação e ao exercício do livre-arbítrio.

Todavia, o pensamento de Lombroso e o de Zaffaroni distanciam-se evidentemente na medida em que aquele expunha suas idéias fundamentando-se principalmente em (pre)conceitos relativos a características biológicas (antropologia física) dos indivíduos, ao passo que este último baseia-se

---

<sup>16</sup> CALHAU, Lélío Braga. *Criminologia e Escola Positiva do Direito Penal*. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 4, n. 23, p. 156. Porto Alegre: Editora Síntese e IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 2004.

principalmente em análises de aspectos culturais e relativos a oportunidade sociais, notadamente de ordem econômica, do grupo em que nascido e formado o deliçente (antropologia social).

Mostrando-se consentânea com as peculiaridades da sociedade capitalista que domina o mundo moderno, cujas desigualdades mais se relevam em sociedades de países ainda em fases de menores desenvolvimentos econômicos e sociais, como o Brasil, e porquanto indubitavelmente privilegia uma concepção de justiça social, a teoria da co-culpabilidade vem tendo grande receptividade por expoentes da doutrina jurídica nacional. Assim, por exemplo, a lição de Evaristo de Moraes Filho que, citando ainda Nilo Batista, assevera<sup>17</sup>

Num reconhecimento explícito dos estreitos vínculos entre certa espécie de criminalidade e as mazelas da própria estrutura social, a denominada co-culpabilidade vem se tornando um dos temas mais atuais em matéria de individualização da pena, de modo que muitos penalistas entendem que se deva correlacionar a responsabilidade do acusado a “uma responsabilidade geral do estado que lhe vai impor a pena”, fazendo “sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” (Nilo Batista “Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro”, 1990, p. 105).

Assim, quanto menor o espaço social - vale dizer, oportunidades no campo da educação, saúde, trabalho, etc. - que tenha sido concedido ao infrator da lei penal, menos intensa será sua culpabilidade, (...).

Outrossim, Juarez Cirino dos Santos abraça a teoria da co-culpabilidade nos seguintes termos<sup>18</sup>:

O ser humano concreto, expressão biopsíquico-emocional deformada de relações sociais desumanas, reage contra a violência da estrutura econômica da sociedade, garantida pela lei e pelo poder do Estado, pela única alternativa real de sobrevivência animal disponível, a violência individual. A abertura do conceito de *inexigibilidade* para as condições *reais* de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o direito penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos já penalizados pelas condições de vida social.

---

<sup>17</sup> In *Rumos atuais do direito penal (descriminalização, despenalização e novos tipos)*. Artigo extraído do site da Faculdade de Direito da UERJ ([http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evanisto\\_moraes/em\\_7.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evanisto_moraes/em_7.html)), acessado em março de 2004.

<sup>18</sup> In *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2000, p. 269-270.

Neste ponto, direito *justo* é direito *desigual* porque considera *desigualmente* sujeitos concretamente *desiguais*.

Hoje, como valoração *compensatória* da responsabilidade de indivíduos *inferiorizados* por condições sociais adversas, é admissível a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada, responsável pela *injustiça* das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do *status* social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação.

Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de *conflito de deveres* jurídicos, então o conceito de *inexigibilidade de comportamento diverso* encontra, no flagelo real das *condições sociais adversas* que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como *escolha* do mal menor - até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade.

Ao final deste tópico cabe anotar que, em que pesem os posicionamentos de notáveis juristas, como os acima transcritos, não se afigura razoável aplicar-se a teoria da co-culpabilidade para se admitir a exculpação total de uma conduta delituosa, a ponto de descaracterizar o crime, senão aplicá-la como critério de atenuação da culpabilidade do criminoso na análise de sua graduação que se deve fazer por ocasião da imputação da pena. Mesmo porque esse entendimento mais limitado é o que se mostra mais congruente com o sistema legal pátrio, como a seguir se verá.

#### **4. BASES LEGAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NO BRASIL**

Nilo Batista, em comentários à legislação penal da Argentina, destaca<sup>19</sup> como o Código Penal daquele país olhou para o réu construindo, nas regras da

---

<sup>19</sup> In *Alternativas às penas privativas de liberdade no Código Penal Argentino de 1922*. Artigo extraído do site da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro (<http://www.femperj.org.br/artigos/penpro/app20.htm>), acessado em março de 2004.

aplicação da pena, uma pioneira consideração sobre co-culpabilidade, obrigando o juiz a inquirir “*especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos*” (artigo 41, 2º)

Já no Brasil, até bem recentemente, não havia disposição legal explícita que permitisse inferir permissão à aplicação da teoria da co-culpabilidade, fosse na caracterização do crime, fosse na aplicação da pena, de tal sorte que os que propugnavam pela sua aplicabilidade ao menos nesse último aspecto faziam-no com espreque no artigo 66 do Código Penal, que dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”; entendendo-se, assim, tal “circunstância relevante” como as condições sociais em que nascido, crescido e nas quais vivendo o delinqüente.

A esse propósito, *verbi gratia*, Cristiano Rodrigues sustenta<sup>20</sup> que é possível visualizar a tese da co-culpabilidade dentro de nossa própria legislação através da utilização de aspectos supraleais na fixação da pena, como o presente no Artigo 66 do Código Penal, que institui a circunstância atenuante genérica, pela qual, em qualquer caso, pode o juiz reduzir a pena a ser aplicada do valor que achar necessário.

Sucede que esse esforço de interpretação a que se dedicava a doutrina defensora da co-culpabilidade ganhou considerável alento a partir da edição da Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, a qual, a par de vir determinar alterações na Lei de Execuções Penais no tocante ao regime disciplinar prisional, também determinou relevantes modificações no Código de Processo Penal no que se refere ao interrogatório do acusado.

Com efeito, revogando o anterior artigo 188 do Código de Processo Penal<sup>21</sup>, que dispunha sobre os questionamentos a serem feitos ao Réu de uma ação penal durante o seu interrogatório, a referida Lei nº 10.792/2003 veio dar nova regulamentação a esse procedimento, no novel artigo 187 daquele Códex, nos seguintes termos:

---

<sup>20</sup> Op. cit., p. 27-28.

<sup>21</sup> No que substancialmente alterada pela nova lei, era a seguinte a regulamentação do interrogatório do Réu na antiga redação do art. 188 do CPP: “Art. 188. O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre: (...)”.

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, **oportunidades sociais**, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu **e outros dados familiares e sociais**. (*grifos nossos*)

Como se vê, a partir dos fundamentos da teoria da co-culpabilidade acima expostos, em cotejo com o curial princípio de hermenêutica de que a lei não contém palavras vãs, parece evidente que a explícita inserção dos termos “oportunidades sociais” e “outros dados familiares e sociais” no rol dos dados relevantes do Réu que devem ser informados ao Juízo está a orientar, muito mais firmemente do que se dava tão-só com base no artigo 66 do Código Penal, para a — mais do que possível, recomendável mesmo — aplicação da teoria da co-culpabilidade no julgamento do delito.

Frise-se, novamente, porém, que, tal como o artigo 66 do Código Penal destina-se a orientar o magistrado na fixação da pena, por isso que pressupõe tenha o Réu efetivamente cometido um crime pelo qual é condenado, outrossim o novel artigo 187 do Código de Processo Penal visa a angariar elementos que deverão ser considerados pelo juiz na aferição do grau de culpabilidade do condenado para, consoante os parâmetros do artigo 59 do Código Penal<sup>22</sup>, cominar-lhe a pena.

Em qualquer caso, portanto, não se cogita de exclusão da culpabilidade — e, portanto, do crime — pela possível aplicação da teoria da co-culpabilidade, mas tão-somente de uma atenuação da pena que deve ser aplicada ao delinqüente em virtude das condições (econômicas, familiares, educacionais, etc.) adversas, decorrentes da falta de oportunidades sociais, pelas quais ele tenha passado no curso de sua vida, que por isso possam ter contribuído para uma má formação de sua personalidade e/ou para conduzi-lo à prática do delito.

---

<sup>22</sup> Código Penal, art. 59, *caput*: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”

Frise-se, ainda, que, por seus próprios fundamentos em aspectos principalmente econômicos e culturais, a teoria da co-culpabilidade não se afigura passível de ser aplicada a toda e qualquer espécie de crime. Deve, mesmo para manter coerência, ser mais admitida, por exemplo, em crimes patrimoniais, não se mostrando razoável, todavia, sua aplicação em hipóteses de crimes contra a vida.

## 5. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A CO-CULPABILIDADE

É natural que os Tribunais, que têm o dever de aplicar a justiça conforme os parâmetros legalmente estabelecidos pelo sistema penal de cada país, sejam sempre mais resistentes, menos permeáveis às inovações teóricas e interpretativas propostas pela doutrina.

Por isso é que, conquanto a teoria da co-culpabilidade já venha tendo expressiva receptividade por juristas de escol, sua aplicação pela jurisprudência ainda se dá de forma um tanto tímida. Provavelmente também porque, como acima visto, somente muito recentemente veio a lume disposição legal – o art. 187 do CPP, modificado pela Lei nº 10.792/2003 – expressa permissiva de uma interpretação mais favorável à aplicação da co-culpabilidade como fator de atenuação da pena imposta ao delinqüente.

Corroborando a timidez da jurisprudência acima mencionada, uma pesquisa junto aos Tribunais pátrios<sup>23</sup> revelou, ao que se pode apurar, que apenas o Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul<sup>24</sup> já tem precedentes de adoção da teoria da co-culpabilidade em seus julgados, se bem que guardando as devidas reservas, como exemplificam as ementas dos acórdãos abaixo transcritas:

EMBARGOS INFRINGENTES. TENTATIVA DE ESTUPRO. FIXAÇÃO DA PENA. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. **Maior a vulnerabilidade social,**

---

<sup>23</sup> A pesquisa mencionada foi feita pelo autor deste trabalho, via *Internet*, junto aos *sites* de jurisprudência do STF, STJ, TRFs das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões e Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, Amazonas, Brasília, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo.

<sup>24</sup> Que costuma mesmo se notabilizar por ser sempre o mais inovador em matéria penal.

**menor a culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade** (ZAFFARONI). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria.

(TJ-RS - 4º Grupo de Câmaras Criminais – Embargos Infringentes nº 70000792358 – Rel. Des. TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO – maioria – julgado em 28/04/2000)

ROUBO. CONCURSO. CORRUPCAO DE MENORES. **CO-CULPABILIDADE**

- Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de “bis in idem”

- Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial.

- **O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu. (...)**

(TJ-RS – 5ª Câmara Criminal – Apelação Criminal nº 70002250371 – Rel. Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO - julgado em 21/03/2001)

ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. **CO-CULPABILIDADE**. IMPOSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO, FACE AO CASO CONCRETO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PENA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REDIMENSIONAMENTO. Comprovadas a materialidade e a autoria, impõe-se o juízo condenatório. Não é de ser desclassificado o delito para a forma tentada quando parte da *res*

*furtiva* não é restituída. O reconhecimento da reincidência não é inconstitucional nem caracteriza o *bis in idem*, já que expressa apenas a maior censura ao agente. **A teoria da co-culpabilidade vem sendo reconhecida com muita reserva pela jurisprudência, não podendo, in casu, ser reconhecida, em razão das próprias circunstâncias do delito.** Não se caracteriza como de menor importância a participação do co-réu que possuía o domínio do fato e que agiu, modo efetivo, para a perpetração do delito. A análise das balizadoras do art. 59 do Código Penal autoriza o redimensionamento da pena carcerária aplicada. Apelos parcialmente providos.

(TJ-RS – 6ª Câmara Criminal – Apelação Criminal nº 70004457982 – Rel. Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK - julgado em 30/10/2003) (grifos em negrito nossos)

Acredita-se, porém, que a comentada modificação do artigo 187 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792/2003 tenha vindo criar uma nova e significativa janela de oportunidades para a aplicação da teoria da co-culpabilidades, que deve se refletir, cada vez mais, nas futuras decisões pretorianas.

## 6. CONCLUSÕES

O conceito de culpabilidade do autor de delito sofreu significativas mutações históricas, coincidentes com as alterações que também se verificavam nas teorias da conduta e do delito.

Assim, no seu período clássico, a partir da segunda metade do século XIX, época da “teoria psicológica da culpabilidade”, concebia-se a culpabilidade, composta pelo dolo e a culpa, tão-somente como o vínculo subjetivo entre o autor e o fato praticado.

Já no início do século XX, no chamado período neoclássico, por meio da “teoria psicológico - normativa da culpabilidade”, a culpabilidade é redefinida para deixar de ser aquele simples liame psicológico, acrescentando-se-lhe um elemento normativo tocante à exigibilidade de conduta diversa e, portanto,

passando a ser valorada também como base na reprovabilidade da conduta conforme a normalidade das circunstâncias do fato.

A partir de 1930, com o advento da teoria finalista da ação (WELZEL), alteram-se também as teorias da conduta e da culpabilidade, que passa a ser chamada de “teoria normativa pura” da culpabilidade. Nesse contexto, o dolo e a culpa transferem-se para o aspecto objetivo do tipo penal, mantendo-se, todavia, a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, a qual passa a ser analisada apenas normativamente e quanto à reprovabilidade da conduta.

Modernamente, predomina no direito penal a “teoria normativa pura” da culpabilidade, que se constituiu num dos elementos essenciais à configuração do crime e que, por sua vez, compõe-se da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

A teoria da co-culpabilidade, concebida e desenvolvida pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, com raízes socialistas e no princípio da isonomia, argumenta que, em face das desigualdades suscitadas pela sociedade capitalista moderna, o indivíduo que tenha tido menos oportunidades sociais e culturais e que, em decorrência disso, seja conduzido ao crime, merece ter sua pena menorada ou, até mesmo, relevada, o que seria a forma de a sociedade assumir sua parcela de culpa pelos ônus impostos à vida daquele indivíduo.

Como ressalta Cristiano Rodrigues<sup>25</sup>, estas idéias tão antigas e que remontam ao século XIX estão mais atuais do que nunca, hoje em pleno século XXI, pois as desigualdades sociais, cada vez mais gritantes na vida em sociedade, clamam por uma aplicação mais racional do Direito penal, o que só será possível através de garantias que concretizem a máxima da “igualdade jurídica”, ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem.

Mesmo por isso, a teoria da co-culpabilidade vem merecendo expressiva receptividade pela doutrina mais abalizada, do que são exemplos, no Brasil, Evaristo de Moraes Filho, Nilo Batista e Juarez Cirino dos Santos.

A aplicação da co-culpabilidade, porém, deve guardar as devidas reservas, notadamente em face do sistema penal brasileiro, que somente a admite como forma de atenuação da pena, mas não como razão para a total exculpação do crime.

---

<sup>25</sup> Op. cit., p. 27.

Nesse sentido, observa-se que, até recentemente, a aplicação da co-culpabilidade no Brasil somente se mostrava possível por meio de uma interpretação esforçada da atenuante genérica da pena prevista no artigo 66 do Código Penal.

Entretanto, as alterações determinadas no artigo 187 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792/2003 ao explicitarem, em texto de lei, a importância das considerações acerca das “oportunidades sociais” e das condições “familiares e sociais” do Réu, sem dúvida, vêm orientar o aplicador do Direito no sentido de dar aplicabilidade à co-culpabilidade, quando cabível.

Com efeito, não é sempre que a aplicação de tal teoria mostrar-se-á adequada, devendo levar-se em conta, para tanto, não apenas aquelas especiais condições de infortúnios da vida do agente, mas também a natureza do delito e as circunstâncias em que ele tenha sido cometido.

Conquanto venha tendo boa aceitação pela doutrina, a teoria da co-culpabilidade ainda é pouco aplicada pelos Tribunais brasileiros, exceção feita ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Inobstante, até em virtude da acima comentada explicitude vinda com a nova redação do artigo 187 do Código de Processo Penal e do conteúdo de justiça social de que ela inegavelmente se reveste, mostra-se cada vez mais fértil o campo para o crescimento da aplicação de tal doutrina.

## 7. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 1999.

BATISTA, Nilo. *Alternativas às penas privativas de liberdade no Código Penal Argentino de 1922*. Artigo extraído do site da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro (<http://www.femperj.org.br/artigos/penpro/app20.htm>), em março de 2004.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, GB, 1940.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, GB, 1941.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02.12.2003.

- CALHAU, Lélío Braga. *Criminologia e Escola Positiva do Direito Penal*. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 4, n. 23, p. 156. Porto Alegre: Editora Síntese e IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 2004.
- CONDACK, Cláudia. *A culpabilidade*. Notas da aula na pós-graduação em direito penal e processual penal ministrada na Faculdade Estácio de Sá em 24.01.2004.
- FIGUEIREDO, Carlos Eduardo Carvalho de. *Teoria da conduta e teoria do tipo e tipicidade*. Notas da aula na pós-graduação em direito penal e processual penal ministrada na Faculdade Estácio de Sá em 25.10.2003.
- Moraes Filho, Antonio Evaristo de. *Rumos atuais do direito penal (descriminalização, despenalização e novos tipos)*. Artigo extraído do site da Faculdade de Direito da UERJ ([http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo\\_moraes/em\\_7.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_7.html)), acessado em março de 2004.
- Rodrigues, Bruno Pinheiro. *Princípio da culpabilidade sob a ótica do garantismo*. Artigo extraído do site do Centro Acadêmico de Direito João Luiz Duboc Pinaud—CESUSC da Faculdade de Florianópolis ([http://www.cadireito.cesusc.com.br/artigos/penal\\_processo/culpabilidade\\_garantismo.htm](http://www.cadireito.cesusc.com.br/artigos/penal_processo/culpabilidade_garantismo.htm)), em março de 2004.
- Rodrigues, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2000, p. 269-270.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 4º Grupo de Câmaras Criminais. *Acórdão nos Embargos Infringentes nº 70000792358*. Rel. Des. TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO. Julgado em 28/04/2000.
- \_\_\_\_\_. 5ª Câmara Criminal. *Acórdão na Apelação Criminal nº 70002250371*. Rel. Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO. Julgado em 21/03/2001.
- \_\_\_\_\_. 6ª Câmara Criminal. *Acórdão na Apelação Criminal nº 70004457982*. Rel. Des. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK. Julgado em 30/10/2003.

---

# A AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO TRIBUTÁRIA

---

*Paulo André Espirito Santo - Juiz Federal Substituto, Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Constitucional da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Constitucional e de Direito Econômico do CEJ - Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto*

## I – INTRODUÇÃO

Na definição do dicionário Aurélio, “consignar” significa “*afirmar, declarar, estabelecer (...), confiar ou enviar mercadorias a alguém*” (...), sendo a consignação em pagamento o “*depósito judicial de coisa devida nos casos e formas legais, do qual resulta a extinção da obrigação*”. Por essa definição, é possível perceber, desde logo, que a ação de consignação em pagamento do Direito Tributário dispõe de pelo menos três características essenciais: o direito subjetivo de pagar e extinguir uma obrigação tributária, a existência de dúvida do devedor ou recusa do credor da obrigação e a realização de depósito judicial.

A ação de consignação tributária vem tipificada nos artigos 156, inciso VIII, e 164 do CTN e tem por fundamento a idéia de que o pagamento do tributo, além de ser um dever do contribuinte, constitui um direito subjetivo seu. O sujeito passivo da obrigação tributária possui direito subjetivo público de se livrar do débito tributário, extinguindo a obrigação, de maneira a tornar definitiva uma situação jurídica, qual seja, a de que os créditos tributários são constituídos pela Administração Tributária para serem cumpridos e extintos, a fim de que a relação Fisco-Contribuinte se perfaça de maneira efetiva.

O sujeito passivo da obrigação tributária não pode estar eternamente ameaçado pela cobrança de um crédito tributário constituído. O crédito do

Estado, por mais legítimo que seja e voltado para a consecução dos objetivos sociais, não pode funcionar como uma potencial ameaça ao patrimônio material do contribuinte, fazendo as vezes de uma verdadeira “espada de DÂMOCLES” sobre a sua cabeça, na já manjada expressão utilizada no Direito Romano. Pagar um tributo, acima de um dever legal, constitui um direito subjetivo do contribuinte, a fim de que se livre definitivamente da ameaça de constrição a seu patrimônio.

O eminente processualista HUMBERTO THEODORO JR<sup>1</sup> manifesta-se sobre esse aspecto há anos na sua obra:

*“Por ser, dessa forma, um constrangimento jurídico necessariamente temporário, o libertar-se do vínculo obrigacional assume feição não de simples dever do sujeito passivo da obrigação, mas de verdadeiro direito dele.*

*“É claro que o sujeito ativo tem grande interesse no cumprimento da obrigação, interesse que, obviamente, pode ser havido como principal, desde o momento da criação do vínculo entre devedor e credor. Para compelir o sujeito passivo e satisfazer dito interesse, a ordem jurídica põe à disposição do credor as sanções do inadimplemento, dentre as quais se avulta a execução forçada de responsabilidade patrimonial.*

*“Mas é fora de dúvida que o credor não pode ser deixado, indefinidamente, à mercê do credor malicioso ou displicente, nem pode permanecer para sempre sujeito ao capricho ou ao arbítrio deste. Vale dizer: a permanência do devedor sob a sujeição do vínculo obrigacional não pode eternizar-se, nem seus efeitos podem depender exclusivamente da vontade do credor.*

*“Daí por que a lei não só obriga o devedor ao pagamento, como também lhe assegura o direito de pagar.*

*Sendo, porém, a causa do não pagamento imputável ao credor, toca ao devedor a faculdade e não a obrigação de depositar, já que a mora creditoris exclui a mora debitoris.”*

---

<sup>1</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro, “CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL”, 14ª edição, Ed. Forense, pg. 11.

Tanto constitui um direito subjetivo do contribuinte que a consignação em pagamento vem estampada como uma das formas de se extinguir o crédito tributário, conforme enunciado no art. 156, inciso VIII, do Código Tributário Nacional (CTN):

*“Art. 156. Extinguem-se o crédito tributário:*

*(...)*

*VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no §2º do art. 164;”*

Da mesma forma, o instituto da consignação é veiculado no art. 164, dispositivo este que vem inserido dentro da seção do “PAGAMENTO” no CTN (Seção II do Capítulo IV):

*“Art. 164. A importância do crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:*

*I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;*

*II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;*

*III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre o mesmo fato gerador.*

*§1º. A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar.*

*§2º. Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.”*

## **II - O OBJETO DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA TRIBUTÁRIA NO ART. 164 DO CTN**

O art. 164 do CTN enuncia três hipóteses de cabimento da ação de consignação tributária. Passo à análise desses casos que autorizam o manejo da consignatória.

## 1) OS INCISOS I E II

O primeiro caso (art. 164, I) é o da recusa de recebimento, por parte da Fazenda, da importância tributária que está sendo cobrada, seja por não haver um motivo que o justifique, seja por condicioná-lo ao pagamento de uma outra dívida fiscal, seja por condicioná-lo ou ao cumprimento de uma outra obrigação acessória.

Nessa hipótese podemos citar vários exemplos:

1º) Cobrança simultânea (no mesmo documento) de IPTU e taxa de coleta de lixo ou de incêndio.

O Banco oficial de pagamento não aceita o pagamento só do IPTU sem o pagamento da taxa “anexa”. O contribuinte quer discutir, em outras ações tributárias, a legalidade de tal taxa por entendê-la descabida ou com valor demasiado. No entanto, o Banco exige o pagamento integral de todos os tributos lançados no documento ou não permite o pagamento de nenhum;

2º) A Fazenda Estadual só aceita o pagamento do IPVA/2004 com a prova do pagamento do IPVA/2003.

3º) Criação de embaraços administrativos para efetuar o pagamento do tributo somente após a quitação de todas as multas de trânsito pendentes (lançadas e ainda não pagas).

Nesses casos, em tese, caberia a ação de consignação em pagamento, posto que haveria uma recusa indevida do pagamento do tributo (que é um direito do contribuinte, como acima já analisado). Nessas hipóteses, está-se impedindo que o contribuinte se livre da obrigação tributária de forma definitiva, sob o ilegítimo argumento de que existe inadimplemento de outro tributo ou obrigação, quando se sabe que o devido processo legal tributário para se cobrar crédito tributário se materializa através do lançamento e, posteriormente, da ação de execução fiscal, depois de inscrita a dívida. Salvo algumas situações admitidas pela jurisprudência em nome do princípio da razoabilidade, não pode o pagamento de um tributo ficar condicionado ao pagamento de outro, uma vez que forçar o seu pagamento através de outro constituiria cobrança coercitiva indireta, sendo uma violação ao devido processo legal tributário. A jurisprudência pátria possui reiterados precedentes condenando a chamada cobrança indireta ou coercitiva, onde o Fisco força o pagamento do tributo ou multa não através de execução fiscal, mas sim através de atos administrativos como, por exemplo, a inscrição em cadastro de inadimplentes, a proibição de vistoria veicular anual etc.

## 2) O INCISO III

Esse inciso trata do concurso de exigências, situação em que mais de uma pessoa jurídica de direito público exige o tributo do contribuinte. O concurso de exigências deve ser objetivamente comprovado pelo contribuinte, sob pena de configurar dúvida subjetiva sua, o que inviabilizaria o desenvolvimento válido e regular da ação. A dúvida subjetiva do contribuinte sobre “o que pagar” ou “para quem pagar” faz a consignatória cair na pecha da carência de ação, notadamente a ausência de interesse para o legítimo exercício do direito de agir.

Sempre que duas pessoas jurídicas de direito público exigirem tributo idêntico ou diverso, fazendo-o incidir sobre um mesmo fato gerador, abre-se para o contribuinte uma dúvida objetiva sobre a quem pagar a importância devida. A dúvida entre pagar à pessoa jurídica “A” ou “B” decorre de um ato provocado pelas mesmas, qual seja, a cobrança do tributo. Não é uma dúvida criada pelo não conhecimento por parte do contribuinte a quem deva pagar o tributo. É objetiva porque um ato concreto fez originar a dúvida na mente do contribuinte: a cobrança do “mesmo tributo” por parte dos entes públicos que se dizem sujeitos ativos da exação tributária.

A doutrina costuma elencar alguns casos práticos que normalmente dão ensejo à ação consignatória na forma do art. 164, III, do CTN:

- 1º) Dois municípios cobrando ISS sobre um único serviço prestado;
- 2º) O Estado cobrando o ICMS e, o Município, o ISS, nas hipóteses previstas na lista de serviços da LC 116/2003 em que há prestação de serviços com entrega de mercadoria;
- 3º) União cobra ITR e Município cobra IPTU sobre um mesmo imóvel (dúvida objetiva se o imóvel tem conotação urbana ou rural).

Importante salientar que os dois últimos exemplos acima (2 e 3) encerram uma divergência que grassa na doutrina acerca da expressão do inciso III “tributos idênticos”. Existem basicamente duas versões sobre a expressão.

Uma primeira versão propugna tratar-se de tributos de mesma espécie. Exemplo: ISS do Município do Rio e ISS do Município de Niterói ou ICMS do Estado do Rio de Janeiro e ICMS do Estado do Espírito Santo.

A outra versão defende a existência de um mesmo fato gerador dando ensejo à cobrança de tributos distintos. É o que ocorre, por exemplo, quando

o Município do Rio de Janeiro cobra IPTU e, a União, ITR sobre o mesmo terreno "X". Nesse simplório exemplo, há um mesmo fato gerador (a propriedade sobre um imóvel) ensejando dois tributos distintos.

O eminente professor e magistrado Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>2</sup> defende a primeira versão, já que a letra do art. 164, III, do CTN é clara ao enunciar a expressão "tributos idênticos", que, por óbvio, jamais pode ensejar dois tributos diversos, cobrados por entidades de naturezas distintas. Por essa tese, o exemplo do item 3 acima não seria possível para deflagrar a ação de consignação tributária, posto que o caso envolveria dois tributos diversos: o IPTU e o ITR.

*"Muitos autores, no caso do inciso III transcrito, entendem que as credoras podem ser de diversa ordem. União e Estado, Estado e Município, e assim por diante.*

*Discordamos, embora lamentemos o acanhamento do legislador. A cláusula tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador afasta a tese de tributos não idênticos sobre o mesmo fato gerador.*

*Como os impostos nunca são idênticos, fica prejudicada a concepção maximalista quanto a estes. Assim, os conflitos que a regra visa a evitar são aqueles entre estado e estado, e entre município e município."*

Por sua vez, em situação oposta, o também eminente Professor Ruy Barbosa Nogueira<sup>3</sup> ensina que a situação exposta no art. 164, III, do CTN ("tributos idênticos") envolve "identidade de fato gerador", ainda que decorrente de tributos distintos cobrados por pessoas jurídicas de natureza diversa (exemplo: União e Município). Afirma o renomado jurista:

*".... o texto é um verdadeiro ensinamento ao contribuinte, pois diz-lhe em outras palavras: se dois fiscos lhe estão exigindo tributo idêntico, isto é, ambos lhe estão exigindo tributo sobre o mesmo fato gerador, um deles lhe está cobrando o indevido, pois salvo*

---

<sup>2</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro, "CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO", 4ª edição, Ed. Forense, pg. 707.

<sup>3</sup> NOGUEIRA, Rui Barbosa, "CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO", Ed. Saraiva, 14ª edição, 1995, pp. 287/288.

*exceção constitucional, não podem existir duas pessoas jurídicas titulares de um tributo cujo fato gerador seja o mesmo. (...) não pague a ambos, mas faça a consignação em juízo e peça tutela jurisdicional que o Judiciário decidirá se devido e quem terá direito de receber o crédito para serem extintos a pretensão e o débito.”*

Essa segunda corrente se apresenta majoritária na doutrina em razão da interpretação mais extensiva que se faz em relação aos termos “tributos idênticos”, alcançando o sentido de fatos geradores idênticos gerando cobrança tributária por mais de um sujeito ativo, idêntico ou não, situação muitas vezes comum na realidade dos fatos. Se o objetivo da consignação é expungir qualquer dúvida acerca do real credor do tributo exigido, não há por que impedir o uso de tal ação tributária para este fim, sendo certo que a utilização no caso permitirá a extinção do crédito tributário (art. 156, VIII, CTN) e livrará o contribuinte de uma cobrança.

### **III - O OBJETO ESPECÍFICO DA CONSIGNAÇÃO TRATADA NO ART. 164, §1º, DO CTN**

A consignação em pagamento não é um instituto exclusivo do Direito Tributário e do Direito Processual Civil. Também encontra previsão legal no Código Civil (Lei 10.406/2002), nos seus artigos 334 e seguintes (no Código antigo de 1916, encontrava previsão a partir do artigo 972) e, no Código de Processo Civil, a partir do art. 890. Em razão das peculiaridades que circunscrevem a obrigação tributária, dentre as quais se destaca a natureza *ex lege* (decorrente de lei), a consignação tributária não tem os mesmos contornos da consignação civil: esta envolve obrigação de interesse meramente privado, ao contrário do interesse público que envolve o pagamento de um tributo.

A ação de consignação tributária, conforme tratada nos artigos 156 e 164 do CTN tem como objetivo imediato livrar o contribuinte da obrigação tributária sobre seus ombros (ou melhor, sobre seu bolso). A consignação tributária é um instrumento que busca a certeza jurídica sobre o real montante devido ou o verdadeiro sujeito ativo da mencionada obrigação, materializando o direito fundamental de todo indivíduo, que é a “segurança jurídica das relações econômicas”. Este direito fundamental, apesar de não expresso em qualquer dos 77 incisos do art. 5º da CR/88, encontra respaldo nas idéias de “Estado Democrático de Direito” e “dignidade

da pessoa humana” do art. 1º, *caput* e inciso III da mesma Constituição, bem como no próprio art. 5º, §2º, que não exclui a proteção de outros direitos fundamentais individuais, ainda que fora do texto constitucional.

Comparando a consignação em pagamento do CTN com aquela insculpida no art. 334 do CC, é possível citar uma diferença básica: a recusa do credor do tributo (Estado) não precisa ser “sem justa causa” como enuncia o art. 335, I, do CC. Ao contrário da obrigação civil do Direito Privado, a obrigação tributária decorre da lei (obrigação *ex lege*), sendo irrelevante a manifestação de vontade ou o subjetivismo do credor em receber ou não o pagamento decorrente da dívida tributária. A obrigação tributária constituída com o fato gerador definido em lei ou, na visão de Geraldo Ataliba, com o surgimento da “hipótese de incidência”, independe da manifestação de vontade do contribuinte (devedor) ou do Estado (credor). A obrigação não surge de um contrato ou ato volitivo qualquer, mas de um fato que possua conteúdo econômico e represente algum “signo presuntivo de riqueza” (Ricardo Lobo Torres) e que mereça a incidência do tributo a ser pago. Sendo obrigação decorrente da lei, é irrelevante a manifestação de vontade, sendo, por isso, dispensável a prova de subjetivismo do credor que recusou indevidamente o recebimento do tributo.

A recusa do recebimento da consignação pode até constituir um dos motivos a ensejar a consignação em pagamento, como se observa no art. 164, I (supra) e será analisado mais à frente. Contudo, a recusa nem sempre é essencial para deflagrar a ação de consignação tributária, como é o caso, por exemplo, da dúvida do contribuinte a quem pagar do art. 164, III, CTN.

Outra questão interessante diz respeito à caracterização do depósito judicial que existe necessariamente na ação de consignação. Segundo consta no art. 164, §1º, do CTN, apesar de alguns entendimentos em contrário, a ação consignatória pode servir para discutir o montante tributário, realizando o contribuinte um depósito de quantia inferior em relação à quantia exigida no crédito constituído (o contribuinte deposita a quantia que considera legítima). Nesses casos em que o contribuinte deposita menos do que é cobrado pelo Fisco, visando discutir a legitimidade do montante exigido (art. 164, §1º), o depósito assume contornos distintos daquele que normalmente é efetuado para suspender a eficácia do crédito tributário.

Segundo configurado no art. 151, inciso II, do CTN, o depósito constitui forma especial de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Constituído

um crédito tributário com o lançamento, uma vez realizado o depósito, o crédito não pode ser exigido ou executado até que se discuta a legalidade da exação feita pelo Fisco. O crédito existe, mas permanece com a eficácia suspensa enquanto houver o depósito e não se decidir a sua viabilidade, tendo a vantagem de afastar a incidência dos juros de mora.

Ocorre que, para efetivamente suspender a exigibilidade do crédito tributário, o depósito deve corresponder ao montante integralmente exigido pelo Estado e não ao que o contribuinte entende devido. Se estão sendo cobrados dez mil reais do contribuinte, este deve depositar tal quantia, não podendo pretender que o depósito de oito ou nove mil reais suspenda a exigibilidade do crédito constituído, ainda que entenda que esses “oito” ou “nove” sejam o montante devido.

O depósito suspensivo deve representar a parcela exigida pelo Fisco. E acaba sendo vantajoso para ambas as partes (contribuinte e Fazenda). Se Fazenda sai vencedora na demanda em que há depósito, basta postular ao Juiz a sua conversão em renda, não precisando se valer da execução fiscal, onde existe, muitas vezes, uma dificuldade imensa para se encontrar o executado e iniciar o processo propriamente dito. De outro lado, sendo confirmada a ilegitimidade do crédito constituído, o contribuinte não é obrigado a ajuizar uma ação de repetição de indébito tributário, com a execução pela via do injusto e demorado instituto do precatório (art. 100 da CR/88 e art. 730 do CPC). Para reaver o montante que pagou indevidamente, basta requerer o seu levantamento após o trânsito em julgado da decisão favorável.

A necessidade de integralidade do depósito faz parte do consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, como se observa no verbete nº 112 de sua súmula de jurisprudência:

*“112. O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”.*

Já na consignação em pagamento, o objetivo do contribuinte pode não ser discutir propriamente a legitimidade da incidência do tributo, mas sim o excesso do montante cobrado (art. 164, §1º). Se pretende discutir diretamente a legalidade do tributo ou a constitucionalidade da lei tributária, deve se valer da ação declaratória ou da ação anulatória, em regra. Na consignação, o contribuinte não está preocupado se está sujeito ou não àquela tributação discutida, mas sim se está sujeito àquele montante todo que lhe foi exigido. Sendo cobrado

em dez mil reais, entende o valor excessivo e, reputando como legítimo o valor de oito mil reais, deposita esta última quantia.

Nesse simplório exemplo, visualiza-se a primeira diferença entre o depósito do art. 151, inciso II, e o depósito consignatório do art. 164, §1º: este não suspende a exigibilidade do crédito tributário; aquele o suspende, na forma do verbete nº 112 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Ainda no mesmo exemplo, havendo depósito consignatório de oito mil reais quando o crédito exigido é de dez mil, a Fazenda está autorizada a executar todo o montante, não sendo obrigada a executar judicialmente somente a diferença (dois mil reais) e aguardar a decisão sobre a viabilidade ou não dos oito mil depositados. Isto porque o depósito, para suspender a exigibilidade do crédito exigido pelo Fisco, deve ser “integral e em dinheiro”.

Enquanto no depósito suspensivo o contribuinte deposita o que lhe é cobrado, visando afastar os juros de mora e a possibilidade de repetição de indébito (caso tenha razão), no depósito consignatório do art. 164, §1º, do CTN, o contribuinte deposita o montante que entende devido.

Outra diferença existe na consequência jurídica da vitória obtida pelo contribuinte em juízo. Numa ação em que houve o depósito suspensivo (art. 151, II e S. 112 do STJ), sendo vencedor o contribuinte, através de uma sentença de procedência do pedido, transitada em julgado, pode o mesmo proceder ao levantamento do montante depositado judicialmente, dispensando, assim, a ação de repetição de indébito e o precatório.

Já no caso de vitória do contribuinte numa ação consignatória, o mesmo não poderá levantar o montante depositado. Isto porque o art. 164, §2º, do CTN diz que procedente o pedido, o depósito será automaticamente convertido em renda a favor do sujeito ativo do crédito tributário considerado devido. Ao invés de levantar o depósito, observa o Juiz determinar a conversão em renda a favor do Fisco, vendo-se livre daquela obrigação que o atormentava.

Segundo a regra específica do art. 164, §1º, do CTN, a ação de consignação em pagamento tributário serve para o contribuinte pagar a quantia que entende devida a quem de direito deva receber. Não serve para discutir diretamente a legalidade ou constitucionalidade da incidência do tributo (base de cálculo, fato gerador etc.). Se a intenção imediata do contribuinte é afastar a própria incidência do tributo por entendê-lo inconstitucional ou ilegal, deve se valer da

ação declaratória, da ação anulatória ou do mandado de segurança, uma vez que esta finalidade não se coaduna com o objeto específico da ação consignatória. É o que se observa expressamente no art. 164, §1º, do CTN (“§1º. A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar”).

É claro que, em muitas situações, a ação consignatória abrangerá a discussão de um elemento do tipo tributário (fato gerador, base de cálculo, alíquota etc.) para atacar o *quantum* a ser efetivamente pago segundo o entendimento do contribuinte. Em algumas ocasiões, o contribuinte necessariamente terá de demonstrar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de um aspecto do tipo tributário para pretender pagar quantia menor daquela que lhe é exigida pela Administração Tributária. Mas este objetivo (alijar o aspecto ilegítimo da exação tributária) será sempre mediato ou indireto, já que o fim para o qual se presta a consignatória é pretender depositar a quantia que se entende justa, para que seja declarada judicialmente como devida, extinguindo-se, assim, o crédito tributário com a conversão em renda do depósito, na forma do art. 164, §2º, do CTN.

Aliás, apesar de não ser o objetivo do presente trabalho estudar as formas de extinção do crédito tributário do art. 156, impõe-se chamar a atenção para a relativa impropriedade da qualificação da consignação em pagamento como uma dessas formas. Na verdade, o que extingue o crédito tributário não é a consignação em pagamento em si, mas a conversão em renda decorrente da procedência do pedido da ação de consignação. A simples propositura da ação de consignação não extingue o crédito tributário; o que efetivamente o elimina é a conversão em renda decorrente da procedência do pedido. Tanto é assim que o art. 156, VIII, ao mencionar a consignação em pagamento como uma das formas de extinção do crédito tributário, enuncia “(...) nos termos do disposto no §2º do art. 164”.

O que é importante mencionar é o não cabimento da ação consignatória para afastar a obrigação tributária, já que o objeto de tal ação, no caso do art. 164, §1º, é reconhecer a existência de tal obrigação e afastar tão somente aquela quantia considerada abusiva ou excessiva, sendo pago o montante compatível com o que está previsto na legislação tributária pertinente.

A consignação em pagamento também não tem vez em casos de dúvida meramente subjetiva do contribuinte. Não pode o contribuinte se utilizar a

ação consignatória para consultar o Poder Judiciário da quantia correta e legítima que deve depositar. Como é sabido em todos os ramos do Direito, o Poder Judiciário não pode ser órgão de consulta das partes, só podendo ser provocado para dirimir uma controvérsia que represente uma dúvida objetiva e não subjetiva do contribuinte. Nas palavras de Sacha Calmon, o Judiciário decide “controvérsias concretas”, devendo demonstrar o contribuinte que a legislação aplicável àquele tributo contestado enseja mais de uma interpretação e também uma quantia menor daquela que está sendo efetivamente cobrada pelo Fisco.

#### **IV - O PROCEDIMENTO DA AÇÃO EM CONSIGNAÇÃO TRIBUTÁRIA**

##### **1) A CONDIÇÃO ESPECIAL DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA PREVISTA NO ART. 890 DO CPC**

Não há dúvida que, sendo a consignatória tributária uma ação, deve observar as normas previstas no Código de Processo Civil.

Primeira questão que surge diz respeito à aplicação integral ou não do procedimento descrito no CPC. Grande parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que não são aplicadas, à ação de consignação tributária, as medidas extrajudiciais enunciadas no art. 890, *caput* e parágrafos 1º a 4º, do CPC, estes últimos acrescentados pela Lei 8.951/94. Diz tal dispositivo:

*“Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*

*§ 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.*

*§ 2º Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.*

*§ 3º Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor,*

*dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa.*

**§ 4º** *Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.*”

Segundo a referida doutrina, a notificação extrajudicial ao credor da importância devida é medida direcionada tipicamente a pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado, não sendo compatível com a figura do “Estado-Fiscal”. Nesse raciocínio, não é condição especial de agir em juízo a notificação por parte do contribuinte à Fazenda para deflagrar a ação consignatória, tal como ocorre na ação de consignação comum. Tal tese é defendida pelo eminente Juiz Federal Mauro Luís Rocha Lopes na obra “Execução Fiscal e Ações Tributárias” (Editora Lumen Juris, 1ª edição).

## **2) LEGITIMIDADE ATIVA**

Legitimado ativo para a ação consignatória é o contribuinte que recebe a cobrança de um “mesmo tributo” por mais de um ente público ou que vê recusado o seu pagamento, impedindo-o que se livre da obrigação tributária.

Problema surge naqueles chamados “tributos indiretos”, em que a lei permite o contribuinte, através do instituto da “translação” ou “repercussão tributária”, repassar a carga tributária ao outro sujeito (dito “contribuinte de fato”). Nestes tributos, surge a dúvida se este “contribuinte de fato” poderia se valer da ação consignatória para se livrar de um tributo indevidamente recusado ou cuja titularidade (sujeição ativa) se questiona.

Num apressado raciocínio, poder-se-ia argumentar ser possível ao “contribuinte de fato” ajuizar a ação consignatória, mesmo não tendo imediata relação jurídica de Direito Tributário com o Fisco. Tal tese encontraria respaldo legal na expressão descrita no art. 890 do CPC “*poderá o devedor ou terceiros*”. Se pode o devedor-contribuinte se valer da consignação, nada impediria o “contribuinte de fato” (que assume a carga tributária repassada) de ter dúvida sobre o verdadeiro credor do tributo.

Poder-se-ia alegar, ainda o art. 204 do CTN que admite ao terceiro desconstituir a presunção de liquidez e certeza do Termo da Dívida Ativa. Se é dado ao terceiro desconstituir a referida presunção de legitimidade do termo

de dívida ativa, com muito mais razão ser-lhe-ia admitido pagar a dívida, ainda que através da consignação, aplicando-se na hipótese aquela velha máxima do “quem pode mais (desconstituir), pode o menos (pagar).”

Ocorre que todos esses argumentos de Direito Positivo, a despeito de aparentemente consoantes com a situação do contribuinte de fato, não podem servir de justificativa para a tese da legitimidade ativa de tal terceiro. Isto porque o “contribuinte de fato”, ainda que assuma a carga tributária repassada pelo contribuinte de direito, não é o responsável pelo seu pagamento. No ICMS, por exemplo, quando o varejista repassa a carga tributária para o consumidor através do preço da mercadoria, não está imputando a este último o pagamento do imposto estadual. Apenas está repercutindo o aspecto financeiro do imposto no patrimônio do consumidor (daí o nome “repercussão tributária”), permanecendo com a obrigação de recolher o referido tributo. Se só é dado ao contribuinte de direito pagar o tributo (podendo recuperar as suas perdas através do instituto da repercussão), só ele pode consignar. A contrário senso (e por óbvio), se o “contribuinte de fato” não formaliza a obrigação de pagar, não é o legitimado ativo para consignar o tributo em juízo, não podendo ser invocada a literalidade do art. 890 do CPC ou do art. 204 do CTN para justificar uma legitimidade que não existe na esfera tributária. De nada adianta estudar o instituto da consignação sob a ótica processual civil sem o inserir no sistema jurídico tributário.

A aplicação da expressão “terceiros” do art. 204 do CTN e do art. 890 do CPC pode ser direcionada ao responsável ou ao substituto tributário. O responsável, apesar de não ser o sujeito ativo tributário e, portanto, não exercer direta relação jurídica material de Direito Tributário com o Fisco, tem interesse em recolher o montante tributário à entidade correta (art. 164, III) ou depositar judicialmente a quantia que entende devida (art. 164, §1º), a fim de que se livre do dever imposto pela legislação tributária. O responsável tributário é, portanto, um terceiro que teria interesse em realizar a consignação tributária, a fim de cumprir logo a sua obrigação, compatibilizando a sua conduta com o dever que lhe é imputado. O mesmo raciocínio se aplica ao substituto tributário, apesar deste não ser terceiro (possui relação direta de Direito Tributário com o Fisco).

A expressão “terceiros” não pode se direcionar ao “contribuinte de fato”, porque, como o próprio nome diz (“de fato”), não exerce relação de Direito Tributário com a Administração Fazendária, não sendo titular da obrigação de pagar o tributo.

## 2) LEGITIMIDADE PASSIVA

O legitimado para responder à ação consignatória é a pessoa jurídica de direito público titular da capacidade ativa daquele tributo controvertido. Responde à ação aquele que se reveste na condição de sujeito ativo da obrigação tributária. A importância dessa afirmação reside no fato de que a legitimidade passiva da ação de consignação não é imputada ao ente com competência tributária. Isto porque não se pode confundir o titular da capacidade ativa tributária (o ente ao qual se destina a receita decorrente do tributo, muitas vezes responsável pela arrecadação do tributo) com o titular da competência tributária (o ente federativo com a prerrogativa de legislar sobre o tributo). Em muitos exemplos do Direito Tributário, o ente com competência tributária não dispõe de capacidade ativa tributária (poder de cobrar o tributo). Exemplo: a União é o ente competente para legislar sobre as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários (art. 195, I, "a", da CR/88 e art. 22, inciso I, da Lei 8212/91). Todavia, a capacidade ativa deste tributo é do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Portanto, numa demanda consignatória envolvendo "contribuição previdenciária incidente sobre folha de salário", a legitimidade passiva é do INSS (titular da capacidade ativa tributária), a despeito de a União ter a competência tributária sobre a espécie ventilada.

Importante ressaltar, sobre a presente questão, a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a impossibilidade de um Banco figurar como legitimado passivo da ação consignatória se recusar o pagamento de um tributo nas hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 164 do CTN. O fundamento maior desse entendimento é que o Banco estaria agindo sobre as ordens e recomendações do sujeito ativo da obrigação tributária, não exercendo relação de Direito Tributário com o contribuinte. Essa questão é observada notadamente nos Recursos Especiais de números 38.761 e 48.518 (STJ).

A título de curiosidade, o depósito consignatório de tributos de competência da União deve ser realizado na Caixa Econômica Federal, segundo expresso mandamento do art. 11 da Lei 9.289/96.

Problema surge se o contribuinte, diante do mesmo fato gerador, está sendo cobrado concomitantemente por dois sujeitos ativos distintos. Numa situação envolvendo a União e o Município, por exemplo, aquela cobrando ITR e, este,

IPTU, discute-se se ambos seriam legitimados passivos ou se apenas um deles deveria figurar como réu, devendo o outro ser chamado à lide na qualidade de assistente do Autor ou terceiro interessado.

Há teses para ambos os lados.

Uma primeira corrente propugna que, nesse exemplo acima, o contribuinte deveria ajuizar a ação consignatória em face da União e do Município, depositando judicialmente a importância tributária, a fim de que se decidisse, no processo, qual deles teria direito a receber o tributo.

Uma outra corrente entende que não poderia o contribuinte ajuizar a ação (efetuando o depósito) e deixar a “disputa judicial” restrita apenas à União e o Município. Seria inadmissível que o Autor depositasse e saísse do processo deixando a quizila apenas entre os integrantes do pólo passivo. Por essa corrente, a controvérsia deve se perfazer entre os interesses invocados no pólo ativo e os interesses defendidos no pólo passivo. De um lado (ativo), o contribuinte juntamente com um dos entes fazendários em litígio; do outro, o outro pretense sujeito ativo.

Nesse raciocínio acima, o contribuinte deveria direcionar a demanda em face daquele ente que teria mais direito ao tributo (v.g., União) e requerer a intimação do Município para figurar como assistente no pólo ativo se tivesse interesse na arrecadação do tributo e na disputa com a União. O eminente Juiz Federal Mauro Luís Rocha Lopes<sup>4</sup> defende essa tese com maestria:

*“A outra hipótese de cabimento da ação consignatória tributária é a de exigência, por mais de uma entidade tributante, de tributos sobre o mesmo fato gerador.*

*Nesse último caso, o consignante, efetuando o depósito do tributo de maior valor e indicando a qual entidade entende deve se dirigir o pagamento, requererá a citação dela - com quem dividirá o pólo ativo - e da(s) outra(s) fazenda(s) interessada(s), a fim de que, no pólo passivo, participe(m) da lide e venha(m) a suportar os efeitos da decisão judicial que identifique o real credor da prestação.”*

---

<sup>4</sup> LOPES, Mauro Luís Rocha, “EXECUÇÃO FISCAL E AÇÕES TRIBUTÁRIAS”, Editora Lumen Juris, 1ª edição, pg. 236.

Ainda no mesmo exemplo, é importante mencionar que a competência para processar e julgar a demanda seria da Justiça Federal, na forma do art. 109, I, da CR/88, uma vez que a União figura como parte (se fosse assistente, também seria competência da Justiça Federal). Aplicando a segunda corrente acima exposta, fica afastado qualquer argumento de que a competência para a ação consignatória pertence ao Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, I, "f", da CR/88. Mesmo a demanda envolvendo um conflito entre entidades federativas, a lide não se estabelece perante o STF. Sobre esse assunto, impõe-se citar o verbete nº 503 da Súmula de Jurisprudência do STF, que assim enuncia:

*"503. A dúvida suscitada por particular, sobre o direito de tributar manifestado por dois Estados, não configura litígio da competência originária do Supremo Tribunal Federal."*

Como se sabe, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, "f", da Constituição da República de 1988). Contudo, a dúvida objetiva suscitada no âmbito da consignação, para se saber se o tributo pertence a uma entidade federativa ou a outra, não é suficiente para fixar a competência no STF, devendo a lide ser solucionada no juízo de primeiro grau de jurisdição.

A competência, portanto, seria da Justiça Federal do foro onde o contribuinte possui domicílio, à luz do que prega o art. 891 do CPC, combinado com os artigos 127 e 159 do CTN, que tratam de domicílio tributário e local de pagamento, respectivamente.

## **V - A AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO E A EXECUÇÃO FISCAL**

O art. 38 da Lei de Execução Fiscal enuncia os meios de defesa contra a execução fiscal. Diz o dispositivo da Lei 6.830/80:

*"Art. 38. A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida de depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos."*

*Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, de ação prevista neste artigo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa desistência do recurso acaso interposto.”*

A ação de consignação tributária, apesar de não estar expressamente tipificada no art. 38 da Lei 6.830/80 como meio de defesa contra a ação execução fiscal, constitui mecanismo hábil para o contribuinte se insurgir contra esta ação executiva. Apesar de não prevista no art. 38 da Lei de Execução Fiscal, a doutrina majoritária de Direito Tributário tem entendido que a ação consignatória pode ser utilizada pelo contribuinte como meio de defesa, sendo meramente exemplificativo o aludido dispositivo legal.

Problema surge em relação ao depósito da ação consignatória se comparado com o que foi decidido no verbete nº 247 da Súmula de Jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR):

*“247. Não constitui pressuposto da ação anulatória de débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei 6.830/80.”*

Não se pode utilizar o raciocínio excludente do verbete nº 247 para a ação consignatória. Nesta, o depósito é ato processual essencial, sem o qual a referida demanda se descaracteriza, perdendo por completo a sua identidade. Não se concebe a ação consignatória sem a existência do depósito. Este, ao menos na consignatória, é devido e exigido, sob pena de o Juiz não receber a inicial por falta de condição especial de procedibilidade (impossibilidade jurídica da demanda). É diferente da exigência de depósito na ação anulatória, em que tal elemento (o depósito) não constitui ato essencial da ação.

Na consignatória, mesmo com a proibição do *solve et repet* (S. 247, TFR), exige-se a realização do depósito. Na situação mencionada, o depósito é próprio da ação consignatória, ao contrário do que ocorre na ação anulatória, onde o ato de depositar a quantia discutida não é pressuposto fundamental.

Por óbvio, resolvendo o contribuinte utilizar-se da ação consignatória ao invés dos embargos à execução, tal mecanismo de defesa, dependendo do caso motivador (v.g., art. 164, §1º), não suspenderá a ação de execução fiscal, uma vez que o depósito consignatório, como já se afirmou acima, pode não ter o poder de suspender a exigibilidade do crédito tributário quando não representar a integralidade do que o Fisco está exigindo, dimensionando tão somente o que o contribuinte-consignante entende devido e legítimo. Só paralisa

a execução fiscal se o depósito for integral e em dinheiro no caso do art. 151, II, e fora da hipótese do art. 164, §1º. Se o contribuinte, através da ação de consignação, pretende discutir o montante tributário legítimo (art. 164, §1º) e suspender a exigibilidade do crédito tributário e o andamento da execução fiscal, deve se valer de uma liminar concedida no bojo do procedimento da consignatória, na forma preceituada do art. 151, inciso V, do CTN. Com essa liminar (art. 151, V), mesmo depositando quantia menor (art. 164, §1º), SUSPENDERÁ não só a exigibilidade do crédito tributário como a própria execução fiscal.

Problema que surge especialmente na Justiça Federal (de certa forma, inexistente na Justiça Estadual) diz respeito ao Juízo competente para julgar a ação de consignação tributária que serve de defesa contra a execução fiscal. O problema ocorre porque, de acordo com a literal divisão judiciária da Justiça Federal, as varas competentes para processar e julgar a execução fiscal (VEF) só teriam competência para apreciar tais ações e os “embargos de devedor” dela decorrentes.

Segundo critério existente nas 5 regiões da Justiça Federal (art. 27, §6º, do ADCT), as varas de execução fiscal têm competência específica e expressa (de natureza absoluta). As varas de execução fiscal (VEF's) seriam competentes para julgar a ação executiva fiscal e os embargos dela decorrentes, enquanto que as varas cíveis teriam competência residual, abrangendo todas as demais ações tributárias que visem desconstituir a mencionada execução, tais como o mandado de segurança, a ação anulatória, a ação declaratória e, por óbvio, a ação de consignação em pagamento.

Assim o diz o art. 47, inciso II, do Provimento nº 1, de 31 de janeiro de 2001, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal na 2ª Região:

*“Art. 47. A competência especializada dos juízos federais no âmbito da sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro está assim distribuída:*

*(...)*

*II- varas de execução fiscal:*

*Parágrafo único. As varas de execução fiscal da sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (1ª a 8ª) detêm competência concorrente para processar e julgar execução fiscal.*

*(...)*

*IV- varas cíveis:*

*a) as varas cíveis da sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (1ª a 30ª) detêm competência concorrente para julgar e processar toda matéria residual afeta à Justiça Federal;*

*b) a 1ª Vara Cível da sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro detém competência privativa para processar requerimento de entrega de certificado de naturalização.”*

Pela literalidade das regras acima, a ação consignatória seria processada e julgada nas Varas Cíveis e, a execução fiscal, nas varas especializadas (situadas essas últimas no aprazível foro da Avenida Venezuela, diga-se de passagem).

O problema está em saber: haveria conexão entre a ação consignatória e a execução fiscal a merecer a modificação da competência e, conseqüentemente, a reunião dos processos no juízo de execução? Não haveria o risco de decisões conflitantes entre o Juízo cível e o de Execução Fiscal caso não reunidas as ações?

Não é a intenção deste singelo trabalho adentrar a questões próprias da ciência processual civil e dissecar o instituto da conexão. Todavia, para o melhor deslinde da questão acima colocada, não há como passar pelo assunto sem que sejam abordados os problemas que surgem na prática.

Ensina a doutrina processual civil que a finalidade maior do instituto da conexão não é propriamente alterar a competência de um juízo para outro. O objetivo primeiro do instituto é evitar o fenômeno do conflito das decisões, uma vez que essa situação, além de atentar contra a própria segurança jurídica das relações sociais (considerada por muitos um direito fundamental implícito na Constituição da República de 1988 - art. 5º, §2º), esvazia diretamente a jurisdição enquanto função essencial do Estado. Uma sociedade que convive com decisões conflitantes perde a referência do que é “democrático” e do que é “legítimo”, posto que se vê diante de uma situação em que não sabe qual das decisões judiciais (estatais) deve ser cumprida. Se a jurisdição é o instituto que procura efetivar a “paz social”, garantindo definitividade aos conflitos de interesses e criando certeza jurídica sobre uma relação social (inclusive a relação entre indivíduo e Fazenda Pública), não se pode admitir que existam, na sociedade, duas decisões judiciais falando “coisa diversa” sobre o mesmo fato. Se o Legislativo e o Executivo não previram essa possibilidade, deve o Judiciário, como guardião da Constituição, tomar as medidas capazes de evitar esse conflito de decisões.

É certo que, tecnicamente, do ponto de vista processual, não há conexão entre a ação de consignação e ação de execução fiscal, já que as partes estão invertidas nos respectivos pólos ativos e passivos da relação jurídica processual (o contribuinte é autor na consignação e, a Fazenda, autora na execução fiscal) e os objetos mediatos e imediatos das “lides” são diversos (na consignação, busca-se uma decisão final sobre o real valor do crédito tributário e, na execução, a concretização do crédito inscrito em dívida ativa). Além disso, as causas de pedir próximas e remotas não se confundem: a lesão do consignante é o crédito excessivo ou a recusa indevida e, na execução, o fato lesivo é o inadimplemento do contribuinte-executado.

Da mesma forma, é certo que a doutrina processualista ensina não haver conexão em sede de competência absoluta, ou seja, não se pode modificar a competência pela matéria *ratione materiae* (absoluta por natureza), invocando-se o fenômeno da conexão.

Mas como raciocinar friamente sob os ensinamentos do Direito Processual Civil sem pensar no direito constitucional da segurança jurídica das relações tributárias? Como não interpretar sistematicamente a questão? Não seria possível ponderar os interesses de maneira a considerar mais razoável (art. 5º, LIV, CR/88) a reunião dos processos, por conexão ou não, “pegando carona” nas diversas teorias sobre a razoabilidade dos interesses constitucionais? Imagine só se o Juiz da Vara Federal Cível resolve considerar o crédito excessivo, julgando procedente o pedido da consignatória e reduzindo-se em 3/5 do que foi constituído, por exemplo. No mesmo contexto, imagine se o Juiz da Vara de Execução Fiscal exaure os atos da ação executiva, materializando o pagamento à Fazenda no valor total do crédito executado. Existiriam duas decisões conflitantes, o que nada interessa para as partes envolvidas no conflito tributário, sendo também prejudicial para a sociedade como um todo.

Entre o direito ao juiz natural (art. 5º, LIII, CR/88) e à segurança jurídica (art. 5º, §2º), qual merece ser preponderado num caso concreto como o acima colocado? Nada impede de se realizar, nesses casos, o princípio/critério da razoabilidade (art. 1º, *caput*, e art. 5º, LIV, ambos da CR/88), bastante divulgado pela doutrina do Direito Constitucional.

De outro lado, imagine se o Juiz cível, na forma autorizada pelo art. 151, inciso V, do CTN, defere a liminar na ação de consignação. Esse deferimento

de liminar suspenderá a exigibilidade do crédito tributário objeto de uma execução fiscal que pode estar próxima de ser resolvida. Numa situação como essa, não há dúvida que um Juiz (o da Vara Cível) está determinando que um outro (o da VEF) paralise o seu trabalho, sendo ambos de mesmo grau de jurisdição e hierarquia. Indiretamente, o Juiz da Vara Cível está suspendendo a tramitação de um processo de outro Juiz de mesma hierarquia, o que é uma total inversão de valores processuais. Deferida a liminar pelo Juiz cível (art. 151, V), está suspenso o processo de execução fiscal que tramita em outro juízo.

Felizmente, a maciça jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, apreciando os diversos conflitos de competência entre varas cíveis e varas de execução fiscal, vêm firmando o entendimento que a vara de execução fiscal é o juízo competente para processar e julgar as ações tributárias de impugnação ao processo executivo da Fazenda. Os julgados prestigiam os princípios da economia processual e da vedação de decisões conflitantes (segurança jurídica). Mesmo havendo alguns julgamentos em contrário no TRF da 2ª região (CC - Conflito de Competência - 5653 e CC 5364), e mesmo a literalidade do Provimento nº 1 citado reputar como absoluta (*ratione materiae*) a competência da Vara de Execução Fiscal (VEF), a maioria deste Tribunal e do STJ tem admitido a reunião dos processos (execução e ação tributária) em tal vara especializada, a fim de que seja evitado o fenômeno nefasto do conflito de decisões judiciais sobre um mesmo fato tributário, permitindo-se um julgamento mais racional e econômico por parte do mesmo órgão jurisdicional. É o que se observa nos Conflitos de Competência números 38.009, 38.045, 40.328 e 40.751, apreciados pela 1ª Seção do STJ, citando-se em especial o seguinte:

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. ART. 103 DO CPC. REUNIÃO DOS PROCESSOS. REGRA PROCESSUAL QUE EVITA A PROLAÇÃO DE DECISÕES INCONCILIÁVEIS. JUÍZOS TERRITORIALMENTE DIVERSOS. PREVENÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.*

*1 -Execução fiscal e prévia ação declaratória de nulidade do lançamento. Conexão. Muito embora a ação anulatória não iniba a exigibilidade do crédito tributário (art. 585, § 1º do CPC), a conexão impõe a reunião das ações.*

2. - *Constatada a conexão entre a ação de execução fiscal e a ação anulatória de débito fiscal, é imperiosa a reunião dos processos para julgamento simultâneo, evitando-se, assim, decisões conflitantes. - 'O instituto da conexão provém da necessidade de segurança jurídica, bem como da aplicação do princípio da economia processual. A sua observância impede a produção de decisões conflitantes entre ações que contenham algum(ns) elemento(s) similar(es), mercê da economia processual propícia, evitando que vários juízes julguem concomitantemente causas semelhantes. havendo, ainda que remotamente, a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes, ou alguma semelhança entre duas demandas, é conveniente que as ações sejam reunidas para fins de prolação de apenas uma sentença.' Princípio que se deflui do REsp nº 100.435/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 01.12.1997.*

3 *A citação válida determina a prevenção quando as ações tramitarem perante jurisdições territoriais diferentes (CPC, art. 219, caput).*

**4- Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitado." (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 38973, Processo 200300598840, 1ª SEÇÃO, Data da decisão: 09/06/2004, Relator Ministro LUIZ FUX)**

Portanto, o ideal é que os dois processos (consignação e execução fiscal) tramitem no mesmo juízo (o da execução), evitando-se, assim, decisões conflitantes sobre o mesmo fato tributário. Não se pode deixar de mencionar, contudo, um fato real que vem atormentando as varas de execução fiscal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro: o desumano e assoberbado número de processos existentes em cada um desses juízos. As estatísticas indicam que cada um dos oito juízos de execução fiscal "sobrevive" com mais ou menos vinte mil (isso mesmo!) processos de execução (incluindo-se aí os embargos "de devedor"). Tal fato, no entanto, apesar de lamentável, não dispõe de força jurídica para afastar a regra que impõe a reunião do processo de execução fiscal com o consignatário, visando a uniformidade das decisões judiciais sobre o mesmo fato.

## 1) CONTRIBUINTE RESIDENTE NO MUNICÍPIO DESPROVIDO DE VARA FEDERAL

Outro problema que surge é se o contribuinte residir em município que não seja sede de vara federal.

Já foi afirmado acima que a competência para o processamento e o julgamento da ação consignatória é do foro onde o contribuinte possui domicílio, à luz do que prega o art. 891 do CPC, combinado com os artigos 127 e 159 do CTN, que tratam de domicílio tributário e local de pagamento, respectivamente.

Residindo o contribuinte no Município de Mangaratiba, por exemplo, em que não há vara federal, poderia propor a ação consignatória na vara cível de tal localidade (comarca)? Ou deveria propor a demanda na Vara Federal de Angra dos Reis (que compreende tal Município, segundo o art. 45, XI, do Provimento nº 1, de 31/01/2001, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 2ª Região)?

*“Art. 45. A competência de foro no âmbito da Seção Judiciária do Rio de Janeiro está assim distribuída:*

*(...)*

*XI- a subseção de Angra dos Reis, sediada nesta Cidade, alcança a extensão territorial dos municípios de Angra dos Reis, Mangaratiba, Paraty e Rio Claro;” (grifei)*

Segundo o art. 45, inciso XI, a vara federal de Angra dos Reis é competente para julgar as lides de interesse da União surgidas no município de Mangaratiba, salvo aquelas ações cujo julgamento a Constituição de 1988 imputou à vara estadual, com base no art. 109, §3º. Nos casos do art. 109, §3º, da CR/88, a vara estadual do município do autor (Mangaratiba) pode apreciar a demanda, sem que o mesmo tenha de se deslocar à sede da vara federal (Angra).

É cediço que, de acordo com o art. 109, §3º, da CR/88, salvo nos caso envolvendo benefícios previdenciários (INSS), a Justiça Estadual só pode fazer as vezes da Justiça Federal no município que não é sede de vara federal quando a lei expressamente autorizar essa substituição. Não havendo norma infraconstitucional que impute à Justiça Estadual a competência para o processamento das matérias próprias da Justiça Federal, não pode ser invocado o art. 109, §3º, da CR/88. Nessa ausência de disposição legal específica, a vara

estadual do domicílio do autor deixa de ser competente para a ação de competência federal, ficando a demanda a cargo da vara federal que possui jurisdição sobre aquele município (é tradição, na organização judiciária da Justiça Federal, a competência da vara abranger mais de um município).

Em tese, portanto, a ação de consignação tributária deveria ser proposta na vara federal de Angra, face à inexistência de dispositivo legal expresso que autorize a demanda ser ajuizada perante a vara estadual do município (Mangaratiba) em que reside o autor.

O problema desse exemplo citado é se houver execução fiscal tramitando em face desse contribuinte na vara estadual de Mangaratiba (art. 5º da Lei 6830/80 c/c art. 578 do CPC e “Súmula” 40 do TFR). Isto porque a execução fiscal é uma típica ação que se insere na segunda parte do art. 109, §3º, da CR/88, sendo expressamente prevista no art. 15 da Lei 5010/66 como de competência da Justiça Estadual da localidade não abrangida por vara federal. É o que se observa no dispositivo:

*“Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juizes Estaduais são competentes para processar e julgar:*

*I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;*

*II - as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca;*

*III - os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária.”*

A letra do art. 15, inciso I, da Lei Orgânica da Justiça Federal (Lei 5.010/66) não enuncia a competência para a ação consignatória. Contudo, o fato de não aparecer expressamente no mencionado dispositivo, não impede o seu julgamento por parte da Justiça Estadual em caso de concomitante execução fiscal. Nesse caso, havendo execução fiscal da União na vara estadual de Mangaratiba, a ação de consignação pode e deve ser proposta em tal juízo, ao invés de ser ajuizada na vara federal de Angra. Nesta peculiar situação de já

existir execução fiscal da União em face do contribuinte residente em Mangaratiba, permitir o ajuizamento da ação consignatória na Vara Federal de Angra, é admitir a possibilidade de decisões judiciais conflitantes. Além disso, no exemplo, a vara estadual do domicílio do contribuinte executado (Mangaratiba) não tem competência especializada em relação à vara federal (Angra) que abrange tal o domicílio. A vara estadual não possui competência especializada (*ratione materiae*) em relação à competência da vara federal.

Como já se afirmou, a vara estadual só exerce a competência da Justiça Federal, nos moldes do art. 109, §3º, quando houver expressa disposição legal nesse sentido (salvo os casos de benefício previdenciário, que estão expressos na própria Constituição). Foi com base nessa interpretação que o STJ cancelou o verbete nº 183 de sua Súmula de Jurisprudência, referente à competência da vara estadual do município sem vara federal para processar e julgar ações civis públicas de interesse da União. Depois que o STF passou a alterar constantemente a competência fixada no mencionado verbete, o STJ o cancelou.

No exemplo acima, portanto, a fim de se evitar decisões conflitantes entre a Vara Federal de Angra e a Vara Estadual da Comarca de Mangaratiba, em havendo execução fiscal, eventual ação consignatória que verse sobre o mesmo crédito tributário dessa execução deve tramitar perante o juízo estadual, a fim de que ambas sejam julgadas pela mesma autoridade judiciária. No exemplo dado, sendo proposta a execução fiscal da União, em face do contribuinte de Mangaratiba, na vara estadual deste município, por expresse permissivo do art. 15, I, da Lei 5010/66, nada impede que o referido juízo estadual seja o competente para apreciar a ação consignatória que questiona o crédito tributário objeto de tal execução. Tal fixação de competência no juízo estadual tem por fim prestigiar os princípios do Juiz Natural (art. 5º, LIII, CR/88) e da segurança jurídica das relações econômicas (art. 5º, XXXVI e §2º, CR/88), evitando-se o indesejado fenômeno das decisões conflitantes. Permitir que a demanda seja ajuizada na vara federal com competência sob o município de Mangaratiba (Vara Federal de Angra) é admitir a possibilidade de decisões conflitantes entre os juízos federal e estadual, o que nada interessa à sociedade.

Portanto, em regra, a competência para a ação consignatória seria da vara federal que abrange o município do contribuinte; no entanto, já havendo a tramitação de execução fiscal da União em face deste indivíduo no juízo estadual (município sem vara federal), a ação consignatória, versando sobre o mesmo

crédito tributário, deve ser proposta no juízo estadual, a fim de se evitar decisões judiciais conflitantes.

## **VI - EFEITOS DA DECISÃO (ART. 164, §2º)**

O art. 164, §2º, do CTN, enunciando os efeitos da sentença na ação de consignação tributária, veicula uma situação peculiar que a diferencia da sentença produzida na ação de consignação comum do CPC. Imagine a situação em que o contribuinte resolva discutir o montante do crédito tributário, considerado excessivo (aplicando a corrente doutrinária que admite o manejo da consignatória para esse fim - art. 164, §1º). Por exemplo, o crédito exigido é de dez mil reais e o contribuinte, considerando-o abusivo, consigna apenas oito mil em juízo, entendendo ser a quantia devida. Havendo improcedência do pedido nesta consignatória tributária (o Juiz considera devida a quantia de dez mil reais), o Fisco tem a possibilidade de proceder à conversão em renda desse depósito de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e executar judicialmente a diferença (R\$ 2.000,00). Ocorre que a execução dos dois mil reais não será nos próprios autos da ação consignatória com base num título executivo judicial, mas sim através de uma ação de execução fiscal, com base num título executivo extrajudicial (Termo da Dívida Ativa). O resultado de improcedência do pedido consignatório não gera para o credor (Fisco) um título executivo judicial como ocorre na consignatória comum, autorizado pelo art. 899, §2º, do CPC. No Direito Tributário, apesar da sentença de improcedência gerar um direito a favor do Fisco, a execução do crédito se materializará através da sua inscrição em Dívida Ativa, para fins de ajuizamento da execução fiscal na forma da Lei 6830/80. Inscrito o débito e formado o Termo da Dívida Ativa (o verdadeiro título executivo extrajudicial da execução fiscal), está autorizada a Fazenda a extrair a certidão da dívida ativa (CDA) e perseguir judicialmente o seu crédito tributário nos moldes da Lei 6830/80. Nos autos da consignatória tributária, apesar de vencedora, a Fazenda não vai executar a dívida nos mesmos autos (como ocorre no art. 899, §2º, do CPC), mas sim através da execução fiscal.

Essa sistemática difere da consignatória comum, em que a improcedência do pedido gera naturalmente um título executivo JUDICIAL (art. 899, §2º, CPC), podendo o credor materializar o seu direito através da ação de execução, que poderá se processar nos mesmos autos.

É óbvio que, no exemplo acima, nada impede a Fazenda de iniciar, desde logo, a execução fiscal do crédito tributário de dez mil reais, ainda que haja o depósito de oito mil. Como já se afirmou anteriormente, o depósito só suspende a exigibilidade do crédito tributário (e impede a execução fiscal) se representar o montante integral do montante exigido pelo Fisco (S. 112, STJ). No exemplo dado, não havendo o depósito do montante integral, o Fisco não é obrigado a esperar o deslinde final da ação consignatória para, vencendo, “levantar” o depósito e executar a diferença. O exemplo só foi dado para demonstrar que a sentença proferida na consignatória pode ensejar, muitas vezes, um título executivo extrajudicial e não um título judicial, como normalmente acontece.

Agora, pode haver também o caso de julgamento de improcedência do pedido e, como consequência, levantamento do montante depositado pelo contribuinte. Essa situação processual inusitada ocorreria (“pegando carona” no exemplo acima) se, no momento da sentença de improcedência, o Estado já tivesse materializado a conversão do crédito tributário de dez mil reais na execução fiscal. Basta imaginar que, no momento em que o Juiz declara improcedente o pedido da consignatória (com depósito de oito mil reais), a Fazenda já obteve o crédito de dez mil reais na execução fiscal. Nesse caso, como já houve a extinção do crédito tributário na forma do art. 156, I, do CTN, o contribuinte pode proceder ao levantamento daquele depósito efetuado na consignação, para que não haja dois pagamentos pelo mesmo fato gerador. Ter-se-ia, então, um exemplo de improcedência do pedido da consignatória ensejando levantamento do depósito pela parte perdedora da demanda (o autor-contribuinte).

É verdade que parte da doutrina processual civil diria que a situação da Fazenda já ter materializado seu crédito na execução fiscal ensejaria a extinção do processo de consignação tributária, sem apreciação do mérito, por perda do objeto (art. 267, VI, CPC). Ocorre que, a despeito da ação de consignatória ter se enfraquecido com o exaurimento da execução fiscal, nada impede que a mesma continue para adentrar à análise do mérito do montante tributário discutido, a fim de se fazer certeza jurídica sobre a legitimidade do crédito, concretizando a segurança jurídica da relação tributária e a definitividade do conflito. Em nome do princípio constitucional (implícito) da “segurança jurídica das relações econômicas”, deve-se prestigiar, sempre que possível, os julgamentos de mérito em detrimento das extinções de processo na forma do art. 267 do CPC. O art. 269 do CPC deve ser prestigiado sempre que possível. E no caso acima da consignatória existe essa possibilidade.

Aliás, optando o Juiz por julgar improcedente o pedido nesta consignatória (art. 269, I, CPC) ou extinguindo-a sem apreciação do mérito (art. 267, VI, CPC), a consequência prática será a mesma: o levantamento do depósito por parte do Autor. Isto porque a reiterada jurisprudência do STJ e dos demais tribunais tem entendido que a extinção do processo consignatório, na forma do art. 267 do CPC, autoriza o contribuinte a levantar o montante depositado. Foi o que decidiu o TRF da 4ª Região, na Ação Rescisória nº 1999.04.01.095359-7, ao negar a possibilidade do depósito ser convertido em renda a favor do INSS em caso extinção do processo de consignação sem apreciação do mérito.

## **VII - DOUTRINA DE LEITURA OBRIGATÓRIA SOBRE O ASSUNTO**

1) CAIS, Cleide Previtalli, "O PROCESSO TRIBUTÁRIO", Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

2) LOPES, Mauro Luís Rocha, "EXECUÇÃO FISCAL E AÇÕES TRIBUTÁRIAS", Editora Lumen Juris, 1ª edição.

3) PAULSEN, Leandro, "DIREITO TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA", Editora Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal (RS) - ESMAFE, 3ª edição, 2001.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AMARO, Luciano, "DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO" Ed. Saraiva, 2ª edição, 1998.
- CAIS, Cleide Previtalli, "O PROCESSO TRIBUTÁRIO", Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- DERZI, Mizabel Abreu Machado, "DIREITO TRIBUTÁRIO APLICADO", Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, "DICIONÁRIO AURÉLIO BÁSICO DA LÍNGUA PORTUGUESA", Ed. Nova Fronteira, Folha de São Paulo, 1988, pg. 171.
- LOPES, Mauro Luís Rocha, "EXECUÇÃO FISCAL E AÇÕES TRIBUTÁRIAS", Editora Lumen Juris, 1ª edição.
- NOGUEIRA, Alberto, "O DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO", Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1995.

- PAULSEN, Leandro, “DIREITO TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA”, Editora Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal (RS) - ESMAFE, 3ª edição, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, “CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL”, Vol. III, Ed. Forense, 14ª edição, 1996, páginas 11/12.
- TORRES, Ricardo Lobo, “CURSO DE DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO”, Ed. Renovar, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1999.

---

# **“O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE TRIBUTO E SUAS DIVERSAS ESPÉCIES”**

---

*Marcus Livio Gomes é Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Professor da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador do Curso de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.*

## **METODOLOGIA**

**1. INTRODUÇÃO** 1.1 Considerações iniciais 1.2 A definição do tema  
**2. METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO E TÉCNICAS DE PESQUISA**  
**3. CONCLUSÃO** 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## **METODOLOGIA**

A premissa maior a nortear a investigação científica no campo jurídico é o seu fator histórico.<sup>1</sup> A provisoriedade processual é o seu ponto distintivo, o que significa que os institutos estão sempre em uma fase de transição. Um processo inacabado que admitirá, sempre, aperfeiçoamentos e superações. No campo do financiamento das ações estatais isto se torna latente, pois o Estado moderno assumiu um grande número de obrigações, correlatas aos Direitos fundamentais, que necessitam de uma contrapartida de receitas públicas. A arrecadação destes recursos públicos via tributos fiscais e extrafiscais está no cerne da provisoriedade processual, pois a sistemática da tributação, hoje, sofre fortes influxos do sistema constitucional tributário, limitações que antes não eram sistematizadas e balizadas de forma harmônica e razoável no sistema jurídico.

---

<sup>1</sup> DEMO, Pedro. *Introdução à Metodologia da Ciência*. São Paulo: Atlas. 1985. p. 15.

Com efeito, o processo de superação de paradigmas é desenvolvido à luz da metodologia. O paradigma da tributação merece releitura à luz dos Direitos Fundamentais. A teoria da causalidade, centrada no fato gerador, merece uma releitura à luz das finalidades sociais apontadas pelo texto constitucional. Mas o que é metodologia? Segundo Pedro Demo, “metodologia é uma preocupação instrumental. Trata das formas de se fazer ciência. Cuida dos procedimentos, das ferramentas, dos caminhos. A finalidade da ciência é tratar a realidade teórica e prática. Para atingirmos tal finalidade, colocam-se vários caminhos. Disto trata a metodologia”.<sup>2</sup>

No campo das ciências sociais, manipula-se uma variada gama de metodologias. Podemos destacar as mais relevantes<sup>3</sup>, como o *empirismo*, que imagina encontrar a cientificidade no cuidado com a observação e com o trato da base experimental; o *positivismo*, que aparece em várias versões, muito crítico e influenciado pela discussão com a dialética e que vê na neutralidade científica um opção possível entre outras; o *estruturalismo*, que revive profundamente a crença ocidental científica da ordem interna das coisas e das invariantes explicativas; o *funcionalismo*, muito ligado a faces mais sociais da realidade e empenhado na explicação dos lados mais consensuais dela; o *sistemismo*, à sombra da moderna teoria dos sistemas, comprometido com a sobrevivência dos sistemas e com o manejo dos conflitos; a *dialética*, que se faz a expectativa de ser a metodologia específica das ciências sociais, porque vê na história não somente o fluxo das coisas, mas igualmente a principal origem explicativa.

Usaremos no presente trabalho a abordagem dialética<sup>4</sup>, tendo em vista a sua melhor adaptação com a complexidade dos fenômenos e sua dinâmica não linear, a considerar que os institutos jurídicos sofrem evolução histórica influenciada pela dinâmica social. Ao mesmo tempo, tal abordagem reconhece seu conteúdo hermenêutico, cujo processo de definição dos institutos nunca é completa, cabendo-lhe constante revisão, considerando a interpretação como requisito para a aplicação da norma jurídica, em especial os novos princípios instrumentais de efetivação das normas constitucionais, representados pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

---

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 19.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 21.

<sup>4</sup> DEMO, Pedro. *Metodologia do Conhecimento Científico*. São Paulo: Atlas. 2000. p. 14.

---

Neste sentido, a dialética questiona a realidade, a considerar que sua dinâmica é tipicamente contraditória, partindo do pressuposto de que o processo de percepção da realidade social, portanto jurídica, não é necessariamente linear, mas complexa, sendo dinâmica em função das irregularidades que esta complexidade encerra. Portanto, as definições nem sempre captarão com completude os fenômenos jurídicos, necessitando o sistema jurídico de constante revisão e redefinições, numa dinâmica destrutiva e reconstrutiva. Esta reconstrução dar-se-á através da pesquisa, como forma de descoberta ou redescoberta da realidade jurídica, num processo interminável, dinâmico, transitório. Partir-se-á do estudo do conceito de tributo no plano constitucional, cotejando-o com as limitações constitucionais ao poder de tributar, chegando ao conceito legal do instituto, pela verificação, inclusive da prevalência da regra-matriz como centro da norma jurídico-tributária, à luz do conceito finalístico cintilado na nova carta constitucional, aduzindo a sua recepção ou não pelos ordenamentos jurídicos atuais, para depois construir-se uma nova teoria do tributo, tendo como parâmetro as balizas dos sistemas constitucionais.

Podemos enumerar, para fins de classificação, quatro linhas básicas de pesquisa: a teórica, a metodológica, a empírica e a prática. Ressalte-se que os modelos citados não insinuam um modelo rígido, mas as características preponderantes que cada área do conhecimento pode requerer.

No campo das ciências jurídicas, a pesquisa teórica, com vertente exploratória<sup>5</sup>, assume a forma de pesquisa bibliográfica e/o documental, como forma de levantar as contribuições científicas sobre determinado tema, analisando as principais questões teóricas disponíveis e oferecendo subsídios para a definição e resolução de problemas já enunciados. A visão crítica da produção científica abre a discussão como caminho para o crescimento científico.

Assim, a construção científica deve evitar dois extremos: o dogmatismo, que admite coisas indiscutíveis e (representado, hoje, pelo positivismo acentuado, tipicidade fechada), de outro lado, o relativismo (a livre valoração - falta de segurança jurídica), que subjetiva tudo. Há, nestes termos, uma correlação de critérios que devem ser seguidos para a construção científica, de modo a

---

<sup>5</sup> MONTEIRO, Geraldo Tadeu M. e SAVEDRA, Mônica Maria G. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar. 2001. p. 66.

evitar os extremos antes mencionados. São os critérios internos e externos<sup>6</sup>. Os primeiros decorrem da própria obra, sendo os segundos decorrentes da opinião sobre ela. Entre os critérios internos, distinguimos alguns mais ligados à forma e outros mais ligados ao conteúdo.

Como critérios formais podemos apontar<sup>7</sup>: coerência (critério lógico-formal), sistematicidade, consistência, originalidade, objetivação e discutibilidade. Como critério externo, destaca-se o da intersubjetividade (argumento de autoridade, opinião dominante, comparação crítica entre teorias, autores e escolas).

Não obstante, deve prevalecer a crítica interna efetivada a partir da própria obra. Deve-se destacar, também, a busca da objetividade, entendida, em ciências sociais, como o processo interminável de atingir-se a realidade. Entretanto, deve-se ter em mente que as ciências jurídicas são valorativas, o que afasta a neutralidade absoluta do processo de conhecimento neste campo de pesquisa. O sujeito participará, efetivamente, do processo de conhecimento. Portanto, devemos nos afastar dos extremos<sup>8</sup>, inclinando-nos por um bom nível de indagação teórica e crítica, contextualizado com os condicionamentos práticos do caso concreto.

Com efeito, cremos ser a mais indicada para a pesquisa das ciências sociais a seara da metodologia dialética, pois sem deixar de ser lógica, demonstra sensibilidade pela face social dos problemas<sup>9</sup>, sendo uma metodologia social. Assim, a dialética encerra a suposição de que a contradição está inserida na realidade social. O processo de conhecimento é criativo e interminável, fazendo a história. Baseia-se, portanto, nos conceitos de tese e antítese, sendo a síntese simplesmente a nova tese.

Em síntese, o conhecimento científico novo advém da derrubada sistemática da teoria posta, partindo-se de um questionamento desconstrutivo, dúvida sistemática, superação de paradigmas, sejam teóricos, metodológicos ou práticos, apresentado novas alternativas<sup>10</sup>. Ressalte-se, por derradeiro, que se pretende efetivar um estudo de cunho teórico-prático, implementando a verificação e teste de alguns institutos já instituídos nos ordenamentos jurídicos citados.

---

<sup>6</sup> DEMO, *Introdução...op. cit.*, p. 34.

<sup>7</sup> DEMO, *Metodologia... op. cit.*, p. 26.

<sup>8</sup> DEMO, *Introdução...op. cit.*, p. 75.

<sup>9</sup> *Ibid.* p. 87.

<sup>10</sup> DEMO, *Metodologia... op. cit.*, p. 76.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por escopo estabelecer e delimitar o conceito constitucional de tributo e de suas espécies, definindo a sua natureza jurídica, bem como as principais características dos institutos no Direito Brasileiro.

Nosso estudo seguirá caminho epistemológico inovador na pesquisa do tema, pois iniciará a investigação pelo âmbito da finalidade constitucional como fator de legitimação à instituição válida dessas exações, independente de sua natureza jurídica como espécie tributária, o que permitirá a comparação dos institutos nos diversos sistemas jurídicos. Parte-se, assim, da premissa de que a finalidade constitucional é critério hábil para diferenciar as diversas espécies tributárias, critério este albergado na Carta Magna.

Afirma-se que é por este prisma que se deve estudar os conceitos constitucionais dos impostos, das taxas, preços públicos e tarifas, das contribuições de melhoria, dos empréstimos compulsórios e, finalmente, o marco constitucional das contribuições sociais, parafiscais ou especiais.

Com efeito, para um estudo completo dos fatores de legitimação constitucional das diversas espécies tributárias, faz-se necessário traçar um breve esboço histórico, ressaltando a evolução doutrinária que permeou a fixação da natureza jurídica dos institutos. Neste contexto, parte-se do conceito de tributo como receita correlata à necessidade de custeio das despesas públicas, com esteio nos aspectos atinentes ao Direito Financeiro, sem maiores preocupações com a norma jurídica definidora da exação. Posteriormente, tivemos a chamada “Escola da glorificação do fato Gerador”<sup>11</sup>, segregando as espécies tributárias com fundamento no fato econômico juridicamente relevante, na pena de A.D. Giannini<sup>12</sup>, o qual veio a fundar a distinção dos tributos em vinculados e não-vinculados a uma atuação estatal, na medida em que o fato juridicizado fosse correlato ou não a alguma ação estatal. Esta foi a primeira classificação de cunho eminentemente jurídica. Destarte, os impostos seriam

---

<sup>11</sup> TORRES, Heleno Taveira. Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção do Domínio Econômico. A CIDE-Tecnologia. P.2. Artigo ainda não publicado, a ser editado pela Ed. Dialética, SP.

<sup>12</sup> GIANNINI, A. D. *Istituzioni di Diritto Tributario*. 8ª ed., Milano: Giuffrè, 1960, p. 35 e ss.;

os tributos cujo pressuposto de fato, ou melhor, o fato gerador não possuísse qualquer relação com alguma atividade estatal específica relacionada ao contribuinte. Já as taxas seriam aqueles tributos que possuíssem fatos geradores atinentes a situações vinculadas a uma atuação do Estado. Nesta linha, entre outros, Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baliero, Almicar Falcão.

Tal doutrina preencheu lacuna jurídica concernente aos aspectos normativos deficitariamente tratados no seio do Direito Financeiro, mas que ainda era incompleta. Sendo assim, veio à lume, nos idos de 1963, na obra de Alfredo Augusto Becker, teoria demonstrando a insuficiência dos posicionamentos antes alinhavados. A vertente vislumbrada por BECKER visualizava o tributo como instituto originário de típica relação jurídica normativa, com inspiração nas teorias de KELSEN e PONTES DE MIRANDA<sup>13</sup>. Destarte perquiriu-se na estrutura da norma os elementos que deveriam servir como critérios para uma perfeita identificação das espécies tributárias, qual seja, o aspecto material da hipótese de incidência e a base de cálculo. Por este prisma, os tributos seriam impostos ou taxas, dependendo do aspecto quantitativo da norma jurídica, ou seja, a base de cálculo. Esta foi elevada ao principal critério para distinguir os tributos, de cunho estritamente objetivo. Neste diapasão, teríamos impostos quando a base de cálculo fosse um fato caracterizador de capacidade contributiva e taxas quando a base de cálculo se caracterizasse como custo da atividade estatal empreendida na prestação do serviço público.

Na seqüência das construções doutrinárias sobre o tema, à luz da teoria de Geraldo Ataliba<sup>14</sup>, as construções doutrinárias de GIANNINI e BECKER proporcionaram novo impulso dogmático ao citado autor, culminando com a proeminência dos critérios ou aspectos definidores da materialidade da referida hipótese de incidência. Por esta tese, teríamos como tributos vinculadas as taxas e as contribuições e como tributos não vinculados, os impostos.

As construções doutrinárias culminaram com a classificação tributária originada pelo brilhante Paulo de Barros Carvalho, com o título “Teoria da norma tributária”<sup>15</sup>. Nos seus estudos, o autor discrimina a norma jurídica através do conceito da regra matriz de incidência, passando a classificar os tributos a

---

<sup>13</sup> TORRES, Heleno Taveira, *Op. Cit.*, p. 2

<sup>14</sup> *Id*

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 3ª ed., SP: Max Limonad, 1998, 200p.;

partir da relação entre a materialidade da hipótese e a base de cálculo, esta prevista no conseqüente jurídico da norma tributária.

Face ao exposto, a norma jurídico-tributária instituidora das diversas espécies tributárias seria investigada segundo as técnicas de validação, sopesando os critérios causal e finalístico, à luz do Direito Tributário, sem desconsiderar os estudos clássicos sobre a perspectiva da regra-matriz de incidência, pondo em relevo os seus diversos critérios relativos a hipótese e a conseqüência da norma jurídico-tributária, como na doutrina de Paulo de Barros Carvalho. Estas considerações tornam-se mais importantes quando percebemos o antagonismo de posições, ora conduzidas com forte carga axiológica, fulcradas no Princípio da Solidariedade, com esteio nos Direitos Sociais e Econômicos, como as contribuições sociais, especiais ou parafiscais, ora recebendo o influxo da dogmática tradicional, positivista legalista, desconsiderando a moderna hermenêutica constitucional baseada na Jurisprudência dos Valores, centrada, tão somente, na análise do fato gerador ou, mais precisamente, na hipótese de incidência. Assim, faz-se mister a correta delimitação do tema, com o objetivo de delinear o verdadeiro regime jurídico destas exações, à luz do texto constitucional. Isto porque o Sistema Constitucional Tributário, como proposto pelo legislador constituinte originário, impôs rígidos limites aos legisladores, intérpretes e aplicadores da norma jurídica, indicando, de forma prévia e expressa, critérios tipológicos, combinados com o aspecto material delimitador da distribuição de competência.

Afirma-se, assim, que os fins assumem relevância maior que a causa, ou seja, o fato gerador, qualificando objetivos a serem buscados pelo Estado na realização de seus fins sociais. Nestes termos, os fins são definidos pela Carta Constitucional, cabendo ao legislador a tarefa de escolher os meios para a sua consecução. Destarte, o núcleo fundamental constitucional será impeditivo ou prescritivo na instituição das diversas espécies de tributos. Remarca-se, desde já, a distinção ontológica entre finalidade legitimadora da instituição de tributos com a destinação do produto arrecadado. Neste sentido, o regime jurídico que irá incidir sobre as espécies tributárias dependerá, inevitavelmente, do critério adotado para a definição da natureza jurídica da espécie tributária.

Outrossim, do ponto de vista sistemático<sup>16</sup> devem distinguir-se dois subsistemas. O primeiro referente às normas de criação dos tributos com fins

---

<sup>16</sup> TIPKE, Klaus Apud MOLINA, Pedro M. Herrera. El Ordenamiento Jurídico Tributário (Tradução). Disponível em <http://www.ief.es>

fiscais. Já o segundo relativo às normas instituidoras dos tributos com fins extrafiscais. Com efeito, a finalidade instrumenta a atuação do Estado nas áreas abarcadas pelos Direitos Fundamentais, na sua dimensão social em sentido geral, abrangendo os direitos sociais e econômicos, não necessariamente custeando esta intervenção, mas também utilizando-a para estimular ou desestimular a prática de determinados comportamentos. Portanto, além dos tributos para o custeio das atividades gerais do Estado, a Constituição Tributária também autoriza a instituição de tributos com finalidade incentivadora, tais como as atividades reguladoras, diretivas, intervencionistas e instrumentais, não regidas pelo princípio da capacidade contributiva, mas pelos princípios da solidariedade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destarte, existindo um conceito constitucional de tributo e de suas espécies tributárias, até que ponto os Direitos Fundamentais obrigam ou limitam a atuação Estatal, no campo finalístico, pela instituição de exações? Estaria o Estado obrigado a efetivar a instituição destas exações para se cumprirem as finalidades constitucionalmente previstas ou o perfil dos Direitos Fundamentais corresponde ao denominado *status libertatis mínimo ou negativo*, sendo a implementação uma possibilidade aberta ao legislador e não um dever constitucional?

Por outro giro, a escolha das finalidades deve respeitar o sistema jurídico como um todo, quando em conflito com os Princípios que permeiam o ordenamento jurídico, em especial o Tributário. Assim, a escolha, além de apresentar uma relação de conformidade com os Valores albergados pela Carta Magna, deve ser ponderada através dos princípios instrumentais da Razoabilidade e da Proporcionalidade, máxime nos tributos extrafiscais.

O panorama traçado não se restringe ao Sistema Jurídico Brasileiro, mas uma possibilidade de análise comparada com qualquer sistema jurídico, enfocando-se os pontos de contato e as características distintas, procurando, assim, estabelecer uma Teoria Geral do tributo.

## **1.2 A DEFINIÇÃO DO TEMA**

Com efeito, a existência de um sistema tributário racional requer a definição e delimitação exata de quais espécies tributárias compõem tal ordenamento, conferindo aos contribuintes segurança jurídica no campo da tributação.

Portanto, um estudo sistemático da matéria possibilita a delimitação da competência impositiva, a definição exata da natureza jurídica dos institutos, bem como do seu regime jurídico, afastando as incertezas e indefinições, prevalecendo a harmonia e unidade do Sistema Tributário.

O Código Tributário Nacional conceitua o tributo da seguinte maneira:

*“Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”*

Pode-se, assim, afirmar que o conceito legal é mero preceito didático, pois não é função das leis formular conceitos. O conceito de Tributo é constitucional, não cabendo à lei alargá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo<sup>17</sup>.

Este conceito plasmado na Carta Constitucional é o elemento norteador para a fixação das competências legislativas e balizador do regime tributário, conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção ao contribuinte, bem como delimitador da outorga de competência tributária aos entes políticos.

*In casu*, o conceito legal de tributo coincide com o doutrinário, que deve ser extraído do direito positivo, especificamente do texto constitucional, pois se parte da premissa de que tributo é conceito constitucional<sup>18</sup>. A construção de um conceito jurídico-positivo de tributo só é possível pela observação e análise das normas jurídicas constitucionais. Assim, a Constituição plasma um conceito implícito de tributo.

Destarte, o conceito de tributo é nitidamente um conceito jurídico-positivo, em torno do qual irá se formar o Direito Tributário<sup>19</sup>. É, assim, centro da construção sistemática deste ramo do conhecimento. Nestes termos, o conceito de tributo é primário, num contexto determinado, o da Constituição Tributária, informado por princípios e regras de natureza constitucional, que o delimitam.

Por outro lado, existe a tese no sentido de que a Constituição adotou a definição do Código Tributário Nacional, isto é, constitucionalizou-se a definição

---

<sup>17</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32.

<sup>18</sup> ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª edição. RT, 1990.

<sup>19</sup> ATALIBA, *Hipótese...Op. Cit.* p. 38.

codificada<sup>20</sup>. A Lei Fundamental aproveitou e incorporou os conceitos e as definições já constantes da legislação ordinária, especialmente os de conteúdo técnico. Sem embargos, a Constituição de 1967, tanto na redação original, quanto na Emenda de 1969, e a Constituição de 1988, já encontraram a definição do CTN.

Isto porque a redefinição do conceito de tributo seria tarefa extremamente difícil, tendo em vista que a própria Constituição já delineou as espécies tributárias, aspectos materiais das hipóteses de incidência, base de cálculo, sujeitos passivos<sup>21</sup>.

Com efeito, tributo é conceito básico da Constituição Tributária e do Estado Fiscal, coincidindo a sua constituição ao surgimento do Estado de Direito<sup>22</sup>, ou seja, a constitucionalização do Estado Moderno, ultrapassado o Estado Patrimonial, fundado nas finanças patrimoniais e dominiais do Príncipe. Assim, o conceito constitucional de tributo se cristaliza a partir de algumas idéias fundamentais: a liberdade do cidadão, a legalidade estrita, a destinação pública do ingresso e a igualdade<sup>23</sup>.

O positivismo jurídico trouxe influxos a este conceito, relegando a segundo plano os aspectos da liberdade e da igualdade (igualdade formal), sobressaindo-se a legalidade estrita (positivismo acentuado), sendo o problema valorativo considerado extrajurídico<sup>24</sup>. Enfatiza-se o vínculo obrigacional existente no tributo e sua forma de arrecadação, desconsidera-se a destinação da arrecadação como fator caracterizador do regime jurídico dos tributos e, por fim, a completa ausência de valores ou valoração, de fundamentação axiológica do tributo.

Um bom conceito constitucional de tributo é aquele baseado no conceito de tributo como dever fundamental estabelecido pela Constituição no espaço aberto pela reserva de liberdade e pela declaração dos Direitos Fundamentais, sendo por eles limitado e ao mesmo tempo lhes servindo de garantia, sendo por isso o preço da liberdade<sup>25</sup>, ou melhor, forma de custeio desta. As liberdades são religiosa, política, educacional, de manifestação do pensamento, de

---

<sup>20</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 169.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 170.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 171.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 172.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 174.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 186.

comércio, de exercício de profissão, absolutas ou relativas, implícitas ou explícitas, mas protegidas pelos mecanismos das imunidades. Por outro giro, a dimensão axiológica também irá delimitar o conceito de tributo, em especial pela via dos princípios tributários.

Entretanto, o que mais justifica o presente trabalho é o surgimento de proposições teóricas que tentam combinar os critérios de classificação das espécies tributárias, inserindo o tema da finalidade no bojo da regra-matriz de incidência, alcançando qualificações esdrúxulas e inapropriadas. Metodologicamente, deve-se segregar os critérios fulcrados na materialidade da hipótese de incidência daqueles correlacionados à finalidade. Qualquer sistema classificatório que se preze dever primar pelo seu rigor metodológico e técnico, adotando critérios homogêneos, partindo-se do texto constitucional.

Neste sentido, rendo-me a crítica lançada por Heleno Taveira Torres<sup>26</sup>, quando dispõe que a finalidade não compõe o conteúdo da norma de conduta instituidora do tributo, mas está atrelada à competência. Assim, podemos distinguir nitidamente que a destinação é elemento de afetação constitucional da receita obtida a partir de tributo já instituído, retirando do orçamento geral a disponibilidade destas receitas. Sintetiza o brilhante autor, aduzindo que todo tributo é finalístico, na visão da ótica do destino da receita arrecadada. A receita dos impostos para o custeio das atividades gerais e inespecíficas do Estado; a receita das taxas para o custeio dos serviços públicos prestados pelo Estado; as receitas das contribuições de melhoria para o custeio de obras públicas, com valorização imobiliária; as receitas das contribuições sociais para o custeio indireto de atividades mediatas relacionadas aos contribuintes; as receitas dos empréstimos compulsórios para o custeio da intervenção do Estado, mediante requisitos constitucionais. Percebe-se, assim, que o campo finalístico está inserido no tema da competência impositiva, sendo critério autônomo, a subsidiar todas as espécies de imposição tributária.

### 3. CONCLUSÃO

O presente trabalho não pretendeu esgotar o tema proposto, mas iniciar o aprofundamento do debate sobre esta questão, tão carente de atenção por

---

<sup>26</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Op. Cit.* 6

parte dos doutrinadores do Direito Tributário. Espera-se que com o advento das recentes alterações constitucionais, em especial a temática das Contribuições Sociais, as vozes do Direito Tributário acordem para o problema da desconfiguração legal e constitucional do Sistema Tributário Nacional. Não é possível que institutos do Direito Tributário que levaram dezenas e dezenas de anos para serem institucionalizados possam ser desconsiderados pelos legisladores constituintes derivados, em parte pelo total despreparo técnico, cultural e intelectual destes, e em parte pela ânsia arrecadadora do Poder Executivo. Somente a formulação de uma doutrina sólida e harmônica sobre o conceito constitucional de tributo poderá orientar os Tribunais na difícil tarefa de decidir, premido, por um lado, pela duvidosa constitucionalidade do emaranhado legilastivo editado a cada dia e, por outro, pela crescente e incessante necessidade de aumentar as receitas fiscais do Poder Central.

#### 4. REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo *Hipótese de Incidência Tributária*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1990.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Tributária*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1981.
- DEMO, Pedro. *Introdução à Metodologia da Ciência*. São Paulo: Atlas, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Metodologia do Conhecimento Científico*. São Paulo: Atlas, 2000.
- GIANNINI, A. D. *Istituzioni di Diritto Tributario*. 8ª ed., Milano: Giuffrè, 1960, p. 35 e ss.;
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. Contribuiciones e Tasas [Contribuições e Taxas], *Revista de Direito Tributário* n.º 40, São Paulo: RT, 1987, p. 7-15.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Financiero español*. 12ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1990.
- MONTEIRO, Geraldo Tadeu M. e SAVEDRA, Mônica Maria G. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.
- TORRES, Heleno Taveira. Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção do Domínio Econômico. A CIDE-Tecnologia. P2. Artigo ainda não publicado, a ser editado pela Ed. Dialética, SP.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- TIPKE, Klaus Apud MOLINA, Pedro M. Herrera. El Ordenamiento Jurídico Tributario (Tradução). Disponível em <http://www.ief.es>.

---

# O PRINCÍPIO DA SOBERANIA

---

Valter Shuenquener de Araújo - Juiz Federal Substituto.  
Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor  
Contratado da UERJ e da EMERJ.

## SUMÁRIO:

*Introdução. A Soberania em Jean Bodin, Thomas Hobbes e Rousseau. Soberania como Princípio. Exclusividade Estatal da Soberania. Soberania Externa e Soberania Interna. A Soberania e o Direito de Intervir. A Legitimação da Soberania. A Soberania e o Mínimo Existencial. O Princípio da Soberania e a Concretização das Normas Jurídicas. Soberania e Direitos Humanos. Meio Ambiente e Soberania. Conclusões. Bibliografia.*

*“O Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes”<sup>1</sup>*

*(Luigi Ferrajoli)*

## INTRODUÇÃO

O princípio da soberania do Estado-nação está em crise e não existe, ainda, uma solução alternativa ao modelo existente. Quando a humanidade parecia estar definitivamente caminhando rumo à crença em órgãos de deliberação transnacionais, o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 originou uma abrupta guinada em direção ao fortalecimento da soberania e dos valores nacionalistas, o que foi, inclusive, reforçado com o ataque dos Estados Unidos da América ao Iraque deflagrado em março de 2003 sem a autorização do Conselho de Segurança da ONU.

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 2002, p. 50.

A despeito do pontual fortalecimento acima narrado da soberania, o Estado-nação vem perdendo, de um modo geral, liberdade na condução de sua política (interna e externa), ficando, assim, limitado por normas internacionais e, cada vez mais, por pactos regionais. A soberania tem sido atenuada para permitir a aceitação do Estado no contexto internacional e a força estatal passa a dividir espaço com outros feixes de poderes, cujos centros de irradiação situam-se até mesmo fora de seu território.

A soberania estatal não pressupõe o conceito de algo eterno e universal. Remonta, por outro lado, a uma época da civilização ocidental em que os indivíduos foram substituídos pelos Estados no âmbito internacional. O Estado-nação europeu erradicou a pulverização do poder, acabando com a anarquia feudal. No entanto, nada há, ao que tudo indica, que impeça a substituição do Estado em sua feição atual por um outro modelo capaz de viabilizar a paz mundial e de satisfazer os anseios de cada comunidade.

Etimologicamente, a palavra soberania tem origem no latim *superanus*.<sup>2</sup> O termo nos oferece a idéia de um grau supremo de hierarquia política, de um poder supremo que não reconhece outro acima (*suprema potestas superiorem non recognoscens*). Na Grécia, se falava em autonomia e em independência. As cidades-Estado gregas buscavam a auto-suficiência (autarquia) e eram tidas como independentes<sup>3</sup>. Entre as cidades-Estado, havia uma certa igualdade de poder que propiciava a noção de independência com semelhança à idéia de soberania.

O conceito de soberania começa a ganhar força na Idade Média. Segundo narra Celso Mello,<sup>4</sup> a partir dos últimos trinta anos do século XIII é que surgem as palavras “soberano” e “soberania”<sup>5</sup>. Nesse período histórico, entretanto,

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. A Soberania através da História. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10. Celso Mello realça que o sufixo “anus” do médio latim comprovava a origem popular do termo. Vale o registro, no entanto, como o próprio professor aponta, que há quem defenda que o vocábulo seria oriundo do baixo latim “*superanitas*”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 46.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. A Soberania através da História. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

<sup>5</sup> Luigi Ferrajoli nos ensina que a palavra soberania foi utilizada no século XIII nos *Livres des coutumes et des usages de Beauvoisis* (Livros dos costumes e dos usos de Beauvoisis), do feudalista Beaumanir. Nele, há menção de que “*chacuns barons est souverain en sa baronnie*” (cada barão é soberano em seu baronato) e, ainda, de que “*le rois est souverain par dessus tous*” (o rei é soberano acima de todos). FERRAJOLI, op. cit. p. 66.

os senhores feudais exerciam o domínio sobre os seus vassallos, mas estavam submetidos, em certa medida, aos poderes dos monarcas locais e, ainda, aos do Imperador do Sacro Império Romano Germânico e aos do Papa. Por outro lado, os monarcas locais, a Igreja e o Imperador situavam-se politicamente acima dos senhores feudais, mas não detinham poder suficiente para impor exclusivamente suas respectivas vontades, o que dificultava o exercício da soberania.

Com o Tratado de Vestefália de 1648,<sup>6</sup> a excessiva fragmentação do poder existente na Idade Média findou e passou a existir, ao menos formalmente, uma igualdade jurídica dos Estados. Fundou-se um sistema internacional semelhante ao existente atualmente em que cada ente soberano exerce comandos dentro de seu território. Com isso, a expressão *par in parem non habet iudicium* (um igual não possui jurisdição sobre outro igual) passou a ser largamente empregada.

Saindo da realidade européia, voltamos nossa atenção para o Brasil atual. Aqui, a Constituição de 1988 faz menção expressa à soberania em diversos artigos de alta relevância para a existência do Estado, o que já denota preocupação do constituinte com esse princípio e com sua imprescindibilidade para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Com a leitura dos artigos da Constituição que tratam da soberania<sup>7</sup>, podemos chegar à conclusão que ela não recebe a conotação de mero compromisso, de mera expressão desprovida de densidade normativa. Configura, na verdade, um princípio de indispensável observância pelo ordenamento jurídico brasileiro. Embora, em uma sociedade dinâmica, a Constituição tenha como pressuposto uma estrutura aberta e um certo teor de indeterminação,<sup>8</sup> essas características não devem servir para esvaziar a função da soberania, vale dizer, não devem permitir que a soberania seja exclusivamente empregada em tom poético, ufanista.

Nesse contexto, incumbe ao Judiciário, no âmbito das competências constitucionais que lhe são atribuídas em um Estado Democrático de Direito, evitar que a finalidade do princípio da soberania seja esquecida e controlar o

---

<sup>6</sup> Na realidade, há dois tratados que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos e que receberam o nome de Tratados de Vestefália: o Tratado de Osnabrück e o de Münster, respectivamente de 14 e 24 de outubro de 1648. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain, op. cit. p. 44-45.

<sup>7</sup> A palavra soberania é mencionada no art. 1º, I, art. 5º, LXXI, art. 14, art. 17 e art. 170, I, da Constituição da República.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição. Os Caminhos da Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

alcance do seu exercício pelos poderes estatais, tarefa essa que também representa, frise-se, verdadeira manifestação da soberania. O Judiciário deve preocupar-se com o modo pelo qual os poderes soberanos são impostos aos súditos e o modo como outras vontades soberanas atingem o Estado e seus indivíduos.

Essa tarefa é própria dos magistrados, pois, como bem aponta Ana Paula Barbosa, “os juízes, por intermédio da interpretação, podem atribuir uma leitura aos princípios fundamentais mais condizente com as exigências das comunidades ou grupos sociais”.<sup>9</sup> Não nos parece, portanto, ser legítima qualquer alegação de que a soberania, por englobar matéria de cunho político, que envolve inclusive obrigação do Estado no âmbito internacional, não poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário.

## **A SOBERANIA EM JEAN BODIN, THOMAS HOBBS E ROUSSEAU**

A obra de Jean Bodin foi marcada pela época sangrenta em que o autor francês viveu (1520 a 1596). As guerras civis de seu tempo fizeram Bodin crer que o Estado somente seria salvo se os poderes fossem concentrados na pessoa do soberano. O soberano deveria possuir meios para dar unidade ao Estado. Com poderes absolutos e irrepreensíveis, o soberano poderia controlar eventuais crises e evitar o esfacelamento do Estado e do próprio povo. Em meio à situação caótica originada pelas lutas religiosas, Bodin procura alcançar a paz e a segurança por meio do monopólio do poder pelo soberano.

Por sua vez, Hobbes (1588-1679) defende a instituição de um poder central com a finalidade de sair da anarquia rumo a um modelo que propicie maior segurança.

Coube a Hobbes a primazia de desvincular o poder do Estado e do soberano de um fundamento ético-religioso. Mesmo adotando uma noção absolutista do poder do soberano, Hobbes afasta a sua instituição de uma origem divina.

Com a finalidade de viabilizar a saída de um *estado de natureza*, caracterizado pela insegurança e guerra de todos contra todos, é que Hobbes vai insistir na necessidade de criação de um poder central, um poder unitário capaz de evitar

---

<sup>9</sup> BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*, Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, UERJ, 2000, p. 53.

a destruição do homem por ele próprio. O Estado passa, então, a ter seu surgimento justificado. O grande Leviatã, monstro bíblico descrito no livro de Jó, surgiria como instrumento para a criação de um poder comum, um poder decorrente da renúncia de cada um dos indivíduos de parcela de sua liberdade e independência em favor de uma única pessoa: o soberano. Esse poder único serviria de instrumento para viabilizar a passagem do *estado de natureza* para o *estado civil*.

Com Rousseau (1712-1778), o conceito de soberania se desprende da noção de exercício irrestrito e absoluto do poder por um único indivíduo (aquele que reinaria em nome de todos), passando a existir a idéia de que o poder soberano deve ser exercido como uma forma de coordenar e compatibilizar interesses e intenções de todos os cidadãos. É um dos primeiros momentos em que realmente se enxerga o poder soberano de baixo para cima, e não do topo para baixo.

Na formação da vontade geral divulgada por Rousseau, cada indivíduo ganhará o equivalente ao que perde para sair do *estado de natureza* e terá mais força para preservar os seus direitos uma vez formada a sociedade civil. Não haveria excessos do soberano porque a obediência dos súditos à vontade geral equivaleria à obediência à própria vontade.

## SOBERANIA COMO PRINCÍPIO

Por permitir a relativização diante do caso concreto, a soberania é um princípio que, no Brasil, recebeu a estatura constitucional de princípio fundante da República.<sup>10</sup> Pode sofrer ponderação com outros princípios e ter eventualmente a sua incidência atenuada em razão da prevalência dos valores irradiados de um outro princípio em uma determinada situação concreta.

Até mesmo na época em que a monarquia se declarava absolutamente soberana, ainda assim o seu poder era limitado pela vontade divina ou pelas leis da natureza. Havia algo que restringia a esfera de atuação do soberano, mesmo que a vontade divina e a lei da natureza sejam conceitos de difícil definição. O conceito de

---

<sup>10</sup> Ricardo Lobo Torres classifica a soberania como *princípio fundante* ou *de legitimidade*, pois ela justifica o ordenamento jurídico e fundamenta a República Federativa do Brasil. In *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume V. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 140.

soberania não é (e nem nunca foi) absoluto. No entanto, atualmente, a relativização vem se tornando mais evidente, intensificada pelo fenômeno da globalização.

Em razão de a soberania possuir uma relatividade inerente a todo e qualquer princípio, saber se um determinado Estado ou o seu ordenamento jurídico é ou não soberano é, por vezes, penoso. Com efeito, a soberania não é identificada da mesma forma que um fenômeno das ciências naturais e ela possui variações capazes de nublar a visão crítica do seu observador.

### **EXCLUSIVIDADE ESTATAL DA SOBERANIA.**

Uma característica da soberania que tem sido destacada pela doutrina é a de que ela seria um atributo exclusivo do Estado. Veja-se, por todos, o entendimento de Carré de Malberg, para quem “*sólo el Estado puede ser soberano*”.<sup>11</sup>

A despeito de eventuais argumentos que possam ser lançados para reforçar o que é acima defendido por Carré de Malberg, parece-nos ter havido uma modificação no que concerne à exclusividade estatal do exercício da soberania. A União Européia, por exemplo, que não se caracteriza como uma entidade estatal, parece exercer soberania nas matérias de cunho comunitário.

O fato de instituições como a União Européia derivarem suas competências dos Estados que a criaram não é capaz de afastar o reconhecimento do exercício de seus poderes de forma soberana. A criação e o reconhecimento de um órgão por uma ou por várias entidades externas a ele não afasta o caráter soberano do ente ou órgão criado, se ele exerce suas competências de forma autônoma e independente. Os Estados também necessitam ser reconhecidos pela comunidade internacional para que possam ser soberanos. Sempre haverá, portanto, ainda que no caso dos Estados, uma fonte exterior que autorizará o exercício da soberania.

Mesmo reconhecendo a existência de posicionamentos em sentido distinto do apresentado,<sup>12</sup> parece-nos que os exemplos acima demonstram ser possível verificar que a soberania deixa de ser um atributo de exclusividade do Estado.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> CARRÉ DE MALBERG, op. cit. p. 83.

<sup>12</sup> Consulte REIS, Márcio Monteiro. O Estado contemporâneo e a noção de soberania. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Editora Renovar, 1999, p. 284.

<sup>13</sup> Reinhold Zippelius esclarece que “*foram concedidos certos direitos de soberania a determinadas organizações supranacionais*”. Op. cit. p. 90.

Nesse mesmo sentido, Lenio Streck e José Luís Bolzan de Moraes sustentam que o conceito de soberania, por ser mais amplo, não pode ser reduzido de modo a apenas corresponder à noção de soberania estatal.<sup>14</sup> Soberania seria uma qualidade do poder e não unicamente uma característica do poder de determinados Estados.

## SOBERANIA EXTERNA E SOBERANIA INTERNA

A doutrina divide a soberania em interna e externa com base no âmbito de sua incidência.

A primeira diz respeito aos poderes do Estado no âmbito interno. Trata-se da competência de um Estado sobre seu território. Seria ela doutrinariamente caracterizada pela capacidade de um Estado de produzir suas normas jurídicas, de executá-las e de apreciar sua validade. A soberania interna diz respeito à relação jurídica entre o Estado e a sociedade civil.<sup>15</sup> Marie-Joëlle Redor define a soberania interna como “*o poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território*”.<sup>16</sup>

A mera possibilidade de exercício dos três Poderes estatais está associada à soberania formal. Entretanto, para que um Estado também possua soberania sob o ponto de vista material, é preciso que o exercício dos três Poderes seja hábil a dar efeitos concretos às normas jurídicas. Sem que um Estado possa concretizar, isto é, dar efetividade aos preceitos normativos que ele próprio estipula para si, não há que se falar em soberania.

Considerar unicamente o aspecto formal na definição da soberania é deixar sem conteúdo algo que, no Brasil, é tido como princípio fundamental de nossa

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Segunda edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 157.

<sup>15</sup> Wolfgang Reinicke salienta, em seu artigo Governança em um mundo pós-interdependente a caminho de uma política global, integrante do livro *Governança Global*, p. 18, que “*(...) um governo tem soberania interna quando detém o monopólio do poder legítimo sobre uma série de atividades sociais em um determinado território. No que tange à economia, os governos operacionalizam sua soberania interna ao arrecadar impostos ou regulamentar atividades do setor privado*”.

<sup>16</sup> Tradução livre do seguinte texto: “*le pouvoir qu’a l’Etat d’imposer sa volonté aux individus vivant sur son territoire*”. REDOR, Marie-Joëlle. *De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914*. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 61.

República.<sup>17</sup> Se a soberania é fundamental, é porque precisa ter força suficiente para concretizar as normas jurídicas. Seria ilógico pensar que uma nação é soberana no aspecto interno se ela não possui condições de implementar, no mundo dos fatos, aquilo que se propõe a fazer.

A soberania externa, por seu turno, diz respeito às relações do Estado no cenário internacional. Ela possui um sentido relacional, referindo-se à relação entre Estados. De acordo com as palavras de Celso Mello, a soberania externa representa “*o direito à independência que se manifesta no: a) direito de convenção; b) direito à igualdade jurídica, c) direito de legação; d) direito ao respeito mútuo*”.<sup>18</sup>

A soberania de um Estado deve ser avaliada considerando-se simultaneamente o seu aspecto interno e o externo. Apenas será soberano o Estado cuja vontade puder fazer valer-se no cenário internacional e que tiver condições de concretizar suas normas constitucionais através de seus poderes instituídos.

Há necessidade de que os representantes no poder tenham reais condições de praticar e materializar, em um ambiente democrático, os atos de soberania. Sem que os seus poderes possam ter efeitos concretos, em razão da existência de uma soberania interna enfraquecida, a existência da democracia acaba sendo questionada e a função do voto termina por se esvaziar.

## **A SOBERANIA E O DIREITO DE INTERVIR**

Como consequência do princípio da soberania, há o dever geral de não-intervenção de um Estado nos assuntos que digam especificamente respeito à soberania de outro. Um Estado não pode interferir nos negócios de outro de modo a agredir sua soberania e a ditar a conduta que entenda deva ser a adotada.

Michael Walzer nos faz recordar que a soberania e a intervenção guardam relação direta com o termo “tolerância”. A soberania garante que aquele que está do lado de fora da fronteira não poderá interferir no que é feito dentro

---

<sup>17</sup> Artigo 1º da Constituição da República: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: i – a soberania (...)*”.

<sup>18</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. A Soberania através da História. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 17.

dela. Terá de tolerar a prática de atos por um Estado, a fim de que também seus atos sejam tolerados (“*nós não nos preocuparemos com as suas condutas se você não se preocupar com as nossas*”).<sup>19</sup> O direito de intervenção surgirá, portanto, quando os atos de um Estado não puderem ser tolerados pelos outros.

Quando a intervenção for indispensável, que seja feita em caráter transitório em decorrência de um dever mútuo de assistência e que seja realizada apenas com o intuito de viabilizar que a sociedade que sofreu a intervenção possa, no futuro próximo, caminhar com as próprias pernas. Algo que exorbite isso será intolerável.

## A LEGITIMAÇÃO DA SOBERANIA<sup>20</sup>

A legitimação seria um processo, o que acaba por a caracterizar como algo dinâmico, de avaliação da conformidade ética do ordenamento jurídico.

De acordo com Ana Paula Costa Barbosa, “*a legitimação de princípios tanto pode ser aferida antes da elaboração do Estatuto Fundamental quanto posteriormente a ela (e aqui estar-se-ia tratando de legitimidade), o que faz, em matéria de Constituição e de seus princípios fundamentais, estejamos falando em uma construção inacabada e, portanto, em uma permanente evolução.*”<sup>21</sup>

Todas as restrições a direitos e imposições de obrigações com fundamento na necessidade de preservação da soberania devem ser justificadas. Essa justificação (*Rechtfertigung*) precisa ser aceita pela comunidade, isto é, pelos próprios súditos. Inexistindo aceitação, deixa de haver legitimidade. Nesse contexto, deve haver uma busca, fora do ordenamento jurídico, dos valores que justificam a preservação da soberania, dos valores que legitimam a necessidade de garantia da soberania.

---

<sup>19</sup> Tradução livre do seguinte texto: “*we won't worry about your practices if you don't worry about ours*” WALZER, Michael. *On toleration*. Yale University Press, 1997, p. 20.

<sup>20</sup> Como bem destacou Ricardo Lobo Torres, em seu artigo A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: *A Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 397: “*O tema da legitimação dos direitos humanos, dos princípios e do próprio ordenamento jurídico ausentou-se, por aproximadamente um século, das discussões jurídicas, por influência dos positivismos de diversos matizes. Hoje o assunto ressurgiu, sob a renovada perspectiva do Estado Democrático de Direito*”.

<sup>21</sup> BARBOSA, op. cit. p. 53.

Um Estado que aja de modo irrestrito, invocando a soberania indevidamente para legitimar a sua atuação, acabará restringindo - de modo inconstitucional - direitos previstos na Carta Magna, tais como o da livre concorrência, da propriedade ou o direito de livre iniciativa. Poderá, inclusive, acabar violando o pacto da federação. Havendo constante desconformidade entre o que os cidadãos anseiam e o que a vontade do soberano determina, havendo ausência de legitimidade nas ações daquele que possui o poder para comandar as atividades estatais, acaba também sendo violado o princípio da autodeterminação dos povos.

Cada geração deve aprovar as justificativas que lhe são oferecidas para a existência de uma imposição estatal. Quanto a este aspecto, Gustavo Binbenbojm oportunamente destaca que *“cada geração tem o direito de deliberar, através das instituições democráticas, sobre as prioridades que lhe pareçam mais adequadas ao bem-estar geral”*.<sup>22</sup>

No embate próprio do fenômeno da globalização entre a tendência de homogeneização de valores e a preocupação com a preservação das diferenças, cabe ao Estado-nação propiciar um espaço de discussão, ainda que no seio das instituições já existentes, capaz de legitimar as escolhas viáveis e mais benéficas para os seus cidadãos, harmonizando, assim, os conflitos entre o universal e o nacional e assegurando a preservação da sua soberania.

## **A SOBERANIA E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

O mínimo existencial tem sido caracterizado como o conjunto de prestações mínimas indispensáveis para a existência digna do ser humano. São aquelas prestações essenciais para a sobrevivência do indivíduo e, por outro lado, capazes de tornar viável a vida em sociedade.

Evidentemente, cada Estado será capaz de prover prestações mínimas de acordo com as suas possibilidades econômicas. O mínimo é relativo, variável de acordo com as circunstâncias econômicas de cada Estado; o que não retira sua relevância.

---

<sup>22</sup> BINENBOJM, Gustavo. TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247.

Aqui é preciso dizer que o Estado não deve preocupar-se apenas com o mínimo. Deve mirar o horizonte e ter como meta proporcionar o máximo aos seus cidadãos, assegurando-lhes, por inteiro, as prestações materiais a que tiver se comprometido.

Quanto menor a possibilidade de um Estado de concretizar suas normas jurídicas, inclusive aquelas relacionadas com os mínimos sociais, mais deficiente será o exercício pleno da sua soberania e menor será a possibilidade de essa comunidade preservar a dignidade de seus membros. Nações soberanas, do ponto de vista material, concretizam suas normas jurídicas e, com isso, em se tratando de Estados democráticos, tendem a assegurar o mínimo existencial, abolindo, assim, a pobreza absoluta e minorando a pobreza relativa. Em suma, são capazes de dar cumprimento às normas constitucionais garantidoras dos direitos (e também deveres) de seus súditos.

## **O PRINCÍPIO DA SOBERANIA E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS**

Tradicionalmente se tem afirmado que soberano será o Estado que não se encontrar submetido à vontade de um outro e que, portanto, possui capacidade para criar seu próprio ordenamento jurídico e, especialmente, a sua própria Constituição. Esse fato, entretanto, parece insuficiente, pois há atualmente uma intensa interdependência estatal que dificulta extremamente a perfeita identificação de uma situação de submissão de um determinado Estado em relação a um outro.

O grau de soberania de um Estado não merece estar atrelado exclusivamente a um fator de dependência ou subordinação em relação a outros Estados ou à mera aptidão de um Estado de criar as suas próprias normas jurídicas. É preciso ir além. A capacidade de concretização de suas normas jurídicas deve ser um fator fundamental para se aferir o grau de soberania de um Estado, mesmo que, para tanto, ele tenha de eventualmente se socorrer de outros Estados, o que é perfeitamente admissível.

Lembrando a preleção de Arthur Machado Paupério, “*um Estado sem força material, sem elementos de coação, que possam obrigar os indivíduos ao cumprimento da ordem jurídica, é um contra-senso e uma abstração. (...) Um*

*poder anêmico, se é incapaz de oprimir, é, de outro lado, também incapaz de defender os reais interesses de qualquer coletividade".<sup>23</sup>*

A soberania deve estar também vinculada ao elemento material, sob pena de se ter um conceito desprovido de uma finalidade maior. O Estado precisa agir, necessita ter capacidade prestacional com a finalidade de dar efetividade não somente aos direitos políticos, mas também aos direitos sociais que ele próprio prevê em seu ordenamento jurídico.

Torna-se imperioso levar a soberania a sério. Levar a soberania a sério significa levar a sério a efetividade das normas jurídicas criadas pelo Estado.

Nesse contexto, será difícil reconhecer o exercício pleno da soberania por um Estado que não tenha condições de dar cumprimento às normas jurídicas que ele próprio cria e nem tenha meios para satisfazer os anseios do seu povo. Quanto maior a possibilidade de atingir os efeitos das normas criadas pela comunidade estatal, mais plena será a soberania.

Dessa forma, se dois Estados distintos possuírem idênticas previsões em seus textos constitucionais de que o ensino será público e gratuito, a soberania será exercida de forma mais plena por aquele que tiver melhores condições de entregar o serviço público nos termos em que está obrigado constitucionalmente. Em razão desse fato, podemos dessumir que o orçamento público exerce influente papel no exercício da soberania.

## **SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS**

Deixar sob a exclusiva responsabilidade da jurisdição doméstica a solução de controvérsias relacionadas com a proteção dos direitos humanos pode acarretar sérias violações às convenções internacionais e propiciar cenários de total desrespeito a eles. Por outro lado, em razão da fluidez que a expressão "direitos humanos" traz consigo, pode o pretexto de sua proteção internacional acabar violando a soberania nacional.

As crueldades praticadas pelos Estados ao longo da história mais recente, e, ainda, aquelas vistas de forma mais concentrada durante a Segunda Guerra Mundial fizeram surgir a necessidade de discussão sobre a legitimidade exclusiva do Estado no campo dos direitos humanos.

---

<sup>23</sup> PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria Democrática do Poder. Teoria Democrática da Soberania*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997, p. 140 e 143.

O conflito entre o universalismo e o nacionalismo vem sendo intensificado em matéria de direitos humanos e, neste cenário, em que há movimentos ideológicos em todos os sentidos, fica dificultada a tutela universal do homem como um fim em si mesmo. Há, em inúmeras ocasiões, fortes choques entre as práticas de grupos culturais locais e valores tidos por universais e isso pode prejudicar a efetiva tutela dos direitos humanos.

No Brasil, a incorporação ao direito positivo de normas jurídicas de âmbito internacional em matéria de direitos humanos se intensificou após o processo de democratização deflagrado na segunda metade da década de 80. Com a democratização e a promulgação da Constituição de 1988, inúmeros tratados e convenções foram e continuam sendo ratificados.<sup>24</sup> A Carta de 1988, é preciso dizer, teve papel relevante e inovador nesse tema, pois conferiu, pela primeira vez em um texto constitucional brasileiro, posição de destaque aos direitos humanos ao inseri-los, inclusive, como um dos princípios que regerá o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (artigo 4º, inciso II, da Constituição de 1988).<sup>25</sup> Com a adoção de uma postura mais madura após ter sido revigorada a democracia, o discurso nacionalista exacerbado e ufanista foi sendo deixado de lado no Brasil.

Sem embargo, a fase atual ainda não é satisfatória. De um modo geral, os Estados viram suas costas para aqueles que, embora sejam seres humanos, não são seus cidadãos, não são seus nacionais. Já com relação aos seus cidadãos, os Estados agem como bem entendem, o que ocasiona, por vezes, severas violações aos direitos humanos. De um lado, a ausência, de outro, o excesso.

Há bens jurídicos comuns a toda a humanidade, bens que se difundem por todos os povos. A preservação da paz, a manutenção da ordem, a tutela do meio ambiente, a guerra contra a fome, a proteção aos recursos naturais (como a água) indispensáveis à sobrevivência humana, o combate a doenças que atingem a humanidade, dentre inúmeros outros exemplos, representam interesses a

---

<sup>24</sup> Flávia Piovesan noticia que, a partir de 1988, foram ratificados pelo Brasil os seguintes documentos: “a) *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, em 20/07/89; b) *Convenção sobre os Direitos da Criança*, em 24/09/90; c) *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, em 24/01/92; d) *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, em 24/11/92; e) *Convenção Americana de Direitos Humanos*, em 25/09/92; f) *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, em 27/11/95”. PIOVESAN, Flávia; SUNDNFELD, Carlos Ari (Coord.); VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). Op. cit. p. 202.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, p. 68.

serem tutelados por todos os habitantes do planeta Terra.<sup>26</sup> O difícil é saber em que medida cada povo terá de ceder parcela de seus interesses locais para assegurar a proteção desses bens tidos como globais.

Há cerca de 200 anos que os direitos humanos têm sido exigidos pelos cidadãos e, ainda que por fundamentos distintos (religioso, filosófico etc.), vêm tendo seus horizontes ampliados e, cada vez mais, possuem uma maior força de imposição (*Durchsetzungskraft*). No entanto, e isso também é preciso reconhecer, existem rupturas na dinâmica de proteção dos direitos humanos que, com frequência, conduzem a um retrocesso no seu processo de desenvolvimento.

A tutela dos direitos humanos tem sido regionalizada com a criação de blocos econômicos que contenham integrantes com perfis relativamente semelhantes. Em cada região, a necessidade de cooperação é muito grande, o que estimula sobremaneira a efetividade dos direitos humanos. Quem participa ou pretende participar do Conselho Europeu (*Europarat*) precisa sujeitar-se ao controle da comunidade em matéria de direitos humanos, sendo oportuno rememorar que a proteção européia a esses direitos acabou influenciando outras regiões do mundo.<sup>27</sup>

Ainda com relação à aplicação universal dos direitos humanos, nunca é demais finalizar este tópico lembrando a advertência de Celso Mello, para quem “(...) mesmo sem qualquer fundamento, nós, ocidentais, ainda sonhamos com a universalização, mas temos que reconhecer que ela não existe, mas é apenas um processo em realização que poderá atingir ou não o seu fim”.<sup>28</sup>

## MEIO AMBIENTE E SOBERANIA

Questões ambientais interessam a toda a humanidade e dizem respeito, inclusive, a gerações futuras. A natureza pressupõe uma totalidade global. Todos os homens e seres vivos estão envolvidos e são afetados pela questão ambiental, inclusive aqueles ainda não nascidos.

---

<sup>26</sup> LOHBAUER, Christian. Governança Global: regras para ordenar um mundo anárquico. In: *Governança Global*. N. 16. Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 43.

<sup>27</sup> Em notícia veiculada em 04/08/2002 no jornal *O Globo*, há menção de que a pena de morte foi abolida na Turquia com o objetivo de preparar o país para o ingresso na União Européia.

<sup>28</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 5.

---

Não há limites territoriais que justifiquem a violação do meio ambiente,<sup>29</sup> o que impulsiona a existência de uma solidariedade nessa matéria e faz com que o Direito Ambiental seja tratado, inclusive, com a denominação de direito humano fundamental.<sup>30</sup> A universalidade é sua característica, uma vez que a todos os seres vivos interessa, por exemplo, a proteção da Floresta Amazônica.

O discurso de proteção ao meio ambiente, ainda que louvável, não pode servir de instrumento para impedir o exercício da soberania sobre determinado território. Caso contrário, haveria flagrante intervenção em assuntos a serem solucionados em primeiro plano pelo Estado-nação. A comunidade internacional deve atuar subsidiariamente, buscando somente incentivar os Estados a agirem em conformidade com o que dele se espera em matéria de proteção ambiental.

A despeito de ser um interesse mundial, a tutela ambiental merece, na falta de uma instituição mais adequada, ser preservada pelos Estados em um clima de cooperação. Essa cooperação não pode ter o contorno de uma dissimulada substituição da vontade do Estado pela vontade estrangeira.

## CONCLUSÕES

O conceito de soberania, que precede a existência do Estado moderno e começa a aparecer na Idade Média, tem sofrido constantes mutações históricas, o que não afasta a idéia de que continua sendo um atributo indispensável para um Estado que pretenda conferir efetividade às suas normas jurídicas de forma autônoma e independente.

A identificação dos limites e das possibilidades da soberania exige a sua incidência de forma ponderada em um caso específico, o que nos leva a concluir que a soberania ganha seu contorno no Estado Democrático de Direito por intermédio da sua ponderação com outros princípios constitucionais.

O princípio da soberania deve ser interpretado de modo a evitar que a intervenção se torne uma regra geral e a assegurar a autodeterminação dos

---

<sup>29</sup> Sobre o seu conceito, transcrevemos as palavras de José Afonso da Silva, para quem “o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

<sup>30</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

povos, mesmo devendo ser reconhecida a dificuldade de se definir com precisão o conceito de povo.

As menções ao princípio da soberania existentes na Constituição brasileira não devem ser tratadas como meros compromissos. Nesse contexto, a soberania deve receber a estatura de princípio constitucional, dotado de densidade normativa e de observância obrigatória.

A soberania pode ser tutelada pelo Poder Judiciário, que, também expressando a vontade soberana estatal, poderá anular o dispositivo normativo ou negócio jurídico que a violar.

O conceito de soberania deve pressupor a concretização de normas constitucionais. Sem que um Estado possa dar efetividade às suas normas jurídicas, o exercício pleno de sua soberania fica afetado.

O poder soberano há de ser exercido com vistas a assegurar aos súditos o mínimo indispensável para a sua sobrevivência digna e deve ter como perene objetivo satisfazer os cidadãos com o máximo possível de prestações materiais.

Uma vez que os Estados permaneçam como protagonistas encarregados de criar e impor os comandos normativos, a plenitude do exercício da soberania deve ser almejada e andar lado a lado com a preservação de interesses humanitários, especialmente os relacionados com os direitos humanos e o meio ambiente. A fragmentação estatal não pode desconsiderar que o planeta Terra é único e que nele habitam seres vivos que compartilham os mesmos recursos naturais esgotáveis.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Teoria Política da Soberania*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. In: PALESTRA PROFERIDA NA FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, Rio de Janeiro, 11 dez. 1998.

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Hierarquização Axiológica de Princípios. Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa e o Postulado da Preservação do Contrato Social. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, volume n. 55, p. 82-100, 2002.
- ARNAUD, André-Jean; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque (Coord.). Da regulação pelo direito na era da globalização. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4ª edição. Porto Alegre: Globo, 1959.
- BADIE, Bertrand. *Un Monde Sans Souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*. Paris: Editora Fayard, 1999.
- BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*, Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, UERJ, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-49.
- BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, n. 192, p. 29-37, abr./jun. 1993.
- \_\_\_\_\_; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 499-530.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, p. 47-78, 2001.
- \_\_\_\_\_. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 41-75, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. A crise econômica e o Direito Constitucional, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 89, n. 323, p. 83-104, jul./set. 1993.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.
- BINENBOJM, Gustavo; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-250.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5ª edição. Brasília: Editora UNB, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Thomas Hobbes*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4ª edição. Brasília: Editora UNB, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BODIN, Jean. *Dos Seis Livros da República*. Disponível em: <[http://www.constitution.org/bodin/bodin\\_.htm](http://www.constitution.org/bodin/bodin_.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_; LITRENTO, Oliveiros (Coord.). A questão da Amazônia. In: *Perspectivas atuais do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 65-69.
- \_\_\_\_\_. *Política e Constituição. Os Caminhos da Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.
- CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? In: *Governança Global. Reorganização da política em todos os níveis de ação*. São Paulo: Ed. Konrad Adenauer, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almedina.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Los Grandes Textos Políticos Desde Maquiavelo a Nuestros Días*. Madri: Editora Aguilar, 1965.
- CUNHA, Fernando Whitaker da. *Teoria Geral do Estado. (Introdução ao Direito Constitucional)*. De acordo com a Constituição de 1988. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain. *Direito Internacional Público*. 4ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- DOLINGER, Jacob. Terrorismo do Estado no Século XX – lições para o século XXI. *Revista CEJ*. Brasília, Conselho da Justiça Federal, volume n. 18, ano VI, p. 67-73, set. 2002.
- DUGUIT, Leon. *Os Elementos do Estado*. Lisboa: Editorial Inquérito, 1939.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ESCOLAR, Marcelo. Mediação Geográfica de Territórios Estatais. In: *O Novo Mapa do Mundo. Fim de Século e Globalização*. SANTOS, Milton (org.), SOUZA, Maria Adélia A. de (org.), SCARLATO, Francisco Capuano (org.) e ARROYO, Mônica (org.). 3ª edição. São Paulo: Editora Hucitec, 1997.
- FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte - A legitimidade recuperada*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

- FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição. São Paulo: Saraiva.
- FORST, Rainer. Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten. In: *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 1999, p. 66-105.
- GALDINO, Flávio; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). O Custo dos Direitos. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222.
- GALLOTTI, José do Patrocínio. *A Soberania Nacional e as Liberdades*, Tese (Concurso de Professor Catedrático de Teoria Geral do Estado) – Faculdade de Direito de Santa Catarina, 1955.
- GARCIA-AMADOR, F. V.. Latin American Law. In: *Sovereignty Within the Law*. Editora Stevens & Sons Limited, 1965, p. 123-140.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza editorial, 1984.
- GOLDSMITH, M. M. *The Cambridge Companion to Hobbes*. SORELL, Tom (Org.). Cambridge: University Press.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte. In: *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 1999, p. 216-227.
- \_\_\_\_\_. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- \_\_\_\_\_. The European Nation State – Its Achievements and its limits on the Past and Future of Sovereignty and Citizenship. In: *Challenges to Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century*. 17<sup>th</sup> IVR World Congress. Bologna. Editora Clue B, 1995, p. 27-36.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Editorial Reus, 1927.
- HELLER, Hermann. *Die Souveranität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*. Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1927.
- \_\_\_\_\_. *Teoría del Estado*. Versão espanhola de Luis Tobío. 5ª edição em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLSTEIN, Günther. *Historia de la Filosofía Política*. Segunda edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.

- IANNI, Octavio; SANTOS, Milton (Org.); SOUZA, Maria Adélia A. de (Org.); SCARLATO, Francisco Capuano (Org.); ARROYO, Mônica (Org.). Nação e Globalização. In: *O Novo Mapa do Mundo. Fim de Século e Globalização*. 3ª edição. São Paulo: Editora Hucitec, 1997, p. 66-74.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editora Albatros, 1970.
- KANT, Immanuel. *Princípios Metafísicos del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1943.
- KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu Einer Reinen Rechtslehre*. Reinheim: Scientia Aalen, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. México: Fondo de Cultura Economica, 1943.
- \_\_\_\_\_; CAMPAGNOLO, Umberto; LOSANO, Mario G. (Org.). *Direito Internacional e Estado Soberano*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
- KÖHLER, Wolfgang R. Das Recht auf Menschenrechte. In: *Recht auf Menschenrechte Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 1999, p. 106-124.
- LASKI, Harold J.. *El Problema de La Soberanía*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1947.
- \_\_\_\_\_. *O Princípio da Autodeterminação dos Povos. Síntese da Soberania e o Homem*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1964.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.
- LOHBAUER, Christian. *Governança Global. Governança Global: regras para ordenar um mundo anárquico*. N. 16. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 41-56.
- MATTOS, Adherbal Meira. *Direito, Soberania e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 2001.
- MCCLELLAND, J. S.. *A History of Western Political Thought*. Londres: Editora Routledge, 1998.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. A Soberania através da História. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 7-22.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. rev. e ampl. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 7ª edição.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 211, p. 1-20, jan./mar. 1998.

- MOULIN, Gustavo; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). A Cidadania Jurídica e a Concretização da Justiça. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 251-313.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- NEVES, Carlos Augusto Santos. Governança Global: regras para ordenar um mundo anárquico. In: *Governança Global*. N. 16. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1999.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria Democrática do Poder. Volume 1. Teoria Democrática do Estado*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Democrática do Poder. Volume 2. Teoria Democrática da Soberania*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque (Coord.). Organização Mundial do Comércio: uma ameaça à soberania estatal? In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. Dialogando sobre Direitos Humanos. In: *Cadernos de Direito e Cidadania I*. São Paulo: Artchip Editora, novembro de 1999, p. 137-142.
- \_\_\_\_\_. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_; SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.); VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). Direitos Humanos e Globalização. In: *Direito Global*. São Paulo: Editora Max Limonad, p. 195-208.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- PORTO, Manuel. Fugir da Globalização. *Revista da EMARF da 2ª Região*, Rio de Janeiro, Editora América Jurídica, vol n. 5, p. 219-230, set. 2002.
- RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_; LASLETT, Peter (Org.); RUNCIMAN, W. G. (Org.). Justice as Fairness. In: *Philosophy, Politics and Society (Second Series)*. Grã-Bretanha: Basil Blackwell, 1962.
- \_\_\_\_\_. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

- REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios Políticos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris.
- REDOR, Marie-Joëlle. *De L'Etat Legal a L'Etat de Droit. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- REINICKE, Wolfgang H. Governança em um mundo pós-interdependente a caminho de uma política global. In: *Governança Global*. N. 16. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 15-40.
- REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição. A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder Constituinte Supranacional. Esse Novo Personagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- \_\_\_\_\_. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 157-195.
- ROSENN, Keith S. The Success of Constitutionalism in the United States and Its Failure in Latin America: An Explanation. *The University of Miami Inter-American Law Review*, Miami, volume 22, n. 1, 1990.
- ROSS, Alf; LARSON, Arthur (Coord.); JENKS, C. Wilfred (Coord.) e Outros. *Scandinavian Law*. In: *Sovereignty Within the Law*. Editora Stevens & Sons Limited, 1965, p. 107-122.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social. Princípios de Direito Político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro.
- SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos em homenagem a Ray Ruben Ruschel*, p. 129-173.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- \_\_\_\_\_. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. In: *Anuário Direito e Globalização. A Soberania*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 53-70.
- SENARCLENS, Pierre de. *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*. Paris: Editora Armand Colin, 1998.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph; BASTOS, Aurélio Wander (Org.). *A Constituição Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SMITH, Anthony D. *Nations and Nationalism in a Global Era*. Cambridge: Polity Press, 1998.
- STEIGER, Heinhard. Brauchen wir eine universale Theorie für eine völkerrechtliche Positivierung der Menschenrechte? In: *Recht auf Menschenrechte Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 1999, p. 41-51.

- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Segunda edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 397-449.
- \_\_\_\_\_. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: *Teoria dos Fundamentais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2001, p. 243-342.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume V. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- TRÊS, Celso Antônio. A Soberania do Povo na Fiscalização do Exercício de sua Soberania. *Boletim dos Procuradores da República*, ano IV, n. 39, Editora Artchip, p. 3-4, jul. 2001.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 4ª edição. Madrid: Editora Aguilar, 1963.
- VIGEVANI, Tullio. Obstáculos e possibilidades para a governabilidade global. In: *Governança Global*. N. 16. Frankfurt am Main: Konrad Adenauer Stiftung, 1999.
- WALZER, Michael. *On toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*. Londres: University of Notre Dame Press, 1994.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

---

# O PAPEL DO JUIZ NO MUNDO GLOBALIZADO

---

*Américo Bedê Freire Júnior - Juiz Federal Substituto;  
ex-Promotor de Justiça/MA, ex-Procurador da Fazenda  
Nacional.*

## 1- INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é indiscutível a Supremacia da norma constitucional em relação às demais normas do direito, bem como não há dúvida da imperiosa necessidade de submissão do Estado e de todas as forças sociais e políticas à Constituição.

O fenômeno do constitucionalismo permitiu a modernidade suprimir o governo de homens pela predominância da lei, inspirada por uma nova forma de composição das relações sociais.

Ocorre que o mundo atual vem aprendendo a lidar com o fenômeno da globalização, que provocou uma profunda mudança na tradicional concepção de ordem jurídica nacional e internacional.

De fato, a globalização produz efeitos nas políticas públicas que vem sendo desenvolvida no Brasil, nesse diapasão cabe trazer à baila a lição de José Eduardo Faria<sup>1</sup> ao lecionar:

“ A autonomia da política, como se vê, parece não ter o oxigênio necessário para sobreviver nesse contexto. Nele, a decisão de participar ou não da economia globalizada na maior parte das vezes fica fora do alcance dos legisladores eleitos pelo voto popular. Continuaremos votando e testemunhando a vitória de alguns e a

---

<sup>1</sup> FARIA, José Eduardo. Globalização, autonomia decisória e política., in 1988-1998 Uma década de Constituição; org. Margarida Maria Lacombe Camargo; Renovar, p 310.

derrota de outros, é certo, mas a tradicional política representativa tende a ser muito mais rito do que um efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva. O avanço da globalização leva ao sacrifício da política, e esse é um juízo de fato, não de valor”

Nesse contexto, é preciso repensar o papel do Judiciário e o dogma da separação dos poderes, a fim de que o povo, verdadeiro detentor da soberania, não se submeta a uma pseudo-democracia, mas que possa existir alguma forma efetiva de controle das políticas públicas.

É óbvio que não pretendemos criar uma ditadura de juízes, mas, pelo contrário, pretendemos evitar que essa estranha ditadura<sup>2</sup> não possa sofrer nenhum controle e continue a impor flagrantes violações aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esse breve artigo, irá então, expor de que modo pode(deve) o juiz atuar para contribuir na efetividade dos direitos fundamentais, inclusive citando um exemplo concreto de atuação do Judiciário na implementação dos direitos fundamentais.

## **2 O PAPEL DO JUIZ NO MUNDO GLOBALIZADO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como sintetizado na introdução desse breve trabalho, a mudança de paradigmas existente em nossa sociedade deve provocar uma mudança na postura do juiz moderno.

Não há dúvidas de que para a efetividade dos direitos fundamentais, verdadeiro epicentro da modernidade, é preciso que o Judiciário assuma uma postura ativa, servindo como última trincheira contra a lógica totalitária da globalização em seu aspecto negativo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Título da obra de Viviane Forester onde a autora com muita percuciência aponta que: a estranha ditadura é aquela do lucro imposto sub-repticiamente pela economia ultraliberal atualmente dominante em todo o mundo, e que é na verdade uma pseudo-economia baseada em produtos sem realidade, inventados em razão do jogo especulativo, ele mesmo separado de todo ativo real, de toda produção tangível. Trata-se de um novo regime que vem substituir uma civilização que até aqui se fundava no emprego pelo desemprego ou por pseudo-salários que não permitem viver, um novo regime camuflado sob pretensas fatalidades econômicas e amparados por um clima, decoração e estruturas democráticas.” (UNESP, 2001)

<sup>3</sup> Não se pode negar que em relação a alguns aspectos a globalização, não econômica, pode representar um verdadeiro avanço em busca de condições mais dignas para a população mundial.

Como ponto de partida desse novo perfil do Judiciário é preciso lembrar que infelizmente as políticas públicas são tomadas então não no interesse da maioria, mas sim de grupos econômicos, como leciona Forrester<sup>4</sup>:

*“ É uma política única, pronta a divorciar-se da democracia, mas por ora muito potente, tal como está, por não se interessar em manter a situação. Uma política? Melhor seria dizer um novo regime, camuflado sob pretensas fatalidades econômicas e dificilmente percebido pela sociedade, posto que esta respira e circula sempre em clima, decoração e estruturas democráticos. Tal fato não é de desconsiderar, longe disto, pois faz-se necessário preservá-las a todo custo enquanto ainda há tempo, a fim de livrarmos desse regime, dessa estranha ditadura que acredita poder se dar ao luxo, graças à sua força, de suportar a moldura democrática”*

O que pode (deve) ser feito a fim de que as políticas públicas do Brasil não se tornem mero cumprimento de regras estabelecidas pela lei do mercado?

Parece-me que nesse contexto é preciso uma força contrária que possa impedir uma dilapidação dos sonhos dos direitos humanos e que possa servir de esteio para os cidadãos.

Esse papel deve caber ao Poder Judiciário. Não porque o Poder Judiciário esteja acima dos demais poderes, mas sim porque é o poder que deve impedir o abuso dos demais poderes.

É claro que não podemos imaginar que tal atuação do poder judiciário será a panacéia para todos os males de nosso país, todavia precisamos resgatar a certeza de que políticas públicas precisam respeitar a Constituição e especialmente os direitos fundamentais.

Cappelletti<sup>5</sup> já lecionava a necessidade de um judiciário distinto do tradicional, afirmando o mestre de Florença com precisão:

*“ Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo-*

---

<sup>4</sup> FORRESTER, Viviane. **Uma estranha ditadura**. UNESP, São Paulo, 2001, p 10

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p 47

*não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”*

Além desse importante papel do Judiciário como controlador do Estado, não podemos olvidar que no atual estágio da humanidade não apenas o Estado viola os direitos fundamentais, mas também o particular, tanto que o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem ocupando espaço cada vez mais importante na discussão constitucional<sup>6</sup>, sendo também necessário um repensar da força normativa da Constituição para alcançar essas situações fáticas.

Apesar de ser imperiosa a necessidade de mudança de mentalidade dos operadores do direito para uma efetiva implementação dos direitos fundamentais através do poder Judiciário, é muito comum diversos autores apontarem a falta de legitimidade do Judiciário para o exercício desse novo perfil, posto que não eleito pelo voto popular.

Alegações desse jaez, todavia, não podem prosperar. Como resposta a essas afirmações é imprescindível trazer a tona à lição da professora portuguesa Cristina Queiroz<sup>7</sup> quando leciona peremptoriamente:

“ Adaptando a compreensão de que o processo de aplicação judicial da Constituição (Constitutional Adjudication) é interpretação, teóricos como Dworkin e Fiss afirmam que o juiz pode proceder sobre questões fortemente controvertidas, identificando os valores partilhados pela comunidade através de um processo de interpretação objetiva que filtre e descubra os valores da comunidade. Isso pressupõe uma concepção positiva da liberdade como cidadania e um conceito novo de representação “ we the people actually speak”. O tribunal constitucional , entre nós, ao

---

<sup>6</sup> especialmente quando se constata que, hodiernamente, muitas empresas multinacionais possuem uma estrutura fática e econômica superior a diversos Estados-nações.

<sup>7</sup> QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

exercer o seu direito judicial de controle, actua como representante do povo, no sentido mais recto do termo, o seu comissário para prevenir o abuso em seu nome da política ordinária(normal politics), contrária à vontade constitucionalizada da maioria”

Constata-se, portanto, a legitimidade do Poder Judiciário de assumir esse novo perfil promocional de direitos fundamentais.

A jurisprudência brasileira ainda não se firmou decisivamente sobre esse novo perfil, mas já há indícios dessa nova visão, devemos trazer a baila trecho do voto da lavra do Ministro Celso Mello no julgamento do MS 23585, 17/12/1999 que ponderou :

“Cumpre não perder de perspectiva que, no regime constitucional que consagra o Estado Democrático de Direito, as decisões políticas emanadas de qualquer das Casas do Congresso Nacional, na medida em que delas derivem conseqüências de ordem jurídica, estão sujeitas ao controle jurisdicional, desde que tomadas com inobservância da Constituição e das leis.”

De outro lado existem autores que não vislumbram essa imperiosa necessidade de redimensionamento do papel do juiz no mundo globalizado. Dessa doutrina talvez o maior expoente é Canotilho<sup>8</sup> que pondera:

*“ Bem. Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da idéia e total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político. As ultimas sugestões feitas aqui mesmo, na minha Faculdade, vão no sentido de que a visão principialista só tem sentido numa visão jurisprudencialista do direito.*

A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que a fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de actuação. O exemplo mais frisante é o caso do Timor. Não foram os juízes que deram a independência a Timor. Foram os homens e a resistência

---

<sup>8</sup> CANOTILHO e a Constituição Dirigente organizador Jacinto Miranda Coutinho. Renovar, Rio de janeiro, 2003.

dos homens que deram Timor ao povo. O Estado de Direito em Portugal não foi criado pelos juízes. Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição Dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental. ”

Respeitável como de costume o posicionamento do Mestre Canotilho, todavia é preciso destacar que as conquistas apontadas pelo mestre que efetivamente não podem ser tributadas a uma atuação do poder judiciário, foram efetuadas, em verdade, na base do sangue e justamente para evitar que novas vidas fossem imoladas em prol dessas conquistas é que impende num Estado Democrático de Direito essa atuação transformadora do poder judicial na materialização dos direitos fundamentais e na própria preservação do Estado de Direito.

A luta travada pela conquista formal dos direitos fundamentais não produzirá os efeitos desejados se continuas omissões fáticas, levadas a cabo pelo poder público e pelo capital privado, receberem o beneplácito do poder Judiciário que vem se auto-limitando na inarredável missão de garantidor dos direitos fundamentais .

Frise-se, de outra banda, que não há qualquer mal-ferimento ao princípio constitucional da separação dos poderes, pois como ensinava Pekelis<sup>9</sup>:

“uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário da própria atividade, (...) antes a coexistência equilibrada de tal atividade e de seu controle representa a essência mesma do regime constitucional”

Efetivamente a implementação dos Direitos fundamentais depende e muito do Poder Judiciário, não sendo possível demorarmos na implementação dessa nova visão, pois como com propriedade dilucida Lenio Streck<sup>10</sup>:

*“Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: Uma Constituição rica em direitos(individuais,coletivos e sociais) e uma*

---

<sup>9</sup> PEKELIS, Alessandro APUD CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p 53

<sup>10</sup> STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2002.

*prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos”*

### 3-CONCLUSÃO

Esse breve texto objetivou sintetizar a imperiosa necessidade de um repensar do papel do juiz no mundo globalizado. É certo que as dificuldades de implementação desse novo papel são enormes, todavia, devemos lembrar com Daniel Sarmento<sup>11</sup> que

“ Enfim o quadro não é nada promissor. Mas o rio de Heráclito não deve correr para trás. No atual estágio de desenvolvimento da humanidade, não seria possível, nem recomendável, retornar ao figurino do constitucionalismo liberal preweimariano, em que as constituições limitavam-se a organizar o Estado e a garantir alguns direitos individuais, sem apresentar qualquer projeto de transformação da sociedade. Seria inaceitável, do ponto de vista ético, que as Constituições se alheassem diante dos conflitos distributivos e dos problemas de justiça social que são o martírio das nações, sobretudo das subdesenvolvidas como o Brasil”

O reconhecimento do caráter altaneiro dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira (clausulas pétreas, princípios constitucionais sensíveis, fundamento da República Federativa do Brasil), não serviu ainda para estimular os operadores do Direito a materializarem, de per si, o conteúdo aberto de algumas normas constitucionais, o que vem contribuindo para um déficit de efetividade em nosso constitucionalismo, que acaba por lembrar a constituição folha de papel de Lassale.

É preciso que se mude com urgência a mentalidade dos operadores do Direito, para que os Direitos fundamentais possam efetivamente ocupar em nossas vidas cotidianas o papel de destaque que a humanidade conscientemente e filosoficamente impôs após os horrores da Segunda grande guerra mundial.

*Ad conclusam*, é preciso que os juízes assumam esse novo papel, contribuindo para uma efetiva implementação dos direitos fundamentais e permitindo que as normas constitucionais não se resumam a um mero discurso retórico tão bonito quanto ineficiente.

---

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional, Revista de Direito Administrativo, 223/161, Renovar, jan./mar 2000

## 5- BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A efetividade do processo de conhecimento**. Revista de Processo, RT, n° 74, p 126.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999
- FARIA, José Eduardo. Globalização , autonomia decisória e política., in 1988-1998 Uma década de Constituição; org. Margarida Maria Lacombe Camargo; Renovar,
- FORRESTER, Viviane. **Uma estranha ditadura**. UNESP, São Paulo, 2001,
- QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 2000
- SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional, Revista de Direito Administrativo, 223/161, Renovar, jan/mar 2000
- STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2002.

---

# VÍCIOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03 INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DE INATIVOS

---

*Caroline Medeiros e Silva - Juíza Federal Substituta  
da 10ª Vara Federal do Rio de Janeiro*

## **Sumário:**

*1. Tema proposto – 2. Da natureza jurídica da exação guerreada e da necessidade de contra-prestação – 3. Da base de cálculo própria de imposto – 4. Da imunidade prevista aos inativos e pensionistas – 5. Do direito adquirido, da expectativa de direito e do direito expectativo – 6. Do princípio da capacidade contributiva – 7. Do princípio da isonomia tributária – 8. Do princípio do não confisco – 9. Quanto à regulamentação por via excepcional – medida provisória – 10. Conclusões.*

## **TEMA PROPOSTO**

O presente trabalho se propõe ao exame da constitucionalidade da recém promulgada Emenda Constitucional 41/03, a luz dos principais princípios constitucionais tributários, notadamente o Princípio da capacidade contributiva, da isonomia tributária e do não confisco, buscando definir antes de tudo qual a exata natureza jurídica da presente exação. Aborda ainda a questão do direito adquirido *versus* expectativa de direito, tratando da questão sob o viés do direito expectativo. Por fim, destaca a questão da base de cálculo do tributo e a imunidade estabelecida junto ao regime geral e sua eventual aplicabilidade no regime previdenciário dos servidores.

De início, insta destacar que tais ações, embora fruto de irresignação contra ato concreto e não lei em tese, tem por questão prejudicial o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito legal fulcrado em emenda a Constituição Federal, a qual se oporia a cláusulas estabelecidas no mesmo diploma pelo próprio constituinte originário.

É cediço a possibilidade de tal controle na medida em que o poder constituinte derivado reformador encontra limites nas estipulações constitucionais insertas não apenas nas chamadas cláusulas pétreas encerradas no art. 60, § 4º do Constituição Federal, mas mesmo nas demais normas, expressas e implícitas do texto constitucional, sob pena de, em não as observando, criar um sistema cercado de antinomias, com contradições dentro do próprio texto constitucional, base de todo o sistema jurídico e seu ordenamento.

Em verdade, emendas à Constituição, são fruto de poder constituinte subordinado e secundário, jamais ilimitado, não se concebendo que o mesmo se volte contra a fonte que legitimou seu próprio exercício, qual seja, o poder constituinte originário.

Neste passo, cabe salientar por oportuno a lição do insigne constitucionalista português VITAL MOREIRA, o qual ao tratar do poder constituinte reformador destaca o não cabimento de que o mesmo extrapole os limites traçados pelo sistema essencial de valores da Constituição, tal como fora explicitado pelo poder constituinte originário, sob pena de incidir o controle judicial de tais atos (*in* Constituição e Revisão Constitucional, p. 107, 1990, Editorial Caminho, Lisboa). Tal entendimento resume o próprio posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal (RTJ 151/755-756, Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

É justamente com base em tais ponderações que passaremos a cuidar do ato objurgado objeto recorrente da tais ações, fulcrado essencialmente na nova Emenda Constitucional 41/03.

## **DA NATUREZA JURÍDICA DA EXAÇÃO GUERREADA E DA NECESSIDADE DE CONTRAPRESTAÇÃO:**

De acordo com o § único do art. 4º da EC 41, a natureza da exação guerreada seria de contribuição previdenciária, espécie do gênero contribuição social, dentre as quais também se incluem as contribuições para a seguridade social, contribuições para o SESI, SESC e outras tratadas no art. 195 da Constituição Federal. Por haver sido nominada legalmente como contribuição previdenciária, ou seja, exclusiva ao custeio de sistema previdenciário do contribuinte, não há de se presumir que vise ao custeio da seguridade social como um todo, mesmo

porque as contribuições sociais que se destinam a tal já se encontram expressamente previstas constitucionalmente em seu art. 195, não sendo o § 4º daquele dispositivo, o fundamento constitucional para a instituição da mencionada exação e sim o art. 40, caput e § 18, os quais fixam expressamente a finalidade a que se destina o tributo, qual seja, o custeio do regime de previdência dos servidores públicos, não havendo, portanto que se conferir interpretação extensiva ao fim do tributo.

Por contribuição social, gênero ao qual pertence o indigitado tributo, tem-se toda exação que atende a uma finalidade correspondente a uma atividade do Estado a qual, embora dirigida à coletividade, atinge grupos (sociais, profissionais ou econômicos) de pessoas, levando-lhes algum interesse. (MORAES, BERNARDO RIBEIRO DE, *in* *Compêndio de Direito Tributário*, 2ª edição, pág. 165).

Patente, portanto, a vinculação desta espécie tributária a uma finalidade específica, afeta ao contribuinte, sob pena de incidir a descaracterização da contribuição como tal, passando a configurar-se como imposto.

A alegação que ora vem a baila é de que no presente caso a cobrança estaria assegurada pela própria norma constitucional que passou a prever, após o advento da EC 41/03, nos seguintes termos:

*“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

*A partir desta singela modificação no texto constitucional pretendeu-se constitucionalizar cobrança anteriormente considerada inconstitucional. A natureza jurídica da exação, porém não foi modificada; é dizer, continua sendo de contribuição previdenciária, tal como evidenciado pelo próprio texto da emenda, espécie tributária que demanda contraprestação do Estado a fim de atender a finalidade prevista e justificar sua cobrança, sendo que no caso específico das contribuições previdenciárias ora em*

*testilha sua finalidade constitucional seria fazer frente ao regime de previdência dos servidores públicos.*

*Neste ponto, uma questão se impõe: em que medida tal exação encontraria fundamento em relação a inativos e pensionistas os quais já contribuíram toda uma vida a fim de gozar de alguma retribuição em sua velhice e que agora, em face de alteração constitucional superveniente, se veriam obrigados a continuar contribuindo sem que tal importe em contraprestação? Em que medida tal constatação afetaria o caráter contributivo próprio dos sistemas previdenciários e previsto no próprio texto alterado pela emenda constitucional?*

*Despiciendo se faz a análise do caráter contributivo de tais regimes, posto que pacificado na Jurisprudência, inclusive da Suprema Corte brasileira, que seu sentido seria de que “o regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo”, é dizer, “sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.” (ADI 2010 MC / DF relator(a): min. Celso de Mello julgamento: 30/09/1999 órgão julgador: tribunal pleno publicação: DJ data-12-04-02 pp-00051 ement vol-02064-01 pp-00086).*

De todo o exposto se conclui que nenhuma alteração perpetrada em face da Magna Carta se mostrou suficiente a legitimar tal tributo, no que tange a pensionistas e aposentados, posto que ausente retribuição estatal, característica inarredável da espécie tributária proposta, o que implicaria para alguns sua descaracterização, passando a gozar a exação de natureza de imposto, o que implica em reconhecer a impropriedade na redação da própria emenda constitucional, que em seu art. 4º nomina a novel tributação como contribuição, bem como o desvirtuamento do tipo imposto, na medida em que, admitindo-o para o caso em testilha, estaria o mesmo a custear regime previdenciário,

algo não apenas inédito dentro do sistema tributário, como também inconstitucional na medida em que estaríamos diante de imposto com receita pré-destinada, o que ofende o art. 167, inciso IV da Constituição Federal, extensivo a todos os impostos sem distinção, além de, finalmente, violar uma série de outros princípios tais como capacidade tributária, isonomia, equilíbrio atuarial, dentre outros os quais se passará a examinar.

### **DA BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE IMPOSTO:**

Considerando, portanto, que a indigitada exação teria natureza de imposto e não de contribuição, enfoque que se admite apenas para fins de argumentação, debatemo-nos com nova violação a Constituição Federal, qual seja, a prevista no art. 154, inciso I da Magna Carta, segundo a qual “*a União poderá instituir mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição*”.

No caso em testilha, a admitir-se a natureza de imposto do tributo, estaria o mesmo em frontal colisão com o indigitado dispositivo, posto que o fato gerador e a base de cálculo coincidiriam com aquela prevista no art. 153, inciso III da carta constitucional para o Imposto de Renda, é dizer, o fato a ensejar a cobrança tributária seria a aquisição de renda correspondente aos proventos de aposentadoria ou pensão do contribuinte, a considerar-se, portanto tal contraprestação do sistema previdenciário como aquisição ou acréscimo patrimonial, tal como previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Neste passo, insta salientar a lição do consagrado doutrinador SACHA CALMON NAVARRO COELHO o qual preleciona que “*as contribuições sociais novas não incidentes sobre salários, lucro, faturamento ou prognósticos – face a vedação do § 4º do art. 195 do Constituição Federal - exigem lei complementar, para serem criadas ou modificadas, e submetem-se ademais aos limitativos do art. 154, I da Constituição Federal (proibição de ter fato gerador, base de cálculo idênticos a imposto e contribuições existentes e não ter natureza cumulativa, por isso que a técnica de incidência terá que ser não cumulativa)*” (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Forense, 6ª edição, pág. 132).

Tão-somente por tal argumento cai por terra a possibilidade de sobrevivência da exação a partir da adaptação a nova espécie tributária.

## **DA IMUNIDADE PREVISTA AOS INATIVOS E PENSIONISTAS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA:**

Neste tópico, vale repisar os fundamentos da Adin 2.010, proposta por ocasião da Medida Provisória 1.415 que teria modificado a redação do art. 231 da Lei 8.112/90, constituindo a primeira tentativa de impor a contribuição social dos servidores públicos inativos, a qual, inobstante sua revogação pela Lei 9.783 de 28 de janeiro de 1999, manteve, indiretamente os efeitos daquela alteração inicial, instituindo ainda a contribuição para os pensionistas dos servidores públicos.

Na indigitada ação declaratória de inconstitucionalidade restou sedimentada a ausência de fundamento legal para tal exação, tomando por base a redação introduzida ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 20/98, a qual estabeleceu como normatização subsidiária dos regimes próprios de previdência social, as normas do regime geral da Previdência Social oficial, mediante alteração do § 12º, art 40, com a seguinte redação:

*§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.*

Neste passo, insta destacar o art. 195, inciso II da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece como uma das fontes de custeio da seguridade social, a contribuição do trabalhador e demais segurados, excluindo expressamente a incidência da mesma sobre proventos de aposentadoria e pensão.

Com isso, o indigitado artigo instituiu espécie de imunidade tributária quanto a tais ganhos, independentemente do valor dos mesmos, o que necessariamente trouxe reflexos sobre o sistema de previdência pública, de modo que a cobrança quanto a tais parcelas de ganhos passou a ser expressamente vedada, ocasionando a inconstitucionalidade da cobrança instituída pelo mencionado diploma legal (Lei 9.783/99) e, por via transversa, do art. 231 da Lei 8.112/90, já revogado.

No presente caso, depara-se com a mesma contradição, qual seja, a presença da imunidade para o regime geral, aspecto este extensível ao regime específico dos servidores públicos, com base no mesmo art. 40, § 12º da Constituição Federal, o qual, por sua vez, não foi modificado pela emenda

constitucional, criando, portanto, uma antinomia entre as normas constitucionais tal como previsto no tópico pertinente ao controle de constitucionalidade.

Argumenta-se, a fim de promover interpretação conforme, que a regra enunciada no § 12º seria subsidiária, é dizer, aplicável apenas às hipóteses em que as normas constitucionais específicas do regime único não sejam suficientes para aplicação do sistema, não podendo normas do regime geral se sobrepor as demais previstas para o regime específico, designadas propriamente para o perfil daquele outro sistema, e visando a atender as suas necessidades.

A questão que se impõe é que não há nada que justifique a não extensão da imunidade do regime geral para o regime específico dos servidores tal como será esclarecido no ponto relativo a isonomia tributária! O mero fato do segurado integrar regime jurídico diverso não é suficiente para derrubar garantia individual do administrado, a qual estaria inserta no estatuto do contribuinte, expressão figurada a denominar o conjunto mínimo de princípios e regras necessários a segurança jurídica e a um tratamento equânime.

De fato, tais garantias mínimas não podem meramente ser extirpadas do sistema, mesmo através de emendas constitucionais, as quais teriam a princípio atuação mais altiva do que apenas atender a necessidades políticas do momento. Tais garantias, inobstante sua localização dentro da constituição, integram os chamados direitos fundamentais, tal como previstos no art. 5º da Magna Carta, o que, por sua vez constitui cláusula pétrea, cuja abolição é vedada mesmo por via de poder constituinte reformador, tal como previsto no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

De outro giro, pode-se concluir que a discussão não está limitada a questão do regime jurídico. É bem mais profunda e alcança mesmo a possibilidade de emenda constitucional vir a abolir direito fundamental do contribuinte, na medida em que a imunidade tributária tratada era extensível aos segurados do regime previdenciário dos servidores públicos e, mediante emenda a dispositivo diverso (art. 40, caput) fora a mesma eliminada, sem qualquer elemento que o justificasse, posto que a situação do contribuinte, do serviço público ou privado é a mesma, tal como exaustivamente examinado supra a luz de todos os princípios pertinentes, sendo forçoso concluir que a justificativa, outrossim, foge ao aspecto jurídico, alcançando a esfera meramente política, interesses estes estranhos ao conhecimento do Poder Judiciário, mas que, de todos os modos, não se

apresentam como suficientes a deformar a base de todo o ordenamento jurídico nacional, tal como nos fora ensinado por KELSEN, o documento máximo que fundamenta a ordem legal, a *Magna Charta*.

A conveniência política salta ainda mais aos olhos quando perquirimos o art.42, § 2º com a redação que lhe fora dada pela famigerada emenda, a partir da qual se estabeleceu tratamento diverso para pensionistas de militares, os quais apresentam o mesmo regime estatutário dos servidores públicos em geral, com sistema previdenciário custeado nos mesmos moldes do fomentado para os servidores públicos e seus dependentes, extrapolando totalmente o limite do razoável e fugindo, sem qualquer justificativa para tal, ao princípio isonômico, tal como será melhor analisado no tópico referente à isonomia tributária.

Neste passo, por oportuno, pedimos vênica para transcrever extrato de ementa de julgado do E. Supremo Tribunal Federal, mais especificamente da Adin 2.010, na qual, em suas razões de decidir, a própria Suprema Corte destaca que “RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA”:

*“A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. NADA COMPENSA A RUPTURA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de RESPEITO. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior*

*contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política”*

## **DO DIREITO ADQUIRIDO, DA EXPECTATIVA DE DIREITO E DO DIREITO EXPECTATIVO:**

Finalmente, alcançamos o argumento ventilado diuturnamente no sentido de que não haveria violação a direito adquirido dos aposentados e pensionistas do serviço público por parte da criação do novel tributo, na medida em que não haveria direito adquirido a regime jurídico. A questão é bem mais complexa do que tal afirmação simplista, tal como passaremos a analisar.

De pronto, pedimos vênia para introduzirmos o conceito de *direito expectativo*.

O instituto, desenvolvido com singular clareza pelo insigne tratadista PONTES DE MIRANDA em seu Tratado de Direito Privado (vol. V, pág. 284-290), se distinguiria pela preexistência de um direito já consolidado, mas ainda não definitivamente implementado, face a dependência de questão circunstancial necessária a assegurar a eficácia do indigitado direito.

O direito expectativo, portanto, se diferencia da mera expectativa de direito posto que supõe já haver ocorrido o conjunto de circunstâncias de ordem prática a autorizar a incidência das regras de direito, enquanto a expectativa é situação anterior na qual os aspectos fáticos pertinentes à existência do direito sequer se concretizaram ainda.

No caso em testilha, referente à situação de aposentados e pensionistas, insere-se plenamente a hipótese no conceito de direito expectativo, na medida em que a fruição do direito ao benefício de ordem previdenciária, tal como previsto originariamente - é dizer, sem qualquer contraprestação adicional - já se encontra aperfeiçoado, não cabendo alegar a mera expectativa de direito posto que a mesma tem sua incidência reservada às hipóteses onde os fatos ensejadores do direito sequer foram precipitados, reservando a esperança de, uma vez ocorridos, possa-se realizar a incidência da norma legal, ensejadora do direito pretendido.

Nesta linha de raciocínio, pode-se concluir que mesmo aqueles não aposentados, mas em vias de ou mesmo que já tenham ingressado no regime antes da emenda, estariam insertos na hipótese *sub examine*, pois já iniciado o conjunto de aspectos fáticos a ensejar o direito pretendido, qual seja, a cobertura previdenciária, nos moldes iniciais, a partir das contribuições previdenciárias vertidas para o Estado, dentro de relação jurídica na qual restou desde o início assentado o pagamento de contribuições apresentando como retribuição o benefício previdenciário devido, para o qual ter-se-ia contribuído por toda uma vida, e onde não estava previsto, nem, portanto, poder-se-ia imaginar a cláusula de contribuição eterna, até o fim da existência do contribuinte, mesmo porque tal sugestão fugiria a lógica do razoável na medida em que oneraria de modo desmedido o contribuinte, sem que lhe fosse apresentada em contrapartida qualquer benefício a sopesar tal ônus.

A questão, portanto, conforme mencionado supra, vai muito além do dogma do direito adquirido a regime jurídico, enveredando pelo aspecto da segurança jurídica dos negócios legais, pois as condições iniciais e que justificaram a adesão do servidor ao sistema, não estariam sendo respeitadas. Grosso modo, é como se fosse fomentado um contrato, no qual durante anos uma das partes adimpliu sua obrigação, e no ato de percepção da obrigação da outra parte e aperfeiçoamento do negócio, o sujeito ora passivo, que já se beneficiou das contribuições vertidas pelo pólo ativo do negócio, impusesse nova obrigação a fim de que cumpra a sua parte no negócio, em prejuízo única e exclusivamente do segurado, mesmo porque, diante de tamanhos desmandos, a ele não seria dado sequer pleitear o desfazimento do negócio e a repetição dos valores já pagos, sob o argumento do descumprimento contratual, dado o caráter impositivo atribuído à nova sujeição tributária.

Em que pese a alegação de que a relação ora tratada é de direito público sendo portanto indevida a analogia com negócios de ordem privada, vale destacar que mesmo nas relações de direito público os princípios legais e constitucionais, "costumam" ser observados, sendo o princípio da segurança jurídica comum a todos.

A questão, portanto é de direito expectativo ao gozo do benefício de natureza previdenciária, uma das facetas do direito adquirido e, conseqüentemente, protegido constitucionalmente, restando demonstrado que "*além da situação expectante, o titular do direito expectativo já tem 'direito' a*

tutela desse direito, a ação, quiçá exceções: a expectativa é atitude que se enche, aí, de certeza, ou, pelo menos, de extrema probabilidade”.(ob.cit., pág. 290).

## **DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA:**

O art. 145 da Constituição Federal prevê em seu § 1º que “*sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes*”.

O princípio da capacidade tributária supra mencionado pode ser definido, nos termos apresentados pelo insigne tributarista ALIOMAR BALEEIRO, como “*expressão da idoneidade econômica (do contribuinte) para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos*”.(in Uma introdução à ciência das finanças, 14ª edição, Forense, pág.266).

Entendendo-se aposentadoria ou pensão, não como acréscimo de patrimônio e sim como retribuição pecuniária por anos de contribuição ao regime da previdência a fim de garantir a manutenção de uma existência digna para os contribuintes e sua família, inexistente capacidade a autorizar o rateio de gastos públicos, muito menos para o custeio de um sistema para o qual já contribuiu por anos durante todo o lapso temporal no qual trabalhou para o serviço público.

O reconhecimento da ausência de tal fundamento legal é tal a ponto de ser prevista espécie de imunidade tributária para os aposentados e pensionistas do regime geral da previdência social, no art. 195, inciso II da Constituição Federal, não havendo qualquer fundamento que justifique tratamento desigual entre ambos os segurados, posto que a idéia – fantasiosa - veiculada em alguns meios de comunicação de que servidores públicos inativos teriam maior capacidade contributiva não tem qualquer fundamento sendo, em verdade, fruto de mera presunção, que sequer legal é. O valor dos proventos são contrapartida direita pela alíquota descontada religiosamente de seus estípedios, durante anos de labor, sendo tal porcentagem em muito superior àquela prevista para o

sistema geral da previdência e daí a justificar valores maiores, não por corresponder a maior capacidade e sim pelo caráter retributivo do regime, já exaustivamente examinado supra.

Neste diapasão, releva destacar preceito legal que fundamenta o sistema tributário notadamente o princípio mencionado, o qual, inobstante óbvio, fora olvidado, qual seja, o de que A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA JAMAIS SE PRESUME, sendo que a não observância do princípio importa em inconstitucionalidade material, posto que o mesmo consubstancia além de tudo garantia individual do administrado.

### **DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA:**

O Princípio da isonomia ou igualdade tributária encontra-se consubstanciado no art. 150, inciso II da Constituição Federal, o qual prevê nos seguintes termos:

*“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.*

Nestes termos, é flagrante a discriminação operada pelo constituinte reformador na medida em que NADA justificaria o tratamento diferenciado entre segurados do regime geral da previdência, os quais gozam da imunidade prevista no art. 195, inciso II da Constituição Federal, e os segurados do regime próprio da Administração Pública, pois, caso procedente, forçoso seria reconhecer a incidência da discriminação vedada pelo próprio dispositivo supra transcrito posto que configurado estaria o tratamento prejudicial por conta da ocupação profissional do segurado, uma vez que a mera distinção entre os regimes previdenciários não justifica a cobrança na medida em que tal diferença não atua como fator preponderante a fundamentar suplementação da fonte de custeio, mesmo porque o regime previdenciário dos servidores públicos já conta com maior arrecadação dado o percentual cobrado de seus segurados, quando na ativa, apresentando tal contribuição base de cálculo e alíquotas maiores do que as operacionalizadas pelo regime geral de previdência, não

podendo justificar-se a exação com base em benefícios pretensamente maiores, os quais, caso o sejam, são expressão tão-somente de contraprestação dos valores pagos a maior a título de contribuição.

Por fim, ainda no que pertine ao princípio da isonomia, vale destacar o art. 42, § 2º da Constituição Federal, com a redação que lhe fora atribuída pela indigitada emenda constitucional, segundo a qual restou estabelecido que:

*“§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.” (NR)”*

Para fins de melhor compreensão da questão posta, recorremos a lição de MARIA SYLVIA DI PIETRO, a qual, ao tratar da definição de militares, ensina que:

*“Até a EC 18/98, eram considerados servidores públicos, conforme art. 42 da Constituição Federal, inserido em seção denominada ‘servidores públicos militares’. A partir dessa Emenda, ficaram excluídos da categoria, só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando houver previsão expressa nesse sentido, como é o caso do art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, e do art. 40, §§ 1º e 2º, e 142, § 3º, VIII e IX da Constituição Federal. A eles aplicam-se também, conforme art. 42, § 1º, e 142, § 3º, algumas normas próprias dos trabalhadores privados, previstas no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV.” (in Direito Administrativo, pág. 436, 16ª edição, 2003, editora Atlas).*

Por oportuno, esclareça-se que o art. 40, mencionado como aplicável aos militares pela insigne doutrinadora refere-se justamente ao regime previdenciário, cujas características e estrutura seriam as mesmas do regime previdenciário dos servidores públicos civis.

Insta salientar, por oportuno, que inobstante a eventual exclusão da categoria de servidores públicos, tal como vislumbrado pela ilustre administrativista, o regime jurídico dos militares se mantém o mesmo dos servidores públicos em geral, qual seja, o estatutário, não havendo nada que justifique o tratamento desigual entre servidores públicos civis e militares, ao menos sob o argumento correntemente ventilado relativo ao regime jurídico

Por tal fundamento, mais uma vez, restaria configurada a inconstitucionalidade da exação guerreada.

## **DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO:**

O art. 150, inciso IV da Magna Carta enuncia, dentre as garantias asseguradas ao contribuinte, a vedação em se utilizar tributo com efeito de confisco, corolário do próprio direito a propriedade, este último resguardado também pela Constituição Federal como direito fundamental no art. 5º, inciso XXII.

Poderíamos definir o instituto, como sendo o efeito vedado constitucionalmente da taxação excessiva, ou, no caso das contribuições, não atendendo a sua finalidade legal, de modo a representar verdadeira absorção, ainda que parcial, da propriedade particular pelo Estado.

Na medida em que o sistema previdenciário tem por característica seu caráter retributivo, a ausência de contraprestação aos contribuintes aposentados e pensionistas significaria verdadeira desapropriação do patrimônio particular sem a co-respectiva indenização, qualquer que fosse o percentual aplicado, posto que ausente fundamento legal ao tributo a justificar sua cobrança.

A *ratio* de tal vedação, nas palavras do tributarista LUIZ EMYDIO DA ROSA JUNIOR, “*decorre de um outro princípio: o poder de tributar deve ser compatível com o de conservar, e não com o de destruir. Assim, tem efeito confiscatório o tributo que não apresenta as características de razoabilidade e justiça, sendo, assim, igualmente atentatório ao princípio da capacidade contributiva*”.(in Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, 17ª edição, 2003, Renovar, pág. 355).

Outro renomado tributarista ao tratar do mesmo preceito destaca que “*Quando o Estado toma de um indivíduo ou de uma classe além do que lhe dá em troca, verifica-se exatamente o desvirtuamento do imposto em confisco, por ultrapassada a tênue linha divisora das desapropriações, a serem justa e equivalentemente indenizadas, e da cobrança de impostos, que não implica em idêntica contraprestação*”.(DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio, in Direito constitucional tributário e ‘due process of law’, Forense, 1986, pág. 195-196).

Por último, vale repisar a definição dada pela própria Suprema Corte em caso correlato, na qual assentou por aquele órgão colegiado, nos seguintes termos:

“Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), NÃO PODE AGIR IMODERADAMENTE, POIS A ATIVIDADE ESTATAL ACHA-SE ESSENCIALMENTE CONDICIONADA PELO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.”(grifos nosso) - ADI 2010 MC Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

*Julgamento: 30/09/1999 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno*

*Publicação: DJ DATA-12-04-02 PP-0005 I EMENT VOL-02064-01 PP-00086.*

Assim sendo, patente mais uma vez a ofensa a mais este princípio constitucional.

## **QUANTO A REGULAMENTAÇÃO POR VIA EXCEPCIONAL – MEDIDA PROVISÓRIA:**

De fato, não haveria qualquer situação emergencial a justificar edição de medida provisória sobre a matéria, método de produção legislativa excepcional, somente admissível em casos onde a necessidade premente de lei justifique o exercício do poder de legislar pelo Executivo.

Some-se a isso, o fato de que a necessidade de observância do princípio da anterioridade nonagesimal, próprio das contribuições previdenciárias, mostra que o veículo normativo utilizado para concretização da cobrança – Medida Provisória 167 de fevereiro de 2004 - é inapropriado, haja vista que a imposição de lapso temporal mínimo é incompatível com a urgência, pressuposto necessário a justificar a edição de medidas provisórias.

Convém salientar, ainda, a inobservância de princípios do Direito Tributário, notadamente, o princípio apresentado no artigo 146, III da Constituição Federal, quanto a legalidade estrita, exigindo para a veiculação de normas tributárias lei em sentido formal. É dizer, para que sejam instituídas regras de Direito Tributário,

necessário se faz meio legislativo sujeito aos trâmites tradicionais de produção legislativa, observada inclusive o princípio da separação de poderes, e não meios legislativos de cunho excepcional.

## CONCLUSÕES:

Ao cabo de toda a explanação, poder-se-ia ainda arrolar a violação de outros princípios constitucionais tais como o da equidade no custeio (art. 194, inciso V da Constituição Federal), e do equilíbrio atuarial (art. 195, § 5º), dentre outros. Porém diante da extensiva explanação sobre a flagrante inconstitucionalidade do ato fruto do poder constituinte reformador, desnecessário nos parece enveredar por mais estes pontos, na medida em que patente está a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 41/03, fruto de poder constituinte derivado, posto violar princípios constitucionais vinculados a direitos fundamentais, os quais configuram cláusulas pétreas, tal como demonstrado supra e, assim, jamais poderiam ser abolidos, nos termos do artigo 60 da Magna Carta, base legal de todo o ordenamento jurídico, sob pena de infringir não apenas a segurança jurídica de todo o sistema, mas criar antinomias dentro do mesmo, tal como demonstrado na explanação supra, ao impor o recolhimento da contribuição previdenciária a ser descontada de proventos de inativos e pensionistas de servidores públicos.

Não nos parece, porém descabido repisar a decisão da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, entendendo por inadmissível a Proposta de Emenda Constitucional 33/95, que autorizava a cobrança de contribuições de inativos e pensionistas, civis e militares, na qual, mediante compromisso expresso assumido entre as bases de sustentação do governo restou consignado nos seguintes termos: “*com base neste entendimento – de não aceitação da contribuição de inativos e pensionistas - fica possível o atendimento do justo pleito dos aposentados e pensionistas federais, assegurando em definitivo para este segmento social, a isenção da contribuição previdenciária*” (Comunicado Parlamentar publicado no Diário da Câmara dos Deputados, p. 04110, edição de 12/2/98). Tal compromisso fora assinado pelos líderes do PPB, do PFL, do PSDB, do PMDB, do PTB e do então governo e tal argumento histórico fora invocado pelo E Supremo Tribunal Federal como uma das razões de decidir em caso correlato ao ora em análise.

Por derradeiro, vale repisar extrato do julgamento da Adin 2.010, posto que sintetiza toda a questão legal supra tratada, resumindo-a nos seguintes termos:

*“O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”.*

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

- MOREIRA, Vital, *Constituição e Revisão Constitucional*. Lisboa: Editorial Caminho, 1990.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Compêndio de Direito Tributário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CALMON, Sacha Navarro Coelho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*. 3ª edição. São Paulo: Borsoi, 1981, vol. V.
- BALEEIRO, Aliomar, *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PIETRO, Maria Sylvia di, *Direito Administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- ROSA JUNIOR, Luiz Emydgio da, *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio, *Direito constitucional tributário e ‘due process of law’*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.